

Corso di Laurea  
in Economia Aziendale  
(vecchio ordinamento, ante D.M. 509/1999)

Tesi di Laurea

Contratto preliminare  
ad effetti anticipati

**Relatore**

Prof. Gianluca Sicchiero

**Laureando**

Eliziana Rizzon  
Matricola 403638

**Anno Accademico**  
**2012 / 2013**

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di illustrare la figura contrattuale del preliminare e, in particolare, quella particolare tipologia che viene nominata come “ad effetti anticipati”.

Il punto di partenza sarà l'analisi della fattispecie contrattuale che prende il nome di contratto preliminare puro, figura questa presente più che altro nelle elaborazioni dottrinali, quindi di scarso riscontro pratico, ma non per questo meno interessante proprio ai fini della enucleazione delle caratteristiche della figura affine di cui si tratterà.

Verranno quindi prese in considerazione quelle che sono le funzioni del contratto preliminare, funzioni che sono connaturate alle finalità che i contraenti intendono perseguire. In tal senso si avrà modo di verificare come, nella pratica, coloro che stipulano un contratto preliminare non si limitano, esclusivamente, ad assumere un impegno a concludere un contratto definitivo ma altresì, programmano di dare esecuzione ad obbligazioni funzionalmente connesse con l'impegno principale.

In altri termini verrà evidenziato, come in riferimento al contratto preliminare ad effetti anticipati si ripresenti la tipizzazione che contraddistingue il preliminare c.d. puro, relativa cioè alla tecnica procedimentale utilizzata che verte propriamente nella scissione del consenso, nonché il fatto di preludere ad un ulteriore atto negoziale di carattere definitivo, e, nel contempo come se ne differenzi proprio in relazione a taluni effetti che, pur caratterizzanti il definitivo, diventano oggetto di traslazione temporale, e di imputazione alla fattispecie preliminare. Verrà evidenziato come sussista uno specifico schema negoziale che si estrinseca nella sequenza preliminare-definitivo, nell'ambito del quale il preliminare si connota per l'anticipazione degli effetti.

Si cercherà, prendendo spunto da alcune pronunce della Corte di Cassazione, di delineare la natura giuridica della pattuizione preliminare ad effetti anticipati.

Carattere complementare, in termini di analisi, si porrà la valutazione della ammissibilità, nel nostro Ordinamento, della suddetta pattuizione connotata, per l'appunto, dall'impegno delle parti di assumere obbligazioni che vengono eseguite in via anticipata. In sostanza, si tratterà di capire, se sia o meno configurabile una fattispecie attraverso la quale si possa operare una traslazione degli effetti, di natura obbligatoria, da un contratto ad un altro.

Verrà sottolineato, peraltro, come la giurisprudenza abbia posto una pietra miliare sancendo, oltre che l'ammissibilità di una fattispecie giuridica che modella il suo contenuto,

quindi i suoi effetti ,estraendoli, per così dire, dalla pattuizione definitiva, così pure la compatibilità di tale schema con la figura di preliminare *tout court*.

Successivamente, una volta comprovato che il contratto preliminare ad effetti anticipati configuri una fattispecie giuridica a sé stante, e assodato che non si tratti di una figura negoziale atipica (lo afferma la Cassazione), verranno altresì presi in considerazione quali sono gli effetti anticipati che sono compatibili, così come quelli che non lo sono, con lo schema negoziale del preliminare.

Si metterà in rilievo come una possibile chiave di lettura che apra all'interpretazione di questo schema negoziale venga fornita dalla Cassazione quando afferma come la tipicità del preliminare ad effetti anticipati vada interpretata come la risultante di un fenomeno di collegamento negoziale fra più schemi tipici.

Un' altra problematica, connessa alle precedenti sulla quale si tenterà di fare un po' di chiarezza è quella relativa alla individuazione della linea di demarcazione tra tale figura rispetto a quella del contratto definitivo.

Sarà poi necessario menzionare come il nostro sistema giuridico sia connotato dal principio consensualistico espresso dall'Art. 1376 C.C., e sulla relativa problematica inerente la necessità di armonizzare tale principio con la scissione fra *titulus* e *modus acquirendi* introdotta dall'utilizzo di una sequenza procedimentale connotata da una pattuizione preliminare seguita da una definitiva.

Verranno poi fatti dei cenni, a titolo esemplificativo, al contratto preliminare di vendita degli immobili da costruire, e al contratto preliminare di società.

Per completare l'analisi, verranno considerati i profili relativi all'adempimento e all'inadempimento del contratto preliminare ad effetti anticipati.

In relazione all'adempimento verrà chiarito come esso ricorra quando non solo venga data esecuzione all'obbligazione principale di concludere il definitivo, ma altresì vengano eseguite quelle accessorie, obbligazioni che connotano il preliminare come contratto ad effetti anticipati.

In relazione, invece, all' inadempimento del preliminare, verranno considerati i rimedi approntati dal Legislatore quali la sentenza costitutiva ex Art. 2932 C.C., e la risoluzione per inadempimento ed il risarcimento del danno.

Infine non potevano mancare alcune considerazioni sull'aspetto patologico della fattispecie contrattuale sopra delineata.

## CAPITOLO I

### IL CONTRATTO PRELIMINARE PURO E AD EFFETTI ANTICIPATI

#### 1.1 Nozione e natura del contratto preliminare.

Per quanto concerne la nozione di contratto preliminare, va rilevato come la stessa sia frutto di una cospicua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale considerata l'esiguità delle disposizioni codicistiche in materia che attengono esclusivamente, vuoi al requisito formale (Art. 1351 C.C.), vuoi all'azione ex Art. 2932 C.C. disciplinante il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, in caso di inadempimento della controparte, vuoi al profilo relativo alla trascrizione del preliminare così come prevista e disciplinata dall'Art. 2645 *bis* C.C.

Si definisce, dunque, contratto preliminare quel rapporto contrattuale a mezzo del quale una o entrambe le parti si obbligano alla stipulazione di un successivo contratto, detto definitivo<sup>1</sup>.

E' stato sostenuto in dottrina come con definizione che può ritenersi completa, pur se sintetica, per contratto preliminare si intenda il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare in futuro, un altro contratto<sup>2</sup>.

In merito, si è posto l'accento sul concetto di "*impegno*" indicato quale tratto differenziale tra il preliminare e le altre figure contrattuali<sup>3</sup>.

Va altresì rilevato, come il contratto preliminare costituisca propriamente un vincolo di carattere obbligatorio che si inserisce in un più ampio procedimento di formazione della volontà negoziale delle parti e che culmina nella stipulazione del contratto definitivo<sup>4</sup>.

Sul punto, si evidenzia come sia pacifica l'ammissibilità di un'obbligazione che abbia ad oggetto la futura stipulazione di un contratto, considerato l'espresso inserimento della figura in esame all'interno dell'apparato codicistico del 1942, a differenza di quanto avveniva in epoca precedente, nel vigore del Codice Civile del 1865 che non la menzionava affatto<sup>5</sup>.

Tale contratto non rileva, esclusivamente, in quello che possiamo definire l'ambito puramente astratto della teoria generale contrattualistica, trovando per contro ampia e capillare diffusione, dal punto di vista della prassi, nell'ambito delle operazioni di vendita

---

<sup>1</sup> Cfr. M. Bianca, *Diritto Civile*, Vol 3, Il contratto, Milano, Giuffrè 2000, p. 181.

<sup>2</sup> Cfr. Sacco, *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, p. 361.

<sup>3</sup> Cfr. V. Farro, *Il contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 1.

<sup>4</sup> Cfr. G. Adilardi, *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 2008, p. 1.

<sup>5</sup> Cfr. V. Farro, *op. cit.*, p. 1.

immobiliare, come emerge chiaramente dai numerosi interventi ed apporti giurisprudenziali in materia<sup>6</sup>.

A ben vedere, quindi, non appare corretto inquadrare tale contratto quale fase della fattispecie contrattuale, giacché lo stesso costituisce propriamente una fattispecie in sé e per sé compiuta, pur essendo caratterizzata dalla temporaneità ed essendo produttiva di meri effetti obbligatori in vista della stipulazione del successivo contratto di carattere c.d. definitivo.

In tal stregua, può sostenersi che l'utilizzo del preliminare a lato pratico consenta di dilatare la tempistica afferente al trasferimento del diritto vero e proprio e alla costituzione dei rapporti obbligatori, allo scopo di permettere alle parti di adottare maggiore prudenza, oltre che consapevolezza, nell'assunzione di un impegno connotato da giuridica rilevanza<sup>7</sup>.

Risulta, altresì, opportuno evidenziare quella che è la funzione strumentale del contratto preliminare rispetto al contratto definitivo, di modo che il primo non possa rivestire portata e contenuto connotati da eccessiva genericità, dovendo contenere i principali elementi del futuro contratto che le parti si obbligano giuridicamente a porre in essere.

Infatti, il contratto preliminare o *pactum de contrahendo* viene definito in dottrina, come quel contratto mediante il quale le parti si obbligano a prestare un futuro consenso per concludere un altro contratto, detto definitivo, di cui predeterminano già gli elementi essenziali<sup>8</sup>.

In tal senso, va precisato, come si rende necessario effettuare un richiamo a quanto previsto dall'Art. 1325 C.C. che indica quali requisiti del contratto (anche preliminare) l'accordo delle parti, l'oggetto, la causa, nonché la forma se prevista dal Legislatore a pena di nullità.

Ora si rammenta come, in virtù del principio di c.d. autosufficienza del contratto preliminare, gli elementi che determinano o consentono di determinare l'oggetto del contratto debbano essere già contenuti nell'accordo preliminare, senza che sia consentito alle parti rinviarne l'enucleazione al momento della stipula del definitivo<sup>9</sup>.

Sul punto, va specificato come tale rilievo non conduca a ritenere che ogni elemento, anche accessorio, debba necessariamente essere individuato o individuabile già nel

---

<sup>6</sup> Cfr. A. Luminoso, *La compravendita, Corso di Diritto Civile*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, p. 126.

<sup>7</sup> Cfr. E. Serrao, *Il Contratto preliminare*, in *Nuova Enciclopedia*, Collana diretta da P. Cendon, Cedam, 2011, p. 5.

<sup>8</sup> Cfr. R. Alessi, *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1972, II, p. 439.

<sup>9</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 27.

contratto preliminare, ma che debba essere esplicitato dai contraenti il contenuto minimo<sup>10</sup>.

A tale proposito, va rilevato come, Il contratto preliminare costituisca in realtà, un contratto già perfetto, atteso che lo stesso, pur facendo parte di un più ampio schema negoziale, non rappresenta un momento del contratto definitivo, considerata la sua autonomia che rende il preliminare del tutto distinto rispetto al successivo futuro contratto ed autonomamente suscettibile di adempimento o inadempimento.

Un'altra caratteristica di questo strumento contrattuale è la sua flessibilità che consente agevolmente alle parti di determinare gli elementi essenziali del rapporto<sup>11</sup>.

Altra funzione del preliminare è quella di consentire di stabilire il vincolo in attesa di un accadimento esterno che costituisce presupposto per la stipulazione del definitivo, ovverosia per giungere alla completa definizione dell'assetto di interessi tra le parti<sup>12</sup>.

In buona sintesi, quindi, il preliminare consente alle parti di impegnarsi in attesa che sia regolarizzato qualche punto o integrato qualche presupposto del contratto che si vuole stipulare<sup>13</sup>.

E' stato evidenziato, in dottrina,<sup>14</sup> come il contratto preliminare si inserisca in realtà in un più ampio procedimento scelto dai contraenti al fine di pervenire al definitivo assetto dei propri interessi, sicché la preferenza accordata al suindicato strumento deriva, per lo più, da esigenze di carattere pratico, quindi nella necessità di acquisire un margine operativo di manovra per la definizione finale dell'accordo. Per altro, si evidenzia come buona parte della dottrina attribuisca al contratto preliminare le seguenti funzioni: a) quella di garanzia del promittente venditor a che venga corrisposto il pagamento del prezzo convenuto; b) quella di garanzia a favore del promissario acquirente per il controllo delle sopravvenienze e dei presupposti di fatto e di diritto dell'affare<sup>15</sup>.

Ciò detto, risulta opportuno sottolineare come il contratto preliminare, oltre alle suindicate funzioni tipiche, ne svolga di ulteriori che vengono in rilievo volta a volta, a seconda dei casi, non essendo determinabile a priori il tipo ed il numero di funzioni che lo stesso può svolgere.

---

<sup>10</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 27.

<sup>11</sup> G. Adilardi, op. cit., p. 1.

<sup>12</sup> G. Adilardi, op. cit., p. 1.

<sup>13</sup> M. Bianca, op. cit. p. 182.

<sup>14</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 42.

<sup>15</sup> Cfr. V. Roppo, *Il contratto preliminare in Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, III Volume, op. cit., p. 2.

In tal senso, in dottrina si è sostenuto come sia corretto ed appropriato parlare di “*polifunzionalità*” del contratto preliminare<sup>16</sup>.

Risulta opportuno specificare, ulteriormente, come il contratto preliminare permetta attraverso il definitivo, in un secondo momento, di controllare le sopravvenienze, verificando e ponendo in essere, se del caso, mutamenti obiettivi dell’assetto di interessi precedentemente posto in essere<sup>17</sup>.

L’impostazione tale per cui il contratto definitivo costituisca il passaggio attraverso il quale deve concludersi l’impegno assunto originariamente in sede preliminare<sup>18</sup> non deve condurre a ritenere che al secondo non debba essere riconosciuto autonomo rilievo, né tantomeno, che il regolamento di interessi, stabilito in detto contesto, non risulti impegnativo.

Va dunque, evidenziata la natura preparatoria del preliminare puro rispetto al contratto definitivo, il quale costituisce, secondo la maggioritaria dottrina, fonte del regolamento finale di interessi dei diritti ed obblighi delle parti, superando il preliminare.

Il contratto preliminare ha il pregio di consentire in definitiva, la separazione degli effetti obbligatori rispetto a quelli reali di trasferimento del diritto che si producono solo a seguito dell’intervenuta stipulazione del definitivo.

Infatti, mette conto evidenziare come mentre il contratto definitivo può produrre effetti obbligatori o reali, il contratto preliminare determina l’insorgere di effetti solo obbligatori.

Propriamente, nella prassi del mondo degli affari, l’applicazione pratica di maggior rilievo del preliminare è data dalla fattispecie relativa alla vendita di beni immobili, considerata la particolarità e complessità delle operazioni da porre in essere che rendono decisamente più agevole la scissione in due contratti, e più gravoso, anche per le problematiche relative alla trascrivibilità dell’atto, addivenire ad una stipulazione immediata della vendita immobiliare<sup>19</sup>.

Tale risulta in definitiva, lo schema tipico e più semplice del contratto preliminare c.d. puro caratterizzato dalla scissione del consenso prestato in sede preliminare rispetto a quello definitivo<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 2.

<sup>17</sup> Cfr., G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 152.

<sup>18</sup> Cfr. M. Bianca, op. cit., p. 184.

<sup>19</sup> Cfr., G. Adilardi, op. cit. pp.1-11.

<sup>20</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 4.

A tal proposito, va richiamata la definizione elaborata dalla dottrina al fine di evidenziare l'essenza del preliminare puro, chiarendo come lo stesso si configuri quale "*contratto preliminare che si limiti ad essere solamente preliminare*"<sup>21</sup>.

Cionondimeno, va rilevato come, nella prassi, si siano progressivamente delineate ed affiancate a tale modello- base tipologie via via più complesse ed articolate, caratterizzate dalla sussistenza di elementi ulteriori e diversi rispetto a quelli in tale contesto delineati.

A titolo esemplificativo si può menzionare il preliminare di vendita di cosa altrui, il preliminare di preliminare, il preliminare in favore di terzo, il preliminare per persona da nominare, il preliminare trascrivibile, quello eseguibile in forma specifica ed, in modo particolare, il preliminare con effetti anticipati.

Da ultimo, va sottolineato come tale eterogeneità di modelli e tipologie che si differenziano per vari elementi, presentino pur sempre un nucleo comune caratterizzato: a) dalla tecnica procedimentale utilizzata che risulta pur sempre quella della scissione del consenso preliminare da quello definitivo, consentendo alle parti un ulteriore e successivo controllo dell'assetto degli interessi originariamente predisposto, nonché b) la comune natura negoziale dell'atto finale della sequenza<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 91.

<sup>22</sup> Cfr. A. Luminoso. op. cit., p. 386-7.



## 1.2 Il contratto preliminare ad effetti anticipati.

Nella prassi negoziale accade assai di frequente, che le parti, già in sede di stipulazione del preliminare, prevedano in parte, l'anticipazione degli effetti afferenti la pattuizione finale.

E' stato osservato in dottrina,<sup>23</sup> come in tale ipotesi, possa ritenersi che la prassi contrattuale abbia prevalso, finendo per imporsi, sugli schemi giuridici elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dando vita ad una tendenza ad anticipare, a mezzo del contratto preliminare, l'esecuzione di alcune delle prestazioni tipiche del contratto definitivo.

In tal senso si pone, quindi, preliminarmente, il problema del corretto inquadramento del fenomeno in esame, considerata la molteplicità degli interessi e delle necessità delle parti<sup>24</sup>.

Sul punto si evidenzia come la maggiore complessità di tale contratto emerga dalla sussistenza di un elemento ulteriore rispetto alla mera obbligazione delle parti alla futura conclusione del contratto definitivo, caratterizzato propriamente, dalla previsione aggiuntiva tale per cui tutte o parte delle prestazioni che il contratto definitivo porrebbe a carico dei contraenti, vengano invece eseguite, ed in tal senso, "*anticipate*" ad un momento antecedente, quello relativo alla conclusione del preliminare medesimo<sup>25</sup>.

In altre parole con riferimento al preliminare di vendita, le parti possono prevedere che, anteriormente alla stipulazione del contratto definitivo, il promittente alienante effettui la consegna della *res* in favore del promissario acquirente, mentre quest'ultimo provveda a corrispondere al predetto, in tutto o solo in parte, il *quantum* dovuto a titolo di prezzo.

In altri termini, per esempio, si può verificare che una parte in qualità di promissario acquirente, promette all'altra, costruttrice e promittente venditrice, di acquistare un certo immobile adibito ad uso abitativo, versandone integralmente il prezzo, correlativamente alla consegna, da parte di quest'ultima, delle chiavi dell'appartamento, con impegno a stipulare il rogito notarile successivamente.

Pertanto, quindi si evidenzia, come il peculiare schema contrattuale, così posto in essere, sia caratterizzato dalla scelta operata dai contraenti, di realizzare la vicenda traslativa di un bene immobile, attraverso la scissione tra un contratto produttivo di effetti che

---

<sup>23</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., pp. 94 - 95.

<sup>24</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., pp. 94 -95.

<sup>25</sup> Cfr. C. Magli, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, d.u.press, Bologna, 2009, p.44.

comunque rimangono meramente obbligatori, ed un secondo contratto attributivo del diritto finale e che concretizza il trasferimento della proprietà del bene oggetto della compravendita.

E' stato chiarito in giurisprudenza come la consegna anticipata del bene ed il pagamento anticipato di una parte del prezzo, quali obbligazioni assunte con il contratto preliminare di vendita, non si configurino propriamente come un'anticipata esecuzione del definitivo, bensì come una specifica obbligazione del preliminare stesso<sup>26</sup>.

In merito, si può, dunque, sostenere come la realizzazione dell'assetto degli interessi voluto dalle parti nella propria autonomia negoziale avvenga con modalità progressiva, dapprima tramite l'accordo iniziale di esecuzione parziale, o talvolta anche integrale, delle obbligazioni di pagamento del prezzo e consegna del bene, mentre, in un secondo momento, tramite il verificarsi del vero e proprio effetto traslativo, con il trasferimento e/o costituzione del diritto reale di proprietà<sup>27</sup>.

Proprio il ricorso a tale schema contrattuale si è rivelato, nel corso degli anni, utile a consentire alle parti di adeguare il rapporto alle reciproche esigenze di garanzia, permettendo una verifica dell'esattezza degli adempimenti, alcuni dei quali già compiuti in sede di stipulazione preliminare, e ciò prima che si verifichi l'effetto traslativo vero e proprio sul bene, mediante una anticipazione dell'assetto e della struttura dei rapporti, che indubbiamente facilita ed agevola la circolazione dei beni.

In tal senso valga un esempio. Nell'ipotesi di vendita di immobili da costruire o in corso di costruzione, è possibile includere nella fase che potremmo definire obbligatoria, specifiche prestazioni a carico del promittente venditore e costruttore del bene, che ricomprendono tutti i passaggi e gli adempimenti resi necessari a rendere l'immobile assolutamente conforme alle esigenze manifestate dal promissario acquirente<sup>28</sup>.

In definitiva, lo schema procedimentale, così posto in essere, permette agevolmente ai contraenti di eseguire, prima della conclusione del contratto di carattere definitivo, quelle prestazioni alle quali sarebbero tenuti solo a seguito del perfezionamento del rapporto contrattuale sorto tra gli stessi<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 3626 del 13.04.1999.

<sup>27</sup> Cfr., R. De Matteis, *La contrattazione del preliminare ad effetti anticipati*, Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo, CEDAM, Padova, 1991, p.51-52.

<sup>28</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 54.

<sup>29</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p.44.

Considerata, quindi, la natura peculiare di tale schema tipologico, emerge come se pure ne condivida rispetto al contratto preliminare puro, la struttura-base, il preliminare ad effetti anticipati se ne distingua, dal punto di vista causale, essendo stato concepito ed essendosi sviluppato, nella prassi, al fine del soddisfacimento di esigenze differenti.

Sul punto, va rilevato come l'utilizzo dello strumento contrattuale dell'anticipazione degli effetti rispetto alla conclusione del futuro contratto definitivo consenta al soggetto di entrare in diretto contatto e disponibilità nei confronti del bene oggetto della pattuizione, ancor prima del passaggio della proprietà, fermo restando che tale disponibilità non è a carattere permanente, essendo comunque, subordinata alla prestazione del contratto definitivo.

A mezzo dell'anticipazione di tutti o di alcuni degli effetti propri della pattuizione definitiva, le parti realizzano un risultato economico certamente unitario, anche se concretizzato attraverso la previsione di più "fasi" volte alla realizzazione dell'obiettivo finale in funzione del quale l'intera operazione è stata concepita.

Per contro, il promittente alienante perseguirà l'indubbio vantaggio di ottenere l'immediata disponibilità del prezzo del bene o di una sua parte.

Secondo quanto autorevolmente sostenuto dalla Corte di Cassazione, in materia, la fonte dell'obbligazione degli effetti anticipati va rinvenuta nel contratto preliminare, per cui la locuzione maggiormente corretta risulta essere quella di "*contratto preliminare con anticipazione degli effetti del definitivo*".

Infatti, l'obbligo di pagare anticipatamente il prezzo, come quello di consegna della *res*, si configurano come specifiche ed autonome obbligazioni proprie del contratto preliminare, non già come esecuzione anticipata del definitivo, tale per cui risulta corretto sostenere la natura preliminare di tale pattuizione, e ciò anche in caso di anticipazione totale e non meramente parziale degli effetti<sup>30</sup>.

In altri termini, la scelta dei contraenti di anticipazione degli effetti che si produrranno definitivamente solo a seguito della stipulazione del contratto definitivo non implica un mutamento della natura della pattuizione che resta pur sempre configurabile come contratto preliminare, nonostante la complessità della struttura così posta in essere.

La giurisprudenza ha, infatti, precisato come, nel contratto preliminare ad effetti anticipati, in base al quale le parti assumono l'obbligo della prestazione del consenso al contratto definitivo e convengono, altresì, l'anticipata esecuzione di alcune delle obbligazioni

---

<sup>30</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 3626 del 13.04.1999.

nascenti dallo stesso, la disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente ha luogo con la piena consapevolezza dei contraenti che l'effetto traslativo non si è ancora verificato<sup>31</sup>.

Peraltro, si è evidenziato in dottrina, come in relazione al contratto preliminare con effetti anticipati, l'origine delle prestazioni anticipatamente eseguite dai contraenti si rivenga direttamente nel contratto preliminare, non già nel definitivo che non è ancora stato concluso<sup>32</sup>.

Da ultimo, si sottolinea che la circostanza, per cui le parti abbiano eventualmente convenuto un'anticipazione totale del prezzo di vendita, non risulta affatto incompatibile con la struttura propria del preliminare, potendo qualificarsi come modulazione degli effetti del tutto consentita alle stesse in virtù dell'autonomia negoziale e purché la pattuizione sia volta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'Ordinamento Giuridico (ex Art. 1322 C.C.), essendo la corrispettività comunque garantita dalla immediata assunzione da parte del promissario acquirente, dell'obbligo di pervenire alla stipula del successivo contratto definitivo<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 8796 del 28.06.2000.

<sup>32</sup> Cfr. D. Cenni, *La formazione del contratto tra realtà e con sensualità*, Cedam, Padova, 1998, p. 383.

<sup>33</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., pp. 75-76.

### **1.3 La problematica giuridica afferente l'ammissibilità, nel nostro Ordinamento, del contratto preliminare ad effetti anticipati.**

#### **Tipicità – atipicità.**

Questione giuridica assai controversa e significativa attiene al profilo relativo alla ammissibilità nel nostro Ordinamento, della particolare figura del preliminare ad effetti anticipati.

Ciò che occorre verificare, in detto contesto, è se le parti abbiano inteso, in virtù della propria autonomia negoziale, porre in essere uno schema di contratto difforme rispetto a quello e/o a quelli legislativamente imposti, oppure se, pur con le specificità del caso, si possa fondatamente sostenere che il contratto sia sostanzialmente corrispondente e rientri, quindi, nel novero dei modelli tipizzati dal Legislatore.

La stessa natura giuridica della fattispecie è stata a lungo messa in discussione, attesa la sussistenza di notevoli problemi di inquadramento causati da una apparente antinomia, caratterizzata dal fatto che attraverso un preliminare si anticipa l'esecuzione di prestazioni che, in realtà, solo il definitivo sarebbe idoneo a sorreggere<sup>34</sup>.

Infatti, inizialmente, la letteratura ha evidenziato come l'anticipazione degli effetti del definitivo già in sede di contratto preliminare, fosse del tutto incompatibile con la figura e la funzione "classica" dello stesso<sup>35</sup>.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, nella volontà delle parti, in base all'Art. 1322 C.C. e con le limitazioni ivi previste, di realizzare una anticipazione degli effetti dell'operazione economica che esse intendono porre in essere andrebbe ravvisato l'intento di dare vita ad una fattispecie negoziale nuova ed in tal senso, atipica.

Infatti, scegliendo tale strumento, i contraenti accedrebbero ad uno schema connotato dall'unitarietà, al fine di dare luogo ad un procedimento traslativo autonomo e svincolato, in certo qual modo, dai parametri legislativamente imposti<sup>36</sup>.

Parte della dottrina ha, in tal senso, sostenuto come quando l'anticipazione delle obbligazioni sia totale, verrebbe ad integrarsi una sequenza procedimentale atipica, nella quale al contratto obbligatorio seguirebbe un negozio di puro trasferimento del diritto in sé

---

<sup>34</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., pp. 44-45.

<sup>35</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p. 45.

<sup>36</sup> Cfr., C. Tommasetti in *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, Sentenze annotate, con commento a Cass., SS.UU., sent. n. 12505 del 7.07.2004, in *Obbligazioni e contratti*, Novembre 2008, p. 914.

privo di autonomia causale e che rinviene la propria causa esterna nel preliminare, costituendo mero atto di adempimento dello stesso<sup>37</sup>.

In tale specifica ipotesi, quindi, il particolare schema contrattuale posto in essere dalle parti verrebbe a differenziarsi dal contratto preliminare c.d. puro, configurando altresì, una tipologia a sé stante, difforme rispetto alla vendita sì come prevista e disciplinata dagli Artt.1470 ss. C.C., creando i contraenti un impianto tipologico nuovo<sup>38</sup>.

Altra impostazione dottrinale effettua una particolare ricostruzione della fattispecie, muovendo dalla considerazione, per cui il preliminare puro e quello ad effetti anticipati, si differenzierebbero, essenzialmente, in quanto il primo sarebbe fonte di obbligazione di fare, mentre, il secondo, di dare, tale per cui la sequenza procedimentale posta in essere attraverso lo strumento prescelto, caratterizzato da effetti anticipatori, nasconderebbe in realtà, un contratto di vendita obbligatoria, seguito da un atto traslativo *solvendi causa*<sup>39</sup>.

Dalla vendita obbligatoria in tal modo posta in essere, deriverebbe esclusivamente l'obbligo, in capo al promissario acquirente, mediante la stipulazione di un successivo contratto, quest'ultimo ad effetti reali<sup>40</sup>, di trasferire il diritto.

Tale impostazione è stata oggetto di numerose critiche a livello dottrinale, sostenendo, taluni autori, come un contratto che non rivestisse al riguardo che effetti obbligatori si sarebbe posto in inevitabile antinomia rispetto a quanto previsto e tipizzato al riguardo dal Legislatore<sup>41</sup>.

Tuttavia, va rilevato, come la dottrina parlasse di vendita obbligatoria, intendendo per tale, quel contratto a mezzo del quale l'alienante era semplicemente obbligato nei confronti dell'acquirente a fargli conseguire il diritto sul bene<sup>42</sup>.

Cionondimeno, si precisa come la vendita obbligatoria non rientri in maniera diretta, ma solo estensivamente nella previsione dell'Art. 1476, n. 2) C.C., laddove l'obbligo di dare, ovvero sia di far acquistare la proprietà, risulta solo strumentale, atteso che l'effetto finale che nasce dal contratto di vendita è pur sempre, sia pure differito nel tempo, quello reale<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. A. Luminoso, op. cit.,p. 388.

<sup>38</sup> Cfr. A. Luminoso,p.388.

<sup>39</sup> Cfr. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in Digesto discipline privatistiche, Torino, 1988, p. 698.

<sup>40</sup> Cfr., C. Magli, op. cit., p. 46.

<sup>41</sup> Cfr. C. Magli, p. 47.

<sup>42</sup> Cfr. Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in Comm. Cod. Civ., Vol. IV, Torino, 1968, p. 47; cfr., nello stesso senso, Luminoso, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, p. 76.

<sup>43</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, estratto aggiornato da *Il contratto in generale*, Trattato di diritto privato, diretto da Mario Bessone, Vol. XIII – Tomo II, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 12.

Sul punto, va evidenziato come l'obbligo sia effetto diretto e immediato del contratto, mentre l'effetto reale, di trasferimento della proprietà del bene, si riallacci al definitivo, da concludersi in un secondo momento.

In tal senso, si specifica che al preliminare si applicherà la disciplina dell'inadempimento dell'obbligo di dare, non già quella relativa alla vendita<sup>44</sup>.

Seguendo tale impostazione, si può affermare, che il contratto che si definisce solitamente come definitivo, sarebbe invece un negozio traslativo, la cui causa risiede esclusivamente nell'adempimento dell'impegno in precedenza assunto, ammettendosi così la possibilità nel nostro Ordinamento della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*<sup>45</sup>.

E' stato diversamente sostenuto, come l'atipicità dello strumento di cui si tratta, muova dalla sua peculiare funzione, tesa a svolgere, vuoi gli effetti propri del preliminare, vuoi quelli della vendita vera e propria, valorizzando l'elemento per cui l'anticipazione degli effetti produce un risultato ulteriore, maggiore e sostanzialmente diverso, rispetto al formale obbligo di concludere un successivo e futuro contratto, detto definitivo.

Sempre seguendo tale impostazione, dovrebbe concludersi, come anche il contratto definitivo che si inserisce al termine della sequenza procedimentale in tal modo realizzata, andrebbe connotato dal carattere dell'atipicità, proprio come il contratto che lo precede<sup>46</sup>.

Secondo altra impostazione, invece, il preliminare con effetti anticipati non sarebbe riguardabile quale contratto atipico, solo per la particolare complessità della struttura, trattandosi, per contro, di un ordinario preliminare cui accede una pattuizione che in una fase c.d. intermedia, disciplina attribuzioni caratterizzate dal requisito della temporaneità, in quanto poi suscettibili di essere superate dalla stipula definitiva<sup>47</sup>.

Infatti, la scelta delle parti di eseguire prestazioni eccedenti ed ulteriori rispetto a quelle tipiche nascenti dal preliminare puro non può, secondo la maggioritaria dottrina, portare a concludere nel segno di un mutamento della natura del contratto stesso, trattandosi di obbligazioni comunque accessorie, che non incidono, sulla principale obbligazione del preliminare, di vincolare i contraenti alla futura stipulazione del contratto definitivo<sup>48</sup>.

Va segnalato, infine, come la Corte di Cassazione, intervenuta con una pronuncia sulla materia, ha effettuato una ricostruzione della fattispecie, individuandola come un

---

<sup>44</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 12.

<sup>45</sup> Cfr. D. Cenni "Il contratto preliminare ad effetti anticipati" p. 1123.

<sup>46</sup> Cfr. D. Cenni, op. cit., p.48.

<sup>47</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, 1988, p.72.

<sup>48</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 16937 del 15.07.2006.

fenomeno di collegamento negoziale tra più schemi tipici, il contratto di comodato per quanto riguarda la prima pattuizione, ed il contratto di mutuo gratuito per ciò che riguarda la seconda<sup>49</sup>.

A mezzo di tale pronuncia le Sezioni Unite chiamate a comporre il contrasto giurisprudenziale insorto sul punto, hanno chiarito come il contratto preliminare ad effetti anticipati non sia una figura atipica, in quanto non realizzi una funzione economico-sociale nuova e diversa, rispetto ai singoli contratti tipici in essa confluiti.

Ogni contratto risponde alla funzione sua tipica prevista dall'Ordinamento, tuttavia, in virtù del fenomeno del collegamento negoziale, essi risultano tesi ad una finalità unitaria ed ulteriore rispetto agli scopi dei singoli contratti posti in essere<sup>50</sup>.

Di recente, infine, la Corte di Cassazione ha ribadito come la fattispecie in esame, vada senz'altro riguardata come un preliminare, non integrando una vendita definitiva, ancorché obbligatoria<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. Giorgio Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè Editore, 1999, p. 2, che ha evidenziato come per collegamento negoziale si intenda tradizionalmente, una pluralità di negozi distinti per struttura, ma unilateralmente o bilateralmente dipendenti, sì che la nullità, l'annullamento e la risoluzione dell'uno si ripercuotono sull'altro o sugli altri, causandone la conseguente caducazione per il medesimo titolo. Si tratta, quindi, di connessione di effetti tra negozi formalmente autonomi.

Nello stesso senso, l'Autore a pag. 179, sottolinea che, in virtù del fenomeno del collegamento negoziale, i contratti, anche se tipologicamente autonomi e strutturalmente diversi, tendono nel loro complesso, a perseguire un risultato economico unitario.

Osserva, inoltre, come in dottrina, si sia sostenuto che la disciplina applicabile rimanga comunque ancorata a ciascun contratto, sicché l'identificazione del nesso relazionale sopra evidenziato, importa una ripercussione dei vizi dell'uno sull'altro contratto.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. SS.UU., sent. n. 7930 del 27.03.2008.

<sup>51</sup> Cfr., Corte di Cass., sent. n. 4863 dell'1.03.2010.

In tal senso, la Suprema Corte di Cassazione ha specificato come il contratto preliminare ad effetti anticipati rimanga tale anche dopo la consegna della cosa e il pagamento del prezzo, mentre il promissario acquirente resta un mero detentore qualificato, che non può acquistare il bene neppure per usucapione.



#### 1.4 La rilevanza dell'elemento causale.

Il contratto preliminare è, tradizionalmente, lo strumento prescelto da coloro che, pur non volendo dare definitività immediata all'assetto di interessi convenuto, assumono un impegno che li vincola con riferimento ad una futura e definitiva manifestazione di volontà<sup>52</sup>.

E' nella coesistenza di vincoli e transitorietà e nel carattere tipicamente strumentale che può estrinsecarsi la causa della fattispecie esaminata<sup>53</sup>.

Fermo restando che la nozione di causa non deve limitarsi a quella di funzione economico sociale del contratto, ma va estesa ad un'accezione che tenga conto anche dell'aspetto concreto della stessa<sup>54</sup>.

In dottrina, a tale proposito, si è sostenuto, come sia necessario avere riguardo alla concreta utilità dello schema con conseguente configurabilità di una causa "*in concreto*"<sup>55</sup>. Infatti l'obiettivo dei contraenti, quando stipulano un contratto preliminare, è quello di dare vita ad un rapporto patrimoniale, atteso che gli stessi mirano al perseguimento di determinati effetti giuridici per il cui raggiungimento scelgono lo schema contrattuale del preliminare<sup>56</sup>.

E' vero che in dottrina è stato evidenziato come funzione tipica del preliminare sia quella di fermare una trattativa, ritenuta dai contraenti, particolarmente vantaggiosa, creando così un margine di discrezionalità, che consenta, in un secondo momento, se del caso, di rettificare il programma negoziale.

E' questa la particolare situazione giuridica, oltre che economica in cui trova collocazione anticipazione degli effetti che caratterizza la correlata fattispecie di preliminare.

La giurisprudenza ha chiarito di recente, come il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto con effetti obbligatori è nullo per difetto di causa, atteso che non viene considerato meritevole di tutela nel nostro Ordinamento giuridico l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di un'inutile complicazione<sup>57</sup>.

E' utile precisare come la causa risulti ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle parti persegue, rappresentando lo scopo obiettivo del

---

<sup>52</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 54.

<sup>53</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 54.

<sup>54</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 106.

<sup>55</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 106

<sup>56</sup> Cfr. E. Serrao., op. cit, p. 54.

<sup>57</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 8038 del 02.04.2009.

negozio, l'intenzione oggettiva che entrambi i contraenti attribuiscono alla pattuizione per il raggiungimento di una comune finalità<sup>58</sup>.

L'indubbia complessità dello schema procedimentale del contratto preliminare ad effetti anticipati ha sollevato non poche problematiche giuridiche in ordine all'individuazione della linea di demarcazione tra tale figura rispetto al contratto definitivo vero e proprio.

E' indubbio che il profilo afferente l'elemento causale diviene, in tale ottica, di primaria importanza come espressione del comune intento delle parti.

Sul punto, va rilevato come la reale intenzione dei contraenti risulti determinante al fine di comprendere quale sia la tipologia contrattuale posta in essere, finendo, tale intenzione, per cristallizzarsi nella causa effettiva della pattuizione in oggetto. Quindi causa intesa quale funzione economico- sociale, non nella sua accezione di stereotipo astratto, bensì calata nel singolo ,specifico contratto posto in essere. ( CASS 08/05/2006 n.10490) In altre parole, se dal punto di vista meramente teorico la distinzione non sembra particolarmente ardua, non risulta agevole in concreto, stabilire quale sia la reale natura della pattuizione.

In merito, va rilevato come la giurisprudenza abbia chiarito che al fine di attribuire ad una determinata convenzione negoziale natura giuridica di contratto di compravendita, ovvero di mera pattuizione preliminare, risulta necessaria l'effettuazione di una prodromica indagine sull'effettiva volontà delle parti, ovverosia sul comune intento delle stesse, al fine di verificare di fatto, se lo stesso sia teso al trasferimento della proprietà della *res*, verso la corresponsione integrale del prezzo convenuto, integrando il profilo causale così come previsto dall'Art. 1470 C.C., oppure se si tratti, invece, di un semplice rapporto dal carattere obbligatorio e non ad effetti reali, che impegni i contraenti ad un'ulteriore, futura e successiva manifestazione di volontà alla quale andranno propriamente ricollegati il trasferimento del diritto dominicale sul bene, nonché l'assunzione dell'obbligo di pagamento del prezzo<sup>59</sup>.

In altre parole, compito dell'interprete sarà quello di esaminare ed inquadrare l'esatta volontà delle parti, quale emerge dal contratto nel suo insieme.

La Corte di Cassazione a tale proposito , ha elaborato una nozione di causa del contratto che supera quella tradizionale di funzione- economico sociale del negozio, chiarendo che

---

<sup>58</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n.1244 del 18.02.1983.

<sup>59</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 5132/2000 in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p.855.

“*causa del contratto è la sintesi degli interessi reali che esso, al di là del modello anche tipico utilizzato, è diretto a realizzare*”<sup>60</sup>.

In tal senso, si può fondatamente sostenere che tale sintesi si riferisca alla ragione concreta della dinamica contrattuale<sup>61</sup>.

In tale ottica, va rilevato come causa del contratto preliminare sia l’impegno specifico e reciproco delle parti a stipulare in futuro un altro contratto, che deve essere l’esecuzione e la sistemazione per così dire, dei rapporti e dell’assetto degli interessi nascenti da quel preliminare cui si riferisce<sup>62</sup>.

Infatti, allorché i contraenti stabiliscano di anticipare gli effetti del contratto definitivo, in tal caso pagando integralmente il *quantum* stabilito a titolo di prezzo della vendita e trasferendo la disponibilità del bene che ne costituisce oggetto, tale circostanza non implica di per sé stessa incompatibilità dello schema rispetto a quello del contratto preliminare, trattandosi esclusivamente di modalità attraverso cui le parti manifestino l’intento di pervenire successivamente alla stipula del definitivo.

Compito dell’interprete risulta, quindi, quello di far emergere attraverso una corretta analisi dell’assetto di interessi perseguiti dalle parti e trasfuso in ambito contrattuale, la reale ed effettiva volontà delle stesse, accertando se i contraenti abbiano inteso attraverso le proprie pattuizioni, anticipare gli effetti del successivo contratto definitivo, oppure già porre in essere un contratto perfetto in tutti i suoi elementi<sup>63</sup>.

L’interesse delle parti può dunque, essere quello di obbligarsi a stipulare un futuro contratto già determinato in tutti i suoi tratti essenziali, oppure di porre in essere un rapporto contrattuale già perfetto<sup>64</sup>.

Fermo restando che dal contratto preliminare deve comunque desumersi il tipo di contratto definitivo che le parti si obbligano a concludere, atteso che il generico riferimento all’obbligo di trasferire un determinato bene, in assenza dell’indicazione del tipo di contratto produttivo dell’effetto, ne comporterebbe la nullità, non essendo vincolante un obbligo a concludere un negozio meramente astratto<sup>65</sup>.

In sintesi, qualora i contraenti abbiano inteso, e ciò emerga dal contenuto negoziale, vincolarsi in via immediata agli effetti negoziali, non potrà trattarsi di contratto preliminare

---

<sup>60</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 10490 dell’8.05.2006.

<sup>61</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 38.

<sup>62</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 38.

<sup>63</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 3001 del 13.05.1982.

<sup>64</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 12608 del 16.10.2001.

<sup>65</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 107.

teso comunque, anche nella sua forma più articolata, a produrre effetti obbligatori, giacché quelli traslativi, a titolo esemplificativo, del diritto di proprietà si produrrebbero solo in un secondo momento.

Al fine di indagare la reale portata dell'elemento volontaristico, così come trasfuso nella causa del contratto che determina, non va fatto riferimento esclusivamente al *nomen iuris* prescelto dalle parti, che, peraltro, non sono certamente “*tecniche*” del diritto od esperte in materia e che, quindi, possono non essere perfettamente consapevoli della reale portata e significato delle locuzioni utilizzate, ma al contenuto complessivo delle pattuizioni che determinano l'assetto di interessi perseguito dalle parti.

Pertanto l'interprete sarà chiamato a ricostruire la comune volontà dei contraenti attraverso le norme, previste in materia contrattuale, agli Artt. 1362 ss. C.C..

Due sono gli elementi che emergono in tal senso: a) l'analisi della reale intenzione delle parti; b) la disamina del concreto contenuto dell'accordo atto a regolamentare l'assetto di interessi voluto dalle predette<sup>66</sup>.

Da quanto rilevato, emerge come sia necessario, ai fini della corretta qualificazione ed inquadramento del rapporto giuridico, di cui si tratta, e della relativa disciplina normativa allo stesso applicabile, individuare la causa del contratto.

Focalizzando correttamente la causa e gli scopi a fronte dei quali il contratto è sorto, sarà possibile, oltre che estremamente opportuno, sfuggire alle determinazioni aprioristiche dell'accezione oggettiva<sup>67</sup>.

E' del tutto possibile che i contraenti attraverso l'anticipazione delle prestazioni determinino uno “*sconfinamento*” nel contratto definitivo.

In buona sostanza, può accadere che dall'analisi della volontà delle parti in ordine all'anticipazione degli effetti, nonché da altri elementi, quali il comportamento tenuto e la posizione delle stesse, emerga una diversa qualifica degli interessi, rispetto a quello che può essere il *nomen iuris* scelto dalle stesse, inteso come qualificazione meramente formale, non già sostanziale dell'accordo<sup>68</sup>.

In sintesi: l'anticipazione degli effetti del definitivo attraverso la stipula del contratto preliminare rinviene il proprio elemento di *discrimen* rispetto al contratto perfetto, quale ad

---

<sup>66</sup> Cfr., Corte di Cassazione Civile, sent. n. 17682/2007.

<sup>67</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 16315/2007; *ibidem*, sent. n. 26958/2007.

<sup>68</sup> Cfr. *Il contratto*, a cura di Pasquale Fava, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 1312.

esempio al vendita ex Art. 1470 C.C., nel diverso profilo causale così come emergente dalla comune manifestazione di volontà dei contraenti di cui all'Art. 1362 C.C.

## CAPITOLO II

### IL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI.

#### EFFETTI COMPATIBILI E INCOMPATIBILI.

##### 2.1 Linee di demarcazione tra preliminare e definitivo.

In primo luogo, va precisato come contratto preliminare e contratto definitivo costituiscano due realtà giuridiche autonome e distinte<sup>69</sup>.

L'orientamento di gran lunga maggioritario in dottrina e giurisprudenza configura, dunque, il preliminare come contratto autonomo con una propria causa non integralmente sovrapponibile a quella del definitivo consistente nell'ulteriore interesse a creare un impegno provvisorio<sup>70</sup>.

Sul punto, è stato osservato in dottrina, come vi sia una sostanziale differenza ontologico-giuridica tra i due atti, atteso che il preliminare prefigura l'assetto degli interessi avuti di mira dai contraenti, ma non lo traduce in una volontà immediata di darvi vita, mentre è proprio quest'ultimo aspetto a connotare la pattuizione definitiva<sup>71</sup>.

La necessità di operare una distinzione al riguardo si rinviene nel desiderio di fare chiarezza nei rapporti tra le parti, in ordine a diritti, facoltà ed interessi delle stesse, con particolare attenzione allo strumento contrattuale prescelto dai contraenti per la loro realizzazione<sup>72</sup>.

Peraltro, tracciare una linea di demarcazione tra preliminare e definitivo risulta dirimente, altresì, ai fini della corretta individuazione della disciplina applicabile al rapporto<sup>73</sup>.

E' stato opportunamente sottolineato<sup>74</sup> come la previsione da parte del Legislatore, del rimedio di cui all'Art. 2932 C.C., inteso quale strumento costitutivo che produca i medesimi effetti del contratto non concluso, in caso di inadempimento di una delle parti, confermi l'alterità e la differenziazione tra preliminare e definitivo, atteso che se (ma così non è e non può essere per incompatibilità con la sua natura) al preliminare fossero stati attribuiti

---

<sup>69</sup> Cfr. G. Adilardi, *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 2008, p. 3.

<sup>70</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 12.

<sup>71</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 12.

<sup>72</sup> Cfr. V. Farro, *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 2006, p.82.

<sup>73</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 4.

<sup>74</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 4.

effetti traslativi, allora sarebbe stato sufficiente prevedere una comune azione di adempimento contrattuale.

Infatti, la sussistenza nel nostro Ordinamento di una disposizione quale quella di cui all'Art. 2932 C.C. rappresenta un argomento di conferma in ordine alla sostanziale differenza tra preliminare e definitivo, considerato che proprio la natura costitutiva della pronuncia esclude l'assoluta identità tra le due realtà contrattuali.

Ciò conduce a ritenere ancor più, come contratto preliminare e contratto definitivo rappresentino due distinte componenti di una sequenza normativamente prevista<sup>75</sup>.

E' vero che la diversità tra contratto preliminare e definitivo consiste principalmente, nel fatto che il preliminare riveste comunque portata obbligatoria, vincolando le parti alla stipula del definitivo.

E' stato evidenziato in dottrina come tale distinguo non nasca tanto da un'intrinseca diversità tipologica, quanto piuttosto, dall'intento delle parti, a seconda, quindi, che la volontà delle stesse sia tesa all'immediato trasferimento della proprietà sul bene o meno<sup>76</sup>. In tal senso, si rende opportuna l'esatta individuazione dei criteri di riferimento alla luce dei quali operare un'esatta qualificazione contrattuale.

Va rilevato come l'operazione tesa ad individuare se un determinato contratto possa ritenersi preliminare o definitivo non risulti affatto semplice.

In dottrina sono state, peraltro, enucleate svariate ipotesi in merito all'individuazione del carattere distintivo tra preliminare e definitivo, ponendo l'accento vuoi sul contenuto del contratto, vuoi sull'aspetto formale, vuoi ancora, sul comportamento complessivo delle parti.

E' stato tuttavia opposto come nel nostro Ordinamento non siano esplicitati dei precisi limiti di determinatezza dell'oggetto del contratto preliminare, a differenza di quanto accade nel sistema tedesco, sicché il preliminare può avere identico contenuto rispetto al definitivo, di modo che l'oggetto del contratto non si rivela un elemento dirimente, nel mentre, ciò che distingue effettivamente i due atti è la volontà delle parti di vincolarsi o meno definitivamente<sup>77</sup>.

In linea di principio, può sostenersi che l'elemento distintivo tra contratto preliminare e definitivo, con riguardo alla vendita, sia dato dalla volontà delle parti che intendono con il

---

<sup>75</sup> Cfr. E. Serrao, *Il contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 18.

<sup>76</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 55.

<sup>77</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 20.

secondo determinare direttamente il trasferimento della proprietà o di altro diritto sul bene , mentre con il primo perseguono il medesimo scopo, impegnandosi, tuttavia, alla stipulazione di un successivo contratto quest'ultimo produttivo di effetti reali, ovvero sia del trasferimento stesso<sup>78</sup>.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare al riguardo come, nell'ambito del preliminare di vendita, al fine di individuare la natura preliminare o definitiva di un contratto, non siano decisivi né il trasferimento del possesso sul bene, né il pagamento anticipato di parte del prezzo che non risultano di per sé incompatibili con la natura preliminare del contratto, né tantomeno, il mero dato letterale costituito dall'intitolazione che al contratto abbiano dato le parti, ovvero l'utilizzo di espressioni quali "*promette di vendere*", "*promette di acquistare*", "*compromesso*", né da ultimo, la riserva di futura formazione di atto pubblico che potrebbe anche avere funzione ricognitiva di una precedente vendita già perfetta, ma occorre ricostruire a tal fine, la comune intenzione dei contraenti, con il ricorso ad ogni elemento utile nell'ambito delle regole codicistiche in materia di interpretazione del contratto (Artt. 1362 ss.C.C.)<sup>79</sup>.

Si evidenzia, altresì, come la Suprema Corte di Cassazione abbia chiarito che lo stabilire se le parti abbiano inteso stipulare un contratto definitivo, ovvero dare vita ad un contratto preliminare si risolva in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito<sup>80</sup>.

Peraltro, si ritiene che la qualificazione formale operata dai contraenti non risulti affatto decisiva al fine di individuare l'esatta natura del contratto quale preliminare ovvero definitivo, non ritenendosi, altresì dirimenti nemmeno le espressioni e locuzioni scelte dalle parti, atteso che occorre valutare la volontà dei contraenti che si desume dall'intero contesto, non dovendosi, per contro, limitare l'analisi al significato tecnico ed oggettivo dei termini utilizzati dagli stessi ed inseriti nella pattuizione<sup>81</sup>.

In altre parole, l'intestazione del negozio come "*contratto preliminare*" non implica necessariamente la sussistenza di un vero e proprio preliminare, se con riguardo ad altre circostanze obiettive, consistenti a titolo esemplificativo, nell'avvenuto completamento dell'immobile, nel prezzo interamente corrisposto, nell'immissione nel possesso del

---

<sup>78</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 5635 del 18.04.2002.

<sup>79</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 2204 del 5.04.1984.

<sup>80</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 24150 del 20.11.2007.

Cfr. D. Cenni, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Cedam, Padova, 1998, p. 386, che evidenzia come in ipotesi in cui non emerga una volontà delle parti nel segno di voler stipulare un contratto diretto alla conclusione di un definitivo, le dichiarazioni in tal modo rese, dai contraenti potrebbero rilevare tutt'al più, ai fini di una responsabilità precontrattuale.

<sup>81</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 4.



promittente acquirente, l'assetto di interessi in tal modo posto in essere dalle parti si riveli del tutto incompatibile con la funzione preparatoria del contratto preliminare<sup>82</sup>.

Sul punto, va rilevato come l'opinione giurisprudenziale in ordine alla non decisività del *nomen iuris* adottato dalle parti risulti consolidata.

In merito, si evidenzia come la Corte di Cassazione abbia sostenuto quanto segue: *“il nomen iuris utilizzato dalle parti non ha, in linea di principio, valore esclusivo al fine di stabilire se le parti abbiano voluto concludere un contratto preliminare ovvero una vendita definitiva; tuttavia, quando il nomen iuris coincida con le espressioni usate dalle parti nella cosiddetta parte dispositiva del contratto, la quale esprime il nucleo essenziale della volontà negoziale, una diversa definizione del contratto è giustificata soltanto quando dal complesso delle clausole risulti inequivocabilmente la reale volontà delle parti”*.

Fermo restando che, in applicazione delle regole generali, quando l'effettiva volontà delle parti emerga in maniera chiara ed inequivoca o comunque determinabile attraverso il significato letterale delle parole e locuzioni dalle stesse utilizzate, non si dovrà ricorrere ad altri strumenti interpretativi meramente sussidiari ed indicati solo in ipotesi di dubbio ex Artt. 1362, II comma e ss. C.C.<sup>83</sup>

Qualora i contraenti provvedano al trasferimento del possesso della *res* ed al pagamento del prezzo, ciò non significa necessariamente che le parti abbiano voluto l'immediato trasferimento della proprietà in esecuzione di un contratto definitivo di compravendita, potendo aver posto in essere un'esecuzione anticipata di una futura vendita, da stipularsi in un secondo momento, in adempimento agli obblighi assunti con il preliminare<sup>84</sup>.

Va comunque rilevato che effettuare una compiuta distinzione tra pattuizione preliminare definitiva non rientra semplicemente nel novero dei meri esercizi interpretativi, ma si rende necessaria altresì, per l'individuazione delle conseguenze che risultano ben diverse in caso di inadempimento dell'uno o dell'altro contratto<sup>85</sup> (si pensi alla sentenza costitutiva ex Art. 2932 C.C. prevista quale rimedio in ipotesi di rifiuto di uno dei contraenti di pervenire alla stipula del contratto definitivo).

Fermo quanto sopra, e per quanto concerne i rapporti tra contratto preliminare e definitivo, va rilevato quanto segue a fronte di tre diverse ricostruzioni interpretative che dall'analisi della dottrina emergono.

---

<sup>82</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 4.

<sup>83</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 86.

<sup>84</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 12583 del 06.12.1995.

<sup>85</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 90.

Secondo una prima impostazione, preliminare e definitivo sarebbero due contratti distinti ed autonomi con identità di contenuto che si susseguono nell'esigenza funzionale di consentire alle parti una rinnovazione del giudizio di convenienza ed un controllo sulle sopravvenienze.

Tale ricostruzione prende il nome di teoria del c.d. doppio contratto<sup>86</sup>.

Secondo altra tesi, invece, il rapporto preliminare- definitivo sarebbe contraddistinto da una riproposizione della scissione tra *titulus* e *modus adquiendi*, sulla scorta della quale si nega la natura negoziale del contratto definitivo inteso quale atto dovuto.

Tale risulta la teoria non negoziale.

In base ad una terza impostazione, che potremmo definire intermedia, viene riconosciuta la natura negoziale del contratto definitivo, che sarebbe dotato anzi, di una doppia causa, interna ed esterna (*solvendi*).

In tal caso, in presenza di vizi del bene, occorrerà verificare se gli stessi riguardino la causa esterna e, quindi, si ripercuoteranno sempre sul definitivo, ovvero riguardino la causa interna, nel qual caso il definitivo resterebbe in piedi<sup>87</sup>.

Va sottolineato infatti, come sussista un collegamento tra preliminare e definitivo, in quanto facenti parte del medesimo schema negoziale, sia esso più o meno complesso, sicché tra i predetti possono intercorrere interferenze reciproche.

Tale correlazione tra preliminare e definitivo, in ipotesi di avvenuta conclusione del definitivo, assume rilievo sul piano interpretativo, costituendo quindi, un indice sintomatico della volontà delle parti, con particolare riguardo alla natura e all'oggetto del negozio<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. F. Caringella- De Marzo, *Manuale di diritto civile, il contratto*, III Edizione, Giuffrè Editore, 2008, p. 161.

<sup>87</sup> Cfr. F. Caringella- De Marzo, *op. cit.*, p. 161.

<sup>88</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 13.

## 2.2 Cenni sul principio consensualistico ex Art.1376 C.C.

Nel nostro Ordinamento, i contratti di alienazione possono essere suddivisi in contratti obbligatori, ovvero traslativi, con la differenza che, nel primo caso, si limitano ad impegnare il contraente ad un determinato risultato, nel mentre, nella seconda ipotesi, risultano immediatamente produttivi dell'effetto dell'acquisto del diritto<sup>89</sup>.

Sul punto, si evidenzia come il contratto che produce come effetto il trasferimento di un diritto reale o di altro diritto su un determinato bene si configuri quale contratto traslativo, mentre il contratto che determina il prodursi di meri effetti obbligatori, facendo sorgere pertanto, non già diritti reali, ma personali, andrà rettamente qualificato come obbligatorio<sup>90</sup>.

Per quanto concerne propriamente l'effetto traslativo, va segnalato come all'Art.1376 C.C. sia previsto il cosiddetto principio consensualistico, ovvero sia il principio del consenso traslativo.

Tale norma risulti collocata all'interno del Codice Civile, nell'ambito delle disposizioni generali sugli effetti del contratto.

E' stato osservato in dottrina<sup>91</sup>, come la normativa in esame rappresenti la sussistenza di una categoria del tutto peculiare costituita dai contratti con effetti reali, tenendo presente che detti contratti producono comunque anche effetti obbligatori, ma che questi ultimi non sono essenziali al trasferimento o alla costituzione del diritto.

E' stato altresì, sostenuto come il contratto ad effetti reali risulti una figura caratteristica degli ordinamenti consensualistici, improntati alla necessaria compenetrazione tra titolo e modo<sup>92</sup>.

Infatti secondo quanto previsto dall'Art. 1376 C.C., la costituzione o il trasferimento di un diritto reale, ovvero di altro diritto, si produce per effetto del semplice consenso

---

<sup>89</sup> Cfr. M.Bianca, *Diritto Civile*, vol.III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè 2000,p.528.

<sup>90</sup> Cfr. D. Cenni, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Cedam, Padova, 1998,p. 385, secondo cui l'ammissibilità di un contratto preliminare di contratto reale non può mai essere fatta salva. Infatti, va sconfessata, a parere dell'Autrice, la possibilità di distinguere tra preliminare di contratto consensuale e preliminare di contratto reale. Tra contratto preliminare e reale sussiste dunque, una incompatibilità strutturale logica prima ancora che giuridica, così da escludere già l'astratta possibilità di concordare un obbligo a contrarre avente ad oggetto la conclusione di un contratto reale.

<sup>91</sup> Cfr. E. Ferrante, *Consensualismo e trascrizione*, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 66.

<sup>92</sup> Cfr. E. Ferrante, op. cit., p. 66.

legittimamente manifestato, non essendo all'uopo richiesto e/o necessario un ulteriore atto di trasferimento del diritto sul bene.

Fermo restando che l'Art. 1376 C.C. viene considerato norma di carattere imperativo posta a tutela dei terzi ai quali deve essere consentito di poter pervenire all'identificazione del proprietario del bene in un determinato momento storico<sup>93</sup>.

Per altro verso, si è sostenuto come la trascrivibilità del preliminare riduca le distanze tra quest'ultimo ed i contratti traslativi di diritti reali, atteso che la trascrizione del preliminare crea un vincolo di indisponibilità sul bene con efficacia anche nei confronti di terzi<sup>94</sup>.

Si sottolinea, infatti, come l'efficacia *erga omnes* propria della trascrizione renda il contratto opponibile ai terzi.

Nell'ambito di un preliminare di vendita, quindi, il promissario acquirente per effetto della trascrizione, acquisisce una sorta di "prenotazione all'acquisto" che lo mette in una posizione che è stata ritenuta, dal punto di vista prenotativo e tutelativo, simile a quella del compratore<sup>95</sup>.

Va tuttavia, precisato come l'analogia di posizione non vada oltre, vista e considerata l'efficacia pur sempre obbligatoria del contratto preliminare che non porterà mai, ancorché ad effetti anticipati, al trasferimento del diritto reale<sup>96</sup>.

Il ricorso al contratto preliminare permette di attuare una scissione, assimilabile nei caratteri essenziali, a quella romanistica tra *titulus* e *modus acquirendi*.

Volendo esemplificare tale concetto, quindi, con il termine *titulus* si intendeva il contratto a mezzo del quale sorgeva il vincolo a trasferire la proprietà o altro diritto reale sul bene, mentre *modus acquirendi* indicava l'atto traslativo separato<sup>97</sup>.

In altre parole, attraverso la contrattazione di carattere preliminare e, quindi, ad effetti obbligatori, si realizza uno schema procedimentale che non comporta immediatamente il trasferimento del diritto, sicché l'impegno dei contraenti alla stipula del contratto definitivo, non produce subito l'effetto traslativo, che non si ricollega in via diretta al consenso inizialmente raggiunto, a differenza di quanto previsto in via di principio, per i contratti

---

<sup>93</sup> Cfr. A. Plaia, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Cedam, Padova, 2000, p. 43.

<sup>94</sup> Cfr. A. Luminoso, *La compravendita*, in *Corso di diritto civile*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 387.

<sup>95</sup> Cfr. A. Luminoso, *La compravendita*, in *Corso di diritto civile*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 387.

<sup>96</sup> Cfr. G. Palermo, *Contratto preliminare*, Cedam, 1991, p. 33, secondo il quale va effettuata una necessaria distinzione tra l'incontro delle volontà operante sul piano delle reciproche promesse a carattere impegnativo, e l'atto di trasferimento che per il loro tramite viene a prodursi, ponendo l'alternativa se tale atto possa o non possa realizzarsi in un momento, quello della dazione, in tutto o in parte diverso ed ulteriore rispetto al momento in cui attraverso l'impegno causale delle parti sia costituito il titolo giuridico dell'acquisto.

<sup>97</sup> Cfr. F. Caringella- De Marzo, *op. cit.*, p. 154.

attraverso i quali si intende perseguire un determinato scopo volto subitaneamente all'acquisizione di un diritto.

Ciò si verifica non tanto in deroga alle disposizioni di cui all'Art.1376 C.C., quanto, in virtù della valorizzazione dell'autonomia delle parti per quanto attiene all'assunzione di vincoli preliminari.

In riferimento al contratto preliminare ad effetti anticipati, la consegna del bene e il pagamento di una parte del prezzo non possono essere classificati come effetti reali, producendo detto contratto effetti meramente obbligatori.

Per contro, nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di un bene determinato o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, le parti possono convenire che la consegna della cosa sia differita nel tempo, ma in questa ipotesi il diritto è già passato per effetto della manifestazione del consenso delle stesse ed il compratore riceve un bene che in realtà è già suo; così dicasi nell'ipotesi del pagamento del prezzo differito nel tempo, laddove l'acquirente paga parimenti il prezzo di una *res* che è già nel suo patrimonio.<sup>98</sup>

Invece, il consenso ancorché legittimamente manifestato, espresso dalle parti nel preliminare ad effetti anticipati non presenta il carattere traslativo, non essendo sufficiente quest'ultimo al fine del prodursi degli effetti reali del contratto.

Nello specifico schema posto in essere a mezzo dell'anticipazione degli effetti del contratto definitivo, anche attraverso la consegna della cosa il c.d. *modus acquirendi*, il quale attiene, propriamente, all'acquisto del diritto non si realizza immediatamente.

In tal modo, si può fondatamente sostenere che l'anticipazione, in sé e per sé considerata, non determina un passaggio dal *titulus* al *modus acquirendi*, che si produce solo successivamente e grazie ad un altro contratto.

Sul punto, va evidenziato come il fatto di consentire all'autonomia privata di differire l'effetto traslativo ad un momento successivo alla conclusione del contratto non si pone quale deroga rispetto al principio di cui all'Art. 1376 C.C., ma va valutato come un fenomeno perfettamente ammissibile che si risolve nell'apposizione di un termine di efficacia al negozio ad effetti reali condizionati alla stipulazione del successivo contratto definitivo, con previsione da parte dei privati, di un negozio ulteriore e distinto da cui far dipendere l'effetto traslativo.

In dottrina, infatti, sono state elaborate essenzialmente due distinte teorie.

---

<sup>98</sup> Cfr. F.Galgano, *Il negozio giuridico*, Seconda edizione, Milano, Giuffrè 2002, p.172.

Secondo una prima impostazione, dunque, vi sarebbe deroga alla regola consensualistica ogniqualvolta i contraenti scelgano, al fine del prodursi dell'effetto traslativo, la sequenza preliminare-definitivo, nel mentre, secondo altra e più convincente interpretazione, occorrerebbe effettuare un doveroso distinguo tra il preliminare puro e quello con effetti anticipati, sottolineando come solo nel secondo caso, specie nell'ipotesi di anticipazione totale degli stessi, vi sarebbe effettiva deroga al disposto di cui all'Art. 1376 C.C.<sup>99</sup>.

Secondo quanto autorevolmente sostenuto, in dottrina, qualora si intenda parlare di deroga vera e propria, ciò potrebbe dirsi se e qualora il contratto definitivo venga classificato come *modus acquirendi* caratterizzato, in quanto tale, da doverosità, e, quindi, come atto dovuto al pari dell'adempimento.

Per contro, va ritenuto che qualora il definitivo venga considerato come un contratto ad effetti reali con causa anche interna, allora, in tal caso, non vi sarebbe alcuna deroga rispetto al principio generale consensualistico, deroga ravvisabile esclusivamente se l'effetto reale sia la risultante di un contratto ad effetti obbligatori, seguito da un atto di adempimento<sup>100</sup>.

Vi è anche chi ha sostenuto come l'Art. 1376 C.C., in quanto norma inderogabile, non tollera che i privati possano scindere l'accordo traslativo in due fasi consensuali<sup>101</sup>.

Tuttavia, si è sottolineato diversamente, come il principio del consenso traslativo non esprima un principio logico assoluto, né coinvolga valori inderogabili, ma sia configurabile solo alla stregua di una regola pratica frutto di una scelta discrezionale dei singoli Ordinamenti.<sup>102</sup>

In definitiva, va rilevato come anche se in relazione al contratto preliminare si sia parlato di realtà dello stesso, specie per quanto attiene alla trascrivibilità della relativa pattuizione, che ne garantisce l'effetto prenotativo valevole *erga omnes*, cionondimeno, esso necessita, nonostante la indubbia potestà traslativa, per attuarsi del contratto definitivo, che lo completa dal punto di vista del *modus acquirendi*.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in Riv. not., 1997 pp. 23 ss.

<sup>100</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, pp. 3 ss.

<sup>101</sup> Cfr., C. Magli, op. cit., p.20.

<sup>102</sup> Cfr. R. De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, Padova, 1991, p. 172.

<sup>103</sup> Cfr., M. Mustari, *Il lungo viaggio verso la realtà: dalla promessa di vendita al preliminare*, Giuffrè, 2007, p.272.

### 2.3 Analisi dei singoli effetti: compatibilità.

Con riferimento al contratto preliminare ad effetti anticipati, risulta opportuno effettuare una valutazione afferente alla compatibilità delle clausole di anticipazione di alcuni effetti del contratto definitivo rispetto allo schema del preliminare vero e proprio.

Infatti, la manifestazione di volontà dei contraenti, rivolta alla regolamentazione dei propri interessi attraverso la realizzazione di questi effetti, potrebbe portare ad escludere la configurabilità di una contrattazione avente carattere preliminare.

Sul punto, va rilevato come opinione dottrinale, assolutamente dominante in materia, sia attualmente orientata nel segno di rispondere positivamente al quesito relativo alla natura della pattuizione in esame, pervenendo ad una valutazione di compatibilità degli accordi pattizi tesi ad anticipare, almeno in parte, gli effetti tipici del contratto definitivo con la figura della stipulazione di un preliminare.

Si sottolinea come la circostanza tale per cui sussistano delle obbligazioni “*accessorie*” all’interno dello schema del contratto preliminare, non conduce ad escludere che il prodursi dell’effetto traslativo sia subordinato alla conclusione di un successivo contratto detto definitivo.<sup>104</sup>

Fermo restando che la funzione originaria di tale contratto è principalmente di garanzia.

A titolo esemplificativo, si può osservare come nel preliminare di vendita ad effetti anticipati, la disponibilità anticipata del bene permetta al promissario acquirente di accertare la conformità alle pattuizioni contrattuali anteriormente al trasferimento, in tal stregua legittimando l’eventuale rifiuto alla stipulazione del contratto definitivo ovvero l’esperibilità del rimedio di cui all’Art. 2932 C.C. cumulativamente alla azione di riduzione del prezzo in ipotesi di presenza di vizi del bene<sup>105</sup>.

Peraltro, proprio la molteplicità degli interessi e delle necessità delle parti implica la necessità di determinare un corretto inquadramento al fenomeno contrattuale in esame<sup>106</sup>.

In riferimento alla teoria in letteratura più risalente, che considerava tali accordi come già definitivi, va rilevato come secondo tale impostazione, pur essendo stata concepita al fine di conferire un riconoscimento espresso in termini codicistici alla figura in esame, gli stipulanti venissero privati della possibilità di realizzare, attraverso la scissione tra

---

<sup>104</sup> Cfr. F. Carresi, *Il contratto*, Milano, Giuffrè editore, 1987, p.42

<sup>105</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 53.

<sup>106</sup> Cfr. V. Farro, *Il contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 95.

pattuizione preliminare e pattuizione definitiva, la funzione di garanzia e di controllo degli adempimenti reciproci normalmente consentita dal preliminare.<sup>107</sup>

Per contro, secondo la ricostruzione ermeneutica della più recente dottrina, suffragata peraltro dalla giurisprudenza, le clausole di anticipazione degli effetti propri del contratto definitivo vengono opportunamente ricondotte al contenuto del preliminare, costituendo rispetto allo stesso, obbligazioni aggiuntive che si inseriscono come elemento di accessorietà nello schema contrattuale e che rinvergono in esso un proprio titolo diverso da quello del contratto definitivo.<sup>108</sup>

Va ancora evidenziato che l'anticipazione degli effetti che in tal modo si attua, pur non mutando la natura di contratto preliminare, ha comportato notevoli problematiche giuridiche in ordine alla configurabilità dell'esecuzione di un'obbligazione non ancora sorta. In realtà, le ricostruzioni interpretative operate dalla giurisprudenza sono servite ad attribuire riconoscimento ad una prassi contrattuale ormai largamente diffusa.<sup>109</sup>

Orbene, di contro alla iniziale e più risalente impostazione che riteneva che l'anticipazione degli effetti tipici del contratto definitivo non potesse essere compatibile con la figura del contratto preliminare bensì, solamente con un vero e proprio accordo definitivo, ancorché condizionato o ad efficacia differita, risulta maggiormente persuasiva l'attuale e differente prospettiva secondo la quale la figura di cui si discute si limiti a determinare l'insorgere in capo al promittente alienante, dell'obbligo di trasferire la proprietà della cosa, e ciò attraverso la stipulazione di un successivo negozio, quest'ultimo ad effetti reali.<sup>110</sup>

Questa seconda ricostruzione interpretativa che ammette la perfetta compatibilità degli effetti anticipati, ha l'indubbio pregio di valorizzare il profilo relativo dell'autonomia contrattuale delle parti che sono libere di dettare una regolamentazione dei propri interessi nella maniera che preferiscono, in quanto atta a soddisfare le esigenze contrattuali delle stesse, anche attraverso la previsione e l'inserimento di obbligazioni accessorie all'interno del nucleo principale del contratto preliminare, senza che per questo, quest'ultimo si trasformi in una pattuizione dal carattere definitivo.

Del resto la valutazione di compatibilità degli indicati effetti si attaglia perfettamente alle esigenze pratiche perseguite dalle parti e connota la flessibilità dello strumento prescelto.

---

<sup>107</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 179.

<sup>108</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p.43

<sup>109</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p.44

<sup>110</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., pp.45-46.



Sul punto, si evidenzia come i contraenti non incontrino particolari limitazioni nello stabilire come modalità di esecuzione del rapporto, la subordinazione del verificarsi dell'effetto traslativo ad una stipulazione successiva, eccettuato quello fondamentale di cui Art.1322 C.C. di realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.<sup>111</sup>

Non meno importante risulta inoltre la circostanza tale per cui aderire ad una simile ricostruzione consente indubbiamente di ricondurre ad unità la figura del contratto preliminare, e ciò vuoi configurando le clausole di esecuzione anticipata come fonte di mere obbligazioni accessorie, rispetto a quella fondamentale di concludere il definitivo, vuoi dotando la figura in esame di una tutela ampliata.<sup>112</sup>

Del resto, l'accordo delle parti in relazione alla cosa e al prezzo, non rappresenta un elemento di *discrimen* tra il contratto preliminare e la pattuizione definitiva, essendo necessariamente presente anche in fase di pattuizione iniziale, sicché la decisione delle parti di anticipare taluni effetti non implica una incompatibilità rispetto al contratto con effetti obbligatori.

Nucleo fondamentale della tipologia contrattuale in esame rimane pur sempre l'assunzione da parte dei contraenti, dell'obbligo di prestarsi alla stipulazione del contratto definitivo, ciò che avviene comunque, anche in ipotesi di pagamento anticipato di una parte o di tutto il prezzo, ovvero di consegna del bene, atteso che permane l'intento delle parti di non effettuare immediatamente una attribuzione del diritto.

È vero quindi, che nel nostro sistema legislativo, in ipotesi in cui le parti prevedano un successivo atto negoziale che sia fonte del trasferimento di un diritto, lo stesso verrà riguardato come contratto traslativo causale, mentre, il preliminare resterà impegnativo esclusivamente dell'obbligo di prestare un successivo consenso, benché alcune obbligazioni, peraltro dal carattere accessorio, vengano, per valutazioni di opportunità o comodità delle parti, eseguite anteriormente alla stipula del contratto definitivo.<sup>113</sup>

In tal modo, va evidenziato come la compatibilità di tali effetti e la loro riconducibilità allo schema tipico della contrattazione preliminare si rinvenga altresì, con riguardo alla mancata realizzazione, attraverso tale schema contrattuale, della funzione economico-sociale del definitivo, non verificandosi lo scambio del trasferimento della proprietà sul bene verso il corrispettivo del prezzo, bensì, l'assunzione di un impegno in tal senso.

---

<sup>111</sup> Cfr. R. De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, CEDAM, Padova, 1991, p.40.

<sup>112</sup> Cfr. R. De Matteis, *op. cit.*, p.178.

<sup>113</sup> Cfr. R. De Matteis, *op. cit.*, p.174.

Da ultimo, va segnalato come, attraverso il contratto preliminare, non è possibile individuare il significato complessivo assunto dall'operazione economica voluta dalle parti, essendo necessaria una valutazione congiunta dell'asse preliminare-definitivo.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p.177.

## 2.4 Profili di incompatibilità.

E' vero che effetto principale del contratto preliminare ancorché ad esecuzione anticipata, risulta pur sempre quello di obbligare le parti alla stipulazione del contratto definitivo.

Infatti l'obbligo suindicato di prestare il consenso, da parte dei contraenti, alla conclusione di un contratto ricomprende, per l'effetto, altresì l'impegno in ordine alle prestazioni che ne costituiscono oggetto<sup>115</sup>.

Invero l'attuazione delle prestazioni finali risulta subordinata, accedendo allo schema proprio della contrattazione preliminare, alla stipulazione, peraltro obbligatoria, del definitivo, dandosi, in tal modo, luogo al ruolo precipuo del preliminare come programma di una successione di prestazioni dovute<sup>116</sup>.

Orbene, quantunque alle parti sia dato, in virtù della propria autonomia negoziale, stabilire che alcuni effetti della pattuizione definitiva vengano anticipati ad un momento anteriore alla conclusione del predetto contratto, cionondimeno, va rilevato come il preliminare non possa prevedere nel proprio schema procedurale tipico, l'integrale attuazione del rapporto finale, atteso che, in tale specifica ipotesi, quest'ultimo perderebbe tale connotazione per rivestire la natura di contratto definitivo vero e proprio già completo e perfetto in tutti i suoi elementi.

Risulta, quindi, opportuno sottolineare come nella delineata ipotesi, qualora i contraenti decidessero di procedere in seguito, alla stipulazione di un ulteriore contratto, quest'ultimo andrebbe correttamente inquadrato e qualificato come mero impegno alla ripetizione del rapporto<sup>117</sup>.

Orbene, dalle suesposte considerazioni, emerge come assoluta prevalenza al fine di determinare se un determinato contratto possa essere classificato come preliminare o definitivo, viene attribuita al prodursi o meno dell'immediato effetto traslativo, ciò che, peraltro, permette di operare un distinguo tra i contratti ad efficacia meramente obbligatoria e quelli ben diversi, ad effetti reali.

In altri termini, qualora la consegna del bene in una vendita dietro pagamento del corrispettivo, comporti un trasferimento del diritto reale di proprietà sul bene, tale effetto si porrà in termini di incompatibilità con il delineato schema della contrattazione preliminare, per sfociare, invece, nella pattuizione definitiva.

---

<sup>115</sup> Cfr. M Bianca, op. cit. p. 185.

<sup>116</sup> Cfr. M. Bianca, op. cit. p. 185.

<sup>117</sup> Cfr. M. Bianca, op. cit. p.186.

In buona sintesi: anticipare interamente le obbligazioni del definitivo equivale a porre in essere da parte dei contraenti, una pattuzione già completa ed incompatibile con lo schema di contratto preliminare.

Ciò che può essere, per contro, compatibile risulta l'immissione da parte del promissario acquirente nella disponibilità del bene oggetto del contratto in via anticipata rispetto alla conclusione del definitivo, al fine di consentirgli il godimento dello stesso, in via immediata, anziché poterla conseguire stabilmente, ma solo in un momento successivo.

Del resto, unico strumento offerto dal nostro Ordinamento, ai fini della produzione dell'effetto traslativo del diritto risulta quello della conclusione di un contratto ad effetti reali, e ciò, altresì, in ossequio al principio di cui all'Art. 1376 C.C.<sup>118</sup>

Il fatto che il contratto preliminare resti pur sempre fonte, oltreché unico e vero regolamento dei rapporti contrattuali e dell'assetto di interessi voluto dalle parti, non implica affatto che sia possibile ricollegare allo stesso la diretta verifica dell'effetto traslativo.

Certamente non si può negare ai contraenti, nei limiti codicisticamente previsti, di regolare in via autonoma e come meglio credono i propri rapporti, tuttavia in tale ultimo caso, lo farebbero al di fuori dallo schema del contratto preliminare, e ciò a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato per identificare la relativa pattuzione<sup>119</sup>.

A titolo meramente esemplificativo, va evidenziato come nella particolare figura del preliminare di vendita di bene altrui, l'obbligazione che sorge in capo al promittente alienante da un simile vincolo pattizio risulta quella di procurare al promittente acquirente l'acquisto della proprietà della cosa, mediante la stipulazione del successivo contratto definitivo.

Anche in tale specifica e peculiare ipotesi, secondo l'insegnamento della Corte Cassazione, pur essendosi il promittente alienante assunto un'obbligazione di dare, oltre a quella tipica del contratto preliminare *tout court* che è di fare, quest'ultimo in relazione all'obbligo di contrarre, la verifica dell'effetto traslativo vero e proprio non avviene per effetto del preliminare, bensì, a seguito della stipula del definitivo<sup>120</sup>.

Come è stato autorevolmente sostenuto in dottrina sul punto, scopo normale, oltre che plausibile del contratto preliminare consiste propriamente nella scissione tra gli effetti reali

---

<sup>118</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p. 28.

<sup>119</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p. 28.

<sup>120</sup> Cfr., Corte di Cassazione Civ., sent. n. 3936/1984; nello stesso senso, cfr. n. 2398/86.

e definitivi che si attuano solo in un secondo momento e sono prodotti dalla diversa pattuizione di carattere definitivo, rispetto agli effetti immediati, strumentali e transeunti che si producono subito a seguito della stipula del preliminare stesso<sup>121</sup>.

Ora, va ricordato che, qualora già a seguito della stipulazione di un contratto preliminare, possano pretendersi prestazioni che, per la loro configurazione, potrebbero rinvenire il proprio titolo esclusivamente nella pattuizione definitiva e le stesse, una volta eseguite, non potessero più ripetersi, ci si troverebbe di fronte ad un patto aggiunto al contratto preliminare che finisce per alterarne lo schema causale<sup>122</sup>.

Da ultimo, e nel segno di una incompatibilità della produzione di effetto di tipo traslativo da parte del preliminare, vi è un' altra impostazione dottrinale, secondo la quale in tale ipotesi, ci si troverebbe di fronte ad un definitivo e, in caso di esecuzione anticipata di talune prestazioni proprie dello stesso, il rapporto andrebbe inquadrato come definitivo condizionato, ovvero ad efficacia parzialmente differita<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr. Sacco, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, tomo II, Torino, 2004, p. 275 *apud* C. Magli, op. cit., p. 30.

<sup>122</sup> Cfr. G. Gabrielli, *Contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, p. 438.

<sup>123</sup> Cfr. Montesano, voce *obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir. Vol. XXIX*, Milano, 1979, pp. 51 ss. *apud* R. De Matteis, op. cit., p. 72.

## 2.5 Questioni interpretative

### **Compatibilità ed incompatibilità degli effetti della pattuizione ad esecuzione anticipata rispetto allo schema del contratto preliminare alla luce delle principali ricostruzioni ermeneutiche dottrinali e giurisprudenziali.**

La problematica giuridica afferente alla determinazione e verifica della compatibilità del contratto posto in essere dalle parti rispetto allo schema proprio del preliminare, va risolta attraverso l'analisi dei singoli effetti dallo stesso prodotti e perseguiti dalle parti.

Infatti, in un rapporto contrattuale ad esecuzione anticipata, alcuni effetti propri della pattuizione definitiva si producono già anticipatamente in sede preliminare.

Tale fenomeno ha destato non poche perplessità in ordine alla compatibilità dell'indicato schema procedimentale rispetto a quello previsto per il contratto preliminare, con risposte al quesito in esame, che variano a seconda della ricostruzione ermeneutica che venga effettuata in relazione alla natura del contratto in tal modo posto in essere.

Così, ad esempio, qualora si avesse a ritenere che le prestazioni la cui esecuzione venga anticipata dalle parti rivestano carattere di principalità e non di accessorietà, emergerebbe come i contraenti avessero inteso porre in essere un rapporto già perfetto, e, quindi, un contratto definitivo, tale per cui non potendo il preliminare prevedere l'integrale attuazione del rapporto finale, la questione si porrebbe in termini di incompatibilità<sup>124</sup>.

La soluzione varia, dunque, a seconda di come vengono intesi e qualificati gli effetti che i contraenti scelgono, per esigenze pratiche, di anticipare.

Secondo altra impostazione, effetti ulteriori e diversi rispetto all'assunzione da parte dei contraenti, dell'obbligo di perfezionare la futura manifestazione del consenso traslativo, ovvero sia dell'obbligo a contrarre, risultano di per sé incompatibili con la funzione propria del contratto preliminare<sup>125</sup>.

Tuttavia, l'impostazione più accreditata ed attualmente dominante, è nel segno di qualificare gli effetti anticipati come obbligazioni accessorie che rimangono al di fuori della causa del contratto preliminare vero e proprio la quale non risulta, in tal modo, influenzata nella sua funzione specifica, ovvero sia quella di vincolare i contraenti alla futura stipulazione negoziale.

---

<sup>124</sup> Cfr. M. Bianca, *op. cit.*, p. 186.

<sup>125</sup> Cfr. Messineo, *Il contratto in generale*, in Tratt. Cicu e Messineo, XXI, Milano, 1968, p.577, *apud* C. Tommasetti, *Le sentenze annotate*, Contratto preliminare, Obbligazioni e contratti, novembre 2008, p. 914.

In tal senso, va segnalato come gli effetti di cui si tratta rientrino nello schema procedimentale della contrattazione preliminare, non ponendosi assolutamente in termini di incompatibilità rispetto alla stessa<sup>126</sup>.

Va, altresì, detto come risulti perfettamente compatibile, oltre che necessario, l'accordo delle parti in ordine a quelli che sono gli elementi essenziali del contratto già in sede preliminare, mentre, ciò che rileva ai fini della questione giuridica posta, è il profilo relativo all'esecuzione di taluni effetti già convenuti tra le stesse, esecuzione che non può spingersi, pena l'incompatibilità con la stessa natura di preliminare, all'attuazione del trasferimento del diritto sul bene, come risultato finale avuto di mira dai contraenti, già in sede preliminare.

Secondo l'insegnamento tradizionale, il contratto definitivo viene visto come "asse portante dell'operazione economica voluta dalle parti"<sup>127</sup>, mentre il preliminare riveste funzione meramente preparatoria rispetto allo stesso, rimanendo tale anche in ipotesi di anticipazione di taluni effetti.

Da ciò, deriva come si porrebbe in termini di incompatibilità far dipendere il prodursi dell'effetto reale direttamente dal contratto preliminare, attraverso il quale sarà possibile esclusivamente trasferire temporaneamente la disponibilità e, quindi, il godimento del bene, in favore del promissario acquirente.

In base ad altra ricostruzione ermeneutica del fenomeno, invece, in caso di esecuzione anticipata di alcuni effetti, il preliminare sarebbe la fonte principale delle obbligazioni delle parti, mentre, il definitivo si ridurrebbe a mero atto di adempimento delle obbligazioni assunte dalle stesse con il precedente impegno, ponendosi in termini di atto traslativo *solvendi causa*.

In tal stregua, i contraenti porrebbero in essere una vendita ad efficacia obbligatoria, intesa quale vendita ad efficacia reale sospensivamente condizionata alla stipula del successivo contratto definitivo<sup>128</sup>.

Tuttavia, si rileva come, anche accogliendo la delineata impostazione, si finirebbe pur sempre, per porre in termini di incompatibilità rispetto allo schema tipico del preliminare, la verifica in via anticipata dell'effetto traslativo, in quanto è pur sempre vero come tale tipologia contrattuale non possa per sua natura, essere qualificata come contratto ad

---

<sup>126</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 16937 del 15.07.2006.

<sup>127</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p. 23.

<sup>128</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p. 23.

effetti reali, bensì, ancora una volta, obbligatori, atteso che l'efficacia reale del rapporto viene semplicemente differita nel tempo.

In ipotesi, invece, in cui si acceda alla ricostruzione dello schema in esame secondo la quale il contratto inizialmente posto in essere dalle parti nella loro autonomia privata, fosse considerato, in virtù dell'anticipata esecuzione delle prestazioni proprie della pattuizione finale, come integrale predisposizione ed esecuzione del rapporto, il definitivo non sarebbe altro che un atto dovuto, avendo il valore di mera presa d'atto delle prestazioni e degli effetti già verificatisi in esecuzione del preliminare anteriormente alla stipula definitiva.

Conseguentemente, ne deriverà che il prodursi di effetti reali rientri nell'ambito di uno schema differente rispetto a quello del preliminare vero e proprio, risultando compatibile esclusivamente con la struttura del contratto definitivo<sup>129</sup>.

Allorquando si ritenga che anche il contratto definitivo rivesta autonomo valore negoziale, essendo diretto ad attuare il rapporto perseguito dalle parti, e non sia configurabile, per contro, come mero atto di adempimento del preliminare rinvenendo in esso la propria causa esterna<sup>130</sup>, bensì essendo dotato di propria funzionalità economico- giuridica, la previsione di anticipazione degli effetti accessori si porrà in termini di perfetta compatibilità con lo schema tipico del preliminare, mentre, l'effetto traslativo in termini di assoluta incompatibilità.

Da ultimo, va rilevato come alcuni autori abbiano operato una ricostruzione della particolare tipologia contrattuale in esame, nel segno di ritenere che attraverso la stessa, vengano posti in essere diversi schemi contrattuali codicisticamente previsti e disciplinati, ovvero frutto dell'elaborazione dottrinale o giurisprudenziale sul punto, come nel caso del *leasing* operativo, non rimettendo al definitivo il prodursi dell'effetto traslativo, ma ricollegandolo direttamente a tali tipi i contratto che, tuttavia, si discostano dal modello proprio della contrattazione preliminare<sup>131</sup>.

In fine emerge come la questione problematica in esame vada diversamente inquadrata a seconda della ricostruzione ermeneutica scelta per qualificare il delineato fenomeno contrattuale.

---

<sup>129</sup> Cfr. C.Magli, *op. cit.*, p. 52.

<sup>130</sup> Cfr., R. De Matteis, *op. cit.*, p. 173-174.

<sup>131</sup> Cfr. R. De Matteis, *op. cit.*, p. 18 (nota 87).



## CAPITOLO III

### LE SINGOLE TIPOLOGIE DI CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI.

#### 3.1 Preliminare di vendita di immobili da costruire.

In primo luogo, va rilevato come lo schema procedimentale proprio del contratto preliminare ad effetti anticipati, in virtù della duttilità e flessibilità che connotano tale strumento, sia in grado di attagliarsi a varie ed eterogenee fattispecie contrattuali.

Non va sottaciuto, infatti, come, quantunque il contratto preliminare sia utilizzato nella pratica quasi esclusivamente per la creazione di vincoli che portino successivamente ed in via definitiva, al trasferimento di diritti reali, cionondimeno quest'ultimo sia suscettibile di precedere qualsiasi rapporto finale, non essendovi in linea di principio, alcun ostacolo a configurare, ad esempio, un preliminare di società, di transazione, di appalto, ovvero di lavoro<sup>132</sup>.

Terreno di elezione di tale particolare tipologia e di maggiore riscontro pratico risulta pur sempre costituito dalla vendita di beni immobili da costruire, di recente disciplinata dal Decreto Legislativo n. 122 del 10 giugno 2005.

Sul punto, va rilevato come il preliminare avente ad oggetto la vendita immobiliare presenti, infatti, una indubbia molteplicità di profili, che vengono assoggettati *ex lege* ad una peculiare disciplina, che, nel suo insieme, riveste caratteri di specificità e specialità<sup>133</sup>.

*Ratio* dell'intervento normativo in esame è costituita dall'esigenza di tutela delle famiglie dal fallimento del costruttore.

In merito, va evidenziato come numerosi nuclei familiari fossero rimasti per così dire, "vittime" del fallimento del predetto, dopo aver sostenuto notevoli esborsi di denaro ed aver anticipato buona parte del corrispettivo, senza, tuttavia, essere riuscite, successivamente, ad ottenere l'abitazione promessa in vendita in sede di contrattazione preliminare<sup>134</sup>.

La precitata normativa detta, quindi, specifiche garanzie in favore del promissario acquirente, altresì, per il recupero delle somme già versate.

In altre parole, a carico del costruttore e promittente alienante è posto l'obbligo di consegnare al promittente acquirente, a pena di nullità del contratto stesso, una garanzia

---

<sup>132</sup> Cfr. Sicchiero, Il contratto preliminare in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, III Volume, p. 378.

<sup>133</sup> Cfr. A. Luminoso, op. cit., p. 182.

<sup>134</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 196.

fideiussoria, per il rischio di insolvenza del costruttore medesimo, con termine finale al momento della stipula del contratto definitivo<sup>135</sup>.

Sul punto, è stato autorevolmente sostenuto come tale garanzia fideiussoria, sì come prevista e disciplinata all'Art. 2 del precitato D.Lgs., risulti imposta per gli acconti che il promissario acquirente versi sino al momento del trasferimento definitivo del diritto sul bene, tale per cui la stessa non sarà dovuta in ipotesi in cui non sia effettuato alcun pagamento<sup>136</sup>.

In assenza, dunque, di dazioni di denaro da parte del promittente acquirente, ciò che può concretamente verificarsi in caso di permuta con una parte degli immobili in corso di costruzione, sarà impedita *ipso facto* la prestazione della garanzia fideiussoria<sup>137</sup>.

Un tanto posto, va specificato come la fideiussione di cui all'Art. 2 del D.Lgs. n. 122 del 2005 non garantisca l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte dal costruttore, tra cui la consegna dell'immobile, una volta ultimato, a regola d'arte, ovvero i danni conseguenti ad un eventuale ritardo nella consegna, garantendo, per contro, in via esclusiva, la restituzione degli importi corrisposti anticipatamente al promittente venditore in favore del promissario acquirente, nonché di ogni altro corrispettivo eventualmente riscosso e maggiorato degli interessi maturati<sup>138</sup>.

Orbene, la fideiussione può essere escussa solo in caso di stato di crisi del costruttore, fermo restando che anche l'offerta della prestazione, ad esempio l'invito a presentarsi avanti al notaio per il rogito definitivo, produce l'effetto di rendere la garanzia *de qua* non suscettibile di essere escussa, ove non sussistano valide ragioni per la relativa pretesa di prestazione della stessa e si profili un contegno da parte del promissario acquirente, meramente opportunistico mirante ad avvalersi comunque della disciplina protezionistica ivi delineata<sup>139</sup>.

Da un attento esame della precitata normativa emerge come la garanzia fideiussoria ivi delineata, prevista dalla legge a pena di nullità del contratto preliminare stesso, non possa

---

<sup>135</sup> Cfr. G. Sicchiero, op. cit. p. 435.

<sup>136</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari* in AA.VV. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Commento al d. lgs. N. 122 del 2005, a cura di G. Sicchiero, CEDAM, p. 35.

<sup>137</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari* in AA.VV. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, op. cit., p.35.

<sup>138</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 198.

<sup>139</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, III Volume, op. cit. p. 436.

essere sostituita da altra idonea forma di garanzia, quale, a titolo esemplificativo, una polizza fideiussoria, una cauzione, un pegno di titoli<sup>140</sup>.

Preme evidenziare, altresì, come la sanzione di nullità presenta, invero, carattere protezionistico essendo, pertanto invocabile dal solo promissario acquirente, in quanto prevista espressamente dalla legge a tutela delle sue ragioni<sup>141</sup>.

Ma non solo.

Va altresì, rilevato come allo scopo di proteggere il promissario acquirente dal pericolo dell'inadempimento e dell'insolvenza del promittente venditore, il Legislatore abbia introdotto nel nostro ordinamento, la possibilità per le parti di trascrivere anche i contratti preliminari di vendita relativi a terreni e fabbricati costruiti o da costruire, attribuendo una efficacia prenotativa degli effetti della pubblicità del contratto definitivo e consentendo pertanto la prevalenza della trascrizione della vendita definitiva, ovvero della sentenza costitutiva ex Art. 2932 C.C., sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante in epoca successiva alla trascrizione del contratto preliminare.<sup>142</sup>

Sul punto, va rilevato come, in caso di trascrizione del preliminare di vendita che abbia ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione, l'Art. 2645 *bis* commi IV e V stabilisca al riguardo, che nel contratto, così come nella nota di trascrizione, debba essere specificata la superficie utile dell'unità immobiliare, nonché la corrispondente quota indicata in millesimi sulle parti comuni dell'edificio condominiale, assicurando in tal modo, un immediato effetto prenotativo anche in relazione all'acquisto *pro quota* delle parti comuni dell'edificio e del suolo, oltre all'acquisto dell'unità immobiliare oggetto di vendita.<sup>143</sup>

Non va sottaciuto ulteriormente, come in caso di difformità tra l'indicazione superficaria riportata nel contratto preliminare rispetto a quella riportata nel definitivo, tale differenza, qualora contenuta entro i limiti del 5%, non pregiudichi l'efficacia prenotativa del futuro acquisto in proprietà con riferimento all'intera superficie dell'immobile.

---

<sup>140</sup> G. Sicchiero, op. cit., p. 434.

<sup>141</sup> G. sicchiero, op. cit., p. 434.

<sup>142</sup> Cfr. A. Luminoso, op. cit., p. 392

<sup>143</sup> Cfr. A. Luminoso, op. cit., p.393.

Si precisa al riguardo, come tali millesimi indichino il modo in cui usualmente viene individuata la quota riferita all'immobile promesso in vendita in relazione all'edificio nel suo complesso.<sup>144</sup>

Quanto all'articolato schema negoziale posto in essere dalle parti, va rilevato come, usualmente, i contraenti utilizzino un meccanismo particolare giustificato dal fatto che il proprietario del terreno, sovente, risulta sfornito dei mezzi finanziari utili alla realizzazione della costruzione promessa in vendita, in particolar modo se di notevoli dimensioni.

Infatti la stipulazione tra le parti di un contratto preliminare a mezzo dell'anticipazione del prezzo, pur non consentendo al costruttore e promittente alienante di reperire tutte le somme necessarie, permette di comprovare nei confronti degli istituti di credito, come l'operazione economica sia dotata di una intrinseca probabilità di realizzazione.<sup>145</sup>

Assai di frequente, accade, dunque, che il promittente venditore stipuli un preliminare di vendita con pagamento rateizzato del prezzo, ed inizio del versamento del dovuto da un determinato stato di avanzamento dei lavori di costruzione dell'immobile, facendo ricorso al finanziamento da parte di un istituto di credito, e contraendo un mutuo, garantendolo con un'ipoteca.

Va segnalato al riguardo, come il promittente venditore possa concedere l'ipoteca sull'immobile, atteso che comunque, conserva la proprietà dello stesso sino alla stipulazione del contratto definitivo che produce l'effetto traslativo del diritto sul bene<sup>146</sup>.

In tal modo, risulta come il costruttore ottenga un finanziamento vuoi dal promissario acquirente, vuoi dagli istituti di credito.

E' frequente che in ipotesi di vendita di una pluralità di appartamenti, i promissari acquirenti attraverso l'accollo di una quota frazionata del mutuo, originariamente concesso al costruttore, evitino il pagamento del saldo del *quantum* dovuto a titolo di prezzo del bene al momento successivo della stipula del contratto definitivo<sup>147</sup>.

Anche in tale fattispecie, come sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione, i contratti in esame vengono correttamente qualificati come preliminari di vendita di immobili concernenti appartamenti in corso di costruzione con consegna anticipata del bene e pagamento parziale del prezzo pattuito, e ciò anche se, a lato pratico, è accaduto

---

<sup>144</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari* in AA.VV. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Commento al d. lgs. N. 122 del 2005, a cura di G. Sicchiero, CEDAM, p.12.

<sup>145</sup> Cfr. G. Sicchiero, op. cit., p.15.

<sup>146</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 60.

<sup>147</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 61.

frequentemente che dal momento dell'immissione in godimento del bene, con conseguente disponibilità dello stesso, alla stipula del contratto definitivo che determina il passaggio della proprietà sull'immobile, possano trascorrere diversi anni<sup>148</sup>.

Ma non solo.

Il costruttore, a garanzia dei diritti del promissario acquirente, è tenuto a consegnare al predetto, altresì, una polizza assicurativa in riferimento agli eventuali vizi dell'immobile, tale per cui si ritiene che il promissario acquirente potrà legittimamente rifiutarsi di pervenire alla stipula definitiva in ipotesi in cui tale garanzia non sia disponibile, invocando l'eccezione di cui all'Art. 1460 C.C.<sup>149</sup>.

Per quanto concerne gli elementi essenziali della pattuizione che devono essere stati previsti e convenuti dalle parti e sui quali si richiede si sia formato il consenso delle stesse già in sede di contrattazione preliminare, all'Art. 6 del D. Lgs. n. 122/2005 relativamente al contenuto del contratto afferenti alla descrizione dell'immobile, alle caratteristiche tecniche di costruzione, la descrizione delle pertinenze, va rilevato come una parte dei requisiti ivi indicati non inficino se non esplicitati, la validità del preliminare.

A titolo meramente esemplificativo, va rilevato come l'indicazione degli estremi del permesso a costruire risulta prevista a pena di nullità del contratto definitivo, ritenendosi necessaria la sussistenza del requisito *de quo* nella pattuizione finale, in quanto produttiva di effetti reali, non così, invece, nel *corpus* del contratto preliminare, produttivo, *ex definitione*, di effetti meramente obbligatori<sup>150</sup>.

Altra tutela offerta al promissario acquirente dalla disciplina normativa in esame risulta propriamente quella di concedere al predetto un diritto di prelazione in ipotesi di vendita coattiva dell'immobile ex Art. 9 D.Lgs. n. 122/2005.

Da ultimo, va significato come in alternativa al peculiare e complesso schema contrattuale ivi delineato, i contraenti possano accedere alla stipula del più tradizionale accordo preliminare avente ad oggetto una cosa futura, non ancora venuta ad esistenza, al momento del contratto definitivo.

Tuttavia, non va sottaciuto, al riguardo, come la figura in esame sia stata oggetto di forti critiche, specie da quella parte della dottrina che ne ravvisa l'inaffidabilità, argomentando dalla non esperibilità, nel caso di specie, del rimedio ex Art. 2932 C.C.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Cfr. Corte di Cass. 24,01,1973 in *Giust. Civ.*, 1973, I, p. 1781, apud R. De Matteis, op. cit. p. 61.

<sup>149</sup> Cfr. G. Sicchiero, op. cit., p. 436.

<sup>150</sup> Cfr. G. Sicchiero, op. cit., p. 436.

<sup>151</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 198.

### 3.2 Il contratto preliminare di società.

Il complesso schema di contratto preliminare ad effetti anticipati, creato per attribuire una veste giuridica ad un fenomeno già dotato di ampia diffusione nella prassi dei rapporti contrattuali<sup>152</sup>, si attaglia, altresì, ad una ulteriore tipologia costituita dal preliminare di società, dando luogo ad una fattispecie autonoma ed assai articolata.

Non va al riguardo sottaciuto, infatti, come il principio di autonomia contrattuale espresso all'Art.1322 C.C. consenta alle parti di prevedere, anche in tale materia, l'obbligo di concludere successivamente un contratto definitivo e, nel frattempo, antecedentemente a tale momento, di dare esecuzione anticipata alle prestazioni ivi dedotte, con l'unico limite della inconciliabilità con la natura del preliminare del prodursi immediatamente dell'effetto finale avuto di mira dai contraenti<sup>153</sup>.

Orbene, l'utilizzo in concreto di tale forma contrattuale anche per quanto concerne i rapporti societari si rinviene essenzialmente nella prassi, come si evince dalla casistica giurisprudenziale sul punto, attraverso l'analisi della quale è emersa una peculiare potenzialità applicativa dello strumento contrattuale *de quo*.

In realtà, il ricorso pratico a tale tipologia di preliminare non risulta comunque caratterizzato da un alto grado di frequenza.

E' vero, tuttavia, che pur essendo il contratto preliminare più frequentemente applicato in ordine ai contratti traslativi di proprietà, lo stesso risulta comunque, suscettibile di preludere alla formazione di qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i contratti costitutivi di Società<sup>154</sup>.

In linea di principio e per quanto attiene al profilo relativo all'ammissibilità e configurabilità della figura contrattuale che si viene così a delineare, va rilevato come non sia ragionevolmente ravvisabile alcuna incompatibilità o inconciliabilità, dal punto di vista sia strutturale che funzionale, del contratto di società rispetto alla forma della promessa a contrarre, con l'unico limite implicito tale per cui il contratto preliminare di società deve già essere dotato di un proprio oggetto, che corrisponda ai requisiti codicisticamente previsti di

---

<sup>152</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 52.

<sup>153</sup> Cfr. V. Roppo, Il contratto preliminare in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, III Volume, op. cit., p. 52.

<sup>154</sup> Cfr. M. Mattioni, *Il contratto preliminare di Società*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 371.

determinatezza e determinabilità, ex Art. 1346 C.C., previsti a pena di nullità dello stesso<sup>155</sup>.

Ulteriore argomentazione volta a sostenere la tesi dell'ammissibilità della delineata tipologia si rinviene propriamente, nella natura contrattuale dell'atto costitutivo.

E' vero che alcuni autori, tuttavia, muovendo dalla considerazione per cui si tratterebbe di una figura di preliminare assai peculiare, poiché insuscettibile di essere eseguito in forma specifica, non essendo concepibile e concretizzabile la possibilità di dare esecuzione in via coattiva, ad un rapporto fondato sull'*affectio societatis*, hanno ritenuto l'incompatibilità dello stesso al modello della contrattazione preliminare, concludendo nel segno della sua inammissibilità nel nostro Ordinamento giuridico<sup>156</sup>.

E' appena il caso di dare conto dell'orientamento dottrinale secondo cui occorrerebbe, in merito, effettuare un distinguo tra preliminare di società di persone e preliminare di società di capitali.

Tale impostazione, infatti, considerato il ruolo preminente della collaborazione personale all'interno della compagine sociale, nell'ambito delle Società di persone, dubita dell'eseguibilità in forma specifica del contratto per l'impossibilità di surrogare l'*affectio societatis*, o, quantomeno, evidenzia in ipotesi di preliminare avente ad oggetto obblighi infungibili, l'inutilità pratica della sentenza costitutiva di cui all'Art. 2932 C.C., nel mentre, nelle società di capitali, attesa la prevalenza dell'apporto finanziario, sarebbe possibile pervenire ad una pronuncia ex Art. 2932 C.C.<sup>157</sup>.

E' vero, peraltro, che la giurisprudenza ammette positivamente l'esecuzione in forma specifica anche in relazione a tale tipologia contrattuale, e ciò senza effettuare la delineata distinzione, considerato che la comunione di scopo e la natura fiduciaria del rapporto siano già state valutate dalle parti al momento in cui queste ultime sono addivenute alla conclusione del contratto preliminare<sup>158</sup>.

In definitiva, va evidenziato, per le ragioni innanzi esposte, come tesi assolutamente prevalente, oltre che maggiormente persuasiva, risulti essere quella favorevole all'ammissibilità di tale particolare e complesso schema di contrattazione preliminare.

---

<sup>155</sup> Cfr., G. Adilardi, op. cit., p. 123.

<sup>156</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 211.

<sup>157</sup> Cfr. F. Carresi, *Il contratto*, Giuffrè, 1987, p. 44 (nota 120).

<sup>158</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 126.

E' vero che, anche in tale ipotesi, il contratto preliminare dovrà indicare quelli che sono gli elementi essenziali della futura stipula definitiva, comunque necessaria al fine della verifica e produzione degli effetti finali voluti dalle parti.

In tal senso, si significa come vi sia la necessità che i contraenti predispongano, quantomeno, gli elementi essenziali del tipo di società prescelto, seppure integrabili, come è stato in chiarito da una certa giurisprudenza, alla stregua del principio interpretativo tale per cui, in assenza di precisi dati di identificazione del tipo di società, occorra far riferimento all'organizzazione societaria più elementare, ovverosia, qualora l'oggetto sia commerciale, alla Società in nome collettivo<sup>159</sup>.

Per contro, una convenzione del tutto generica si configura e viene ricondotta nell'alveo delle mere trattative, nel mentre, all'opposto, il negozio che, pur rinviando ad un tempo successivo l'indicazione precisa e specifica del tipo di Società da costituire tra le parti, esprima inequivocabilmente la volontà di dar vita immediatamente ad un sodalizio d'impresa, atteso che l'impegno allo svolgimento dell'attività societaria risulta già attuale, andrà correttamente qualificato come definitivo, e ciò anche se le parti, si siano riservate di individuare in un secondo momento, il tipo di Società più adatto alle proprie esigenze<sup>160</sup>.

Secondo la giurisprudenza, l'accordo che impegni genericamente i contraenti alla costituzione di un Società in relazione ad un certa attività da svolgere in avvenire, senza, tuttavia, contenere l'indicazione, rimessa a successive determinazioni, del tipo di costituenda società, mancando il suo più essenziale elemento, può dare luogo, per tale ragione, a mere trattative, ma non ad un contratto preliminare vero e proprio, attesa l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto<sup>161</sup>.

Può accadere che le parti si accordino per indicare esplicitamente in un secondo momento, quale sia l'esatta tipologia di Società tra loro già corrente, dando luogo al c.d. contratto di *ineunda societate*: in tal caso, non si tratta di una Società di fatto sorta successivamente all'accordo di costituirne formalmente una analoga, bensì e per contro, di un preliminare concluso in ragione della preesistenza di una Società di fatto in funzione di attribuire alla stessa una veste giuridica formale<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. E. Serrao, p.214.

<sup>160</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit., p. 373.

<sup>161</sup> Cfr. V. Farro, Il contratto preliminare, op.cit., p.250.

<sup>162</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit., p. 374.



Infatti, in ipotesi in cui l'attività sociale sia iniziata dopo la conclusione di un valido preliminare, ma antecedentemente alla stipula del contratto definitivo, si pone il problema di distinguere tra contratto *di ineunda societate* e Società di fatto.

Secondo accreditata opinione dottrinale<sup>163</sup>, in simili casi accertato l'effettivo funzionamento e l'esteriorizzazione della Società di fatto, i terzi possono invocarne l'esistenza, senza che possa essere loro opposta la sussistenza di un contratto preliminare in base al quale il definitivo avrebbe dovuto, ma non è stato, venire stipulato in forma pubblica.

In sintesi: il contratto di *ineunda societate* riveste la funzione di obbligare le parti a dar vita in futuro, all'organismo societario avuto originariamente di mira dalle stesse.

Problematica giuridica oggetto, invero, di dibattito, vuoi a livello dottrinale, vuoi a livello giurisprudenziale, attiene al riconoscimento di validità ad un contratto di *ineunda societate* in ipotesi in cui sia almeno determinabile, ma non ancora determinato, il tipo della costituenda Società.

Accanto ad una impostazione secondo cui sarebbe sufficiente la mera determinabilità della tipologia societaria da porre in essere, desunta alla stregua delle regole di interpretazione contrattuale di cui agli Artt. 1362 ss. C.C., si pone la diversa ricostruzione secondo cui risulta necessaria, a pena di nullità del preliminare, l'indicazione in esso della precisa tipologia societaria voluta dalle parti<sup>164</sup>.

In definitiva, è vero che il contratto di *ineunda societate* ritenuto ammissibile nel nostro Ordinamento, richiede una fattispecie negoziale il cui contenuto minimo sia dato dall'obbligo di stipulare il contratto definitivo di Società con predeterminazione degli elementi essenziali caratterizzanti la tipologia di Società prescelta<sup>165</sup>.

Non può essere comunque, disconosciuto, ai fini di valorizzare la necessità dell'indicazione espressa del tipo di società che si intende costituire, come l'aspetto organizzativo della stessa assurga ad elemento centrale e decisivo, tale per cui si giustifica la circostanza che debba essere inserito già in sede di contrattazione preliminare<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit., p. 374.

<sup>164</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 214.

<sup>165</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 249.

<sup>166</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 249.

Infatti, non può essere opposto come nella prassi sia frequente che i contraenti stipulino contratti preliminari di società a contenuto assai ridotto, se non, in alcuni casi, addirittura sommario<sup>167</sup>.

Per contro, se si ritenesse che il preliminare non dovesse contenere gli elementi essenziali del negozio da porre in essere, alle parti sarebbe per vero, sottratta la possibilità di eseguirlo, non potendo essersi formati un'idea precisa sulla convenzione da stipulare<sup>168</sup>.

Un tanto posto, va precisato come, sebbene l'orientamento giurisprudenziale più risalente avesse ritenuto di sanzionare con la nullità il preliminare nel quale non fosse stato indicato espressamente il tipo di società, tuttavia successivamente si sia andata delineando e consolidando una differente interpretazione, meno rigorista, secondo la quale sarebbe sufficiente la determinabilità dell'oggetto sociale, valutata anche con riferimento all'analisi del comportamento complessivo tenuto dalle parti<sup>169</sup>.

Così, a titolo puramente esemplificativo, in ipotesi in cui i contraenti non facciano riferimento alla natura commerciale dell'attività o alla limitazione di responsabilità dei soci o ancora, alla suddivisione del capitale in quote o azioni, si dedurrebbe che le parti intendano porre in essere una Società semplice.<sup>170</sup>

Da ultimo, si segnala come la Suprema Corte abbia recentemente fatto chiarezza sullo specifico punto trattato, evidenziando che il contratto preliminare di società che non identifichi il tipo di società da costituire sia assolutamente nullo per indeterminatezza dell'oggetto, a nulla valendo che sia stato specificato che si tratti di società a base personale, ritenendosi tale indicazione generica ed insufficiente.

Ma non solo.

Ha evidenziato, altresì, la Cassazione come a tale lacuna non potrebbe sopperire il Giudice ex Art. 2932 C.C., atteso che la pronuncia *de qua*, di carattere costitutivo, può tener luogo del contratto, ma non può sostituirsi alle parti nella definizione ed integrazione di un contenuto negoziale incompleto<sup>171</sup>.

Tale impostazione non ha mancato di riscuotere critiche in dottrina, laddove si è obiettato che si finirebbe per richiedere al preliminare che comunque, è pur sempre, anche quando

---

<sup>167</sup> Cfr. V. Farro, op. cit. pp. 49-50.

<sup>168</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit., p. 377.

<sup>169</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit. p. 214.

<sup>170</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 125.

<sup>171</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 16597 del 18.06.2008.

rivesta la forma della anticipazione degli effetti, un contratto preparatorio alla stipula del definitivo, maggiori requisiti di completezza rispetto alla contrattazione finale.<sup>172</sup>

Per quanto concerne gli elementi essenziali, va evidenziato come risulti necessaria almeno l'indicazione della sede sociale.

Per quanto riguarda, invece, la specifica indicazione della ragione sociale, in dottrina si è posta in dubbio la necessità della sua espressa menzione.

Si è, al riguardo, evidenziato come con riferimento alla società in nome collettivo, possa ragionevolmente escludersi la necessità di una tale indicazione, atteso che la stessa risulta comunque determinabile sulla scorta delle indicazioni contenute all'Art. 2292 C.C.<sup>173</sup> che recita testualmente quanto segue: *“La società in nome collettivo agisce sotto una ragione sociale costituita dal nome di uno o più soci con l'indicazione del rapporto sociale”*.

Per contro, con riferimento all'indicazione degli amministratori, ovvero dei criteri di ripartizione degli utili e delle perdite, si può fare ricorso, in mancanza, a quanto disposto *ex lege* agli articoli 2257 e 2263 C.C.

In altre parole, non si ritiene siano elementi essenziali quelli che, se carenti, possono essere suppliti dalle norme di Legge.

Va ulteriormente precisato come anche per ciò che concerne la durata della società, l'indicazione al riguardo non risulti necessaria, atteso che l'Art. 2295 C.C. prevede espressamente che qualora la stessa non sia stata indicata e non vi sia sul punto alcuna specificazione delle parti, la società si intenderà comunque costituita a tempo indeterminato<sup>174</sup>.

Passando ora al requisito della forma, va rilevato come sia imposta la forma pubblica altresì per la contrattazione preliminare, e ciò in virtù della portata generale di applicabilità del disposto di cui all'Art. 1351 C.C.

In merito, va stigmatizzato come, secondo quanto efficacemente sostenuto ed argomentato dalla Suprema Corte di Cassazione, l'esigenza dell'atto pubblico come requisito formale previsto *ad substantiam* per la validità del contratto di preliminare di società di capitali in ossequio all'Art. 1351 C.C., comporti altresì, la nullità del preliminare che sia stato stipulato tramite scrittura privata, risultando la stessa rilevabile anche *ex*

---

<sup>172</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit, p. 215.

<sup>173</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 125.

<sup>174</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 125.

*officio* dal Giudice, pure in grado d'appello e di legittimità (nei limiti di acquisizione agli atti dei relativi fatti), allorquando il diritto fatto valere in giudizio postuli la validità del contratto stesso<sup>175</sup>.

Sul punto, si specifica come la giurisprudenza abbia concluso nel senso che vada stipulato in tale forma anche il contratto preliminare teso alla futura costituzione di una società<sup>176</sup>.

Infatti, è vero che l'esigenza della forma dell'atto pubblico *ad substantiam* previsto per costituzione di una Società a responsabilità limitata comporta, in virtù dell'applicazione del disposto di cui all'Art. 1351 C.C., che vada stipulato nella medesima forma anche il contratto preliminare inteso alla futura costituzione della Società<sup>177</sup>.

E' tuttavia possibile che il contratto preliminare di Società non costituisca negozio per così dire, isolato, bensì elemento di un più ampio regolamento negoziale caratterizzato quindi, da particolare complessità.

Come è stato osservato in dottrina al riguardo<sup>178</sup>, può accadere che al comune intento delle parti di costituire una futura Società si affianchi l'impegno a vendere taluni beni alla predetta, nel momento in cui sia venuta ad esistenza, ritenendo ammissibile la figura in esame anche se il beneficiario dell'alienazione non sia soggetto ancora giuridicamente esistente al momento della stipula.

Non va sottaciuto come in tali casi, il contratto preliminare conservi intatta la propria autonomia, rispetto agli ulteriori negozi conclusi nel medesimo ambito, salva la sussistenza fra gli stessi, di un vincolo di collegamento negoziale che ne determini interdipendenza e che, comunque, va valutato alla stregua della reale volontà dei contraenti desunta dalle comuni regole in materia di ermeneutica contrattuale<sup>179</sup>.

Secondo impostazione giurisprudenziale<sup>180</sup>, la nullità del contratto preliminare di Società stipulato per scrittura privata e non per atto pubblico, non comporta la nullità del contratto di compravendita immobiliare concluso, nella stessa scrittura privata, tra i Soci a favore della costituenda Società ogniqualvolta manchi un collegamento tra i due contratti.

Ancora, in tema di forma del preliminare, va evidenziato come gli Articoli 2328 C.C., nonché 2463 II comma C.C. prevedano espressamente la forma dell'atto pubblico in relazione all'atto costitutivo della società.

---

<sup>175</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 550 del 28.01.1986; in dottrina, cfr. V. Farro, op. cit., p. 250.

<sup>176</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 5578 del 23.06.1997.

<sup>177</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 250.

<sup>178</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit., p. 372.

<sup>179</sup> Cfr. M. Mattioni, p. 372.

<sup>180</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 1990 del 30.03.1982.

Problematica giuridica emersa in materia è, altresì, quella relativa alla ammissibilità di un contratto preliminare di trasformazione di società.

Sul punto, va rilevato come tale tipologia di negozio rivesta natura collettiva e di mutamento dell'attuale struttura societaria il cui contenuto attiene vuoi alla modificazione in senso formale, vuoi ad altri elementi quali il conferimento degli incarichi amministrativi o la ragione sociale.

Orbene, si significa al riguardo, come la giurisprudenza ammetta la qualificazione preliminare di tale accordo, purché vi sia consenso in ordine agli elementi essenziali dello stesso, tra i quali rientra la determinazione dell'ammontare delle quote<sup>181</sup>.

E' stato autorevolmente sostenuto come la funzione propria del contratto preliminare di consentire un controllo in ordine ad eventuali sopravvenienze, possa concretamente ravvisarsi anche nel preliminare di società essendo del tutto compatibile con il nucleo fondamentale della indicata tipologia contrattuale, ad esempio per quanto concerne l'insorgere, nelle more tra la stipulazione del contratto preliminare e del contratto definitivo, di situazioni costituenti causa di esclusione di un socio<sup>182</sup>.

Nell'ipotesi in cui nel lasso temporale intercorrente tra la stipula del preliminare e quella del definitivo, avesse a verificarsi l'impossibilità dell'oggetto sociale, si è rammostrato come tale circostanza non renda nullo il contratto di società, non rientrando tra i casi peraltro tassativi, previsti all'Art. 2332 C.C., determinando, per contro, lo scioglimento della predetta, con la conseguenza tale per cui i soggetti già legati da un vincolo preliminare possono legittimamente rifiutare l'adempimento, qualora l'oggetto della società sia divenuto impossibile<sup>183</sup>.

Venendo ora alla peculiare figura di preliminare di cessione d'azienda, va rilevato come anche per tale tipologia sia richiesta la forma scritta, essendo, tuttavia sufficiente, quella della scrittura privata autenticata.

E' vero che, a lato pratico, i contratti di cessione d'azienda risultano nella quasi totalità dei casi, preceduti da intese di natura preliminare intervenute tra le parti, accompagnate da caparre, in cui vengono disciplinati e puntualizzati vari aspetti, fra cui la descrizione dell'azienda, le modalità di pagamento, il prezzo ed eventuali ulteriori condizioni<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 176 del 14.01.1987.

<sup>182</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 218.

<sup>183</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 218.

<sup>184</sup> Cfr. D. Balducci, *Cessione e conferimento d'azienda*, VIII Ed. FAG, Milano, p. 72.

Le ragioni per cui i contraenti sono generalmente indotti ad accedere allo schema preliminare al riguardo sono molteplici ed attengono vuoi alla esigenza di concedere al promissario acquirente il tempo necessario per procurarsi la somma utile all'acquisto, ovvero per maturare i requisiti amministrativi utili all'iscrizione nei vari registri, vuoi per motivi di ordine fiscale rinviando il pagamento delle imposte sul trasferimento<sup>185</sup> al momento della stipula del definitivo.

Va, altresì, sottolineato come frequentemente tali contratti preliminari vengano corredati di talune clausole di revisione del prezzo, allo scopo di attribuire all'azienda un nuovo valore rispetto a quello inizialmente convenuto, utilizzando gli stessi criteri di quantificazione indicati in sede preliminare, nel mentre, al fine di tutelarne e garantirne il valore patrimoniale, in caso di eventuali sopravvenienze passive, vengono apposte apposite clausole che prevedano una riduzione del prezzo in favore del promissario acquirente, oppure meccanismi di arbitraggio in ipotesi di insorgere di contrasti, o ancora, delle franchigie<sup>186</sup>.

Orbene, anche in tale specifica ipotesi, spesso viene effettuato dal promissario acquirente un pagamento rateale dal carattere anticipatorio e ciò, ancora una volta, anteriormente alla stipula del definitivo, profilandosi, anche in tal caso, per la controparte l'indubbio problema della prestazione di idonee garanzie al riguardo, quale quella fideiussoria, ovvero la previsione di una clausola di riserva della proprietà, con divieto di alienazione dell'azienda fino al pagamento dell'ultima rata del prezzo<sup>187</sup>.

E' appena il caso di rilevare che in caso di morte di uno dei contraenti dopo la stipulazione del preliminare, ma anteriormente alla stipula del definitivo, tale evento determini propriamente l'estinzione dell'obbligazione nascente dallo stesso preliminare a carico del defunto di stipulare il definitivo, di talché l'obbligo di costituire la Società non si trasmette agli Eredi della parte di un *pactum ineundae societatis*<sup>188</sup>.

Un tanto posto, si evidenzia come l'estrema duttilità dello strumento preliminare sia suscettibile di adattarsi anche a schemi, come quelli delineati, particolarmente complessi ed articolati, fermo restando il limite già delineato di portata generale tale per cui l'effetto finale non si potrà produrre se non a seguito della stipula dello specifico tipo di definitivo cui accede la pattuizione preliminare anticipatoria.

---

<sup>185</sup> Cfr. D. Balducci, op. cit. p. 72.

<sup>186</sup> Cfr. D. Balducci, op. cit. p. 72.

<sup>187</sup> Cfr. D. Balducci, op. cit. p. 72.

<sup>188</sup> Cfr. M. Mattioni, op. cit., p. 382.

## CAPITOLO IV

### 4.1 Adempimento del contratto preliminare puro e ad effetti anticipati.

Con il termine adempimento si intende l'esecuzione della prestazione.

Quest'ultima indica ciò che è dovuto, ovverosia il programma obbligatorio, di modo che si può fondatamente sostenere come l'adempimento consista propriamente nell'attuazione di tale programma<sup>189</sup>.

Sul punto, va sottolineato come la giurisprudenza abbia chiarito che l'adempimento di un'obbligazione si configura quando il debitore abbia eseguito integralmente, e non solo in parte, la prestazione dovuta<sup>190</sup>.

In dottrina, si è evidenziato, altresì, come, pur desumendosi *a contrario* la nozione di adempimento dal disposto di cui all'Art. 1218 C.C., esso concerne specificatamente la compiuta realizzazione del programma dell'obbligazione.

Va sottolineato come adempimento dell'obbligazione sia pertanto, la realizzazione del suo programma, fermo restando che la definizione di esatta esecuzione della prestazione dovuta risulta comunque corretta, purché considerata nell'accezione per cui la stessa si riferisca ai singoli comportamenti esigibili, quali oggetto del dovere di eseguire la prestazione principale e le singole prestazioni accessorie<sup>191</sup>.

Tale sintetica puntualizzazione riguardo la nozione di adempimento, risulta necessaria ai fini della comprensione di quando il preliminare ad effetti anticipati possa dirsi effettivamente adempiuto, ovvero inadempiuto.

Ciò premesso e considerato che il contratto preliminare ad effetti anticipati risulti primariamente finalizzato, o meglio, fisiologicamente destinato, a trovare la propria realizzazione in un contratto definitivo<sup>192</sup> e che la stessa individuazione del contenuto del preliminare può dar luogo a notevoli problematiche, specialmente per quanto concerne i suoi rapporti con il definitivo, risulta come la quadratura del cerchio non sia possibile senza una contestuale analisi relativa all'adempimento del preliminare di cui si tratta.

---

<sup>189</sup> Cfr. M. Bianca L'obbligazione, Diritto Civile, IV, Giuffrè, Milano, 1990 *apud* C. Chessa, *L'adempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.8.

<sup>190</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 3136 del 7.10.1958.

<sup>191</sup> Cfr. C. A. Cannata, *L'adempimento in generale*, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, IX, Utet, Torino, 1984 *apud* C. Chessa, op. cit., p. 8.

<sup>192</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 267.

In merito, atteso che la vocazione del preliminare è quella di confluire nel definitivo, è bene evidenziare quando il primo possa dirsi concluso, in quanto ha trovato compimento la causa, riassumibile nell'assunzione di un impegno alla conclusione di un successivo contratto<sup>193</sup>.

In merito, va specificato come, in linea generale, il preliminare possa dirsi concluso allorquando sia raggiunto l'accordo delle parti sugli elementi del definitivo che siano in astratto o in concreto essenziali, tale per cui i contraenti assumono un impegno non già generico, bensì specifico in quanto riferito all'obbligo di concludere quel determinato contratto il cui contenuto è già definito, essendo *per relationem* già presente nel preliminare stesso, al punto che su di esso dovrà essere poi modellata la pattuizione definitiva<sup>194</sup>.

In altre parole, le parti assumono l'impegno alla prestazione di un futuro consenso riferito ad un contratto definitivo valido ed efficace, salva l'eventuale impossibilità o illiceità dell'oggetto del preliminare.

E' appena il caso di rilevare che tali vizi affliggenti il contratto preliminare, in ipotesi di successiva stipula del contratto definitivo, finirebbero comunque, ed inevitabilmente per ripercuotersi su quest'ultimo, segnandone negativamente le sorti.

Va altresì evidenziato come a fianco dell'obbligo di contrarre, si ponga un vincolo immediato all'assetto finale che viene definito tramite la predisposizione, peraltro necessaria, del futuro regolamento negoziale avente non solo funzione di adempiere alla formalità di predeterminare diritti ed obblighi futuri, ma che, soprattutto, riveste significato precettivo attuale<sup>195</sup>.

In sintesi: all'assunzione dell'impegno di prestare il consenso definitivo va correlato l'obbligo, di carattere complementare, di tenere quel comportamento che possa ritenersi indispensabile al fine della conservazione della consistenza fisica e giuridica della *res* promessa, in ipotesi di preliminare di vendita.

Va da sé come in aggiunta all'obbligo di prestare in futuro, un valido consenso alla stipula del definitivo, sorgano tra le parti anche ulteriori obbligazioni complementari alla predetta, consistenti propriamente nel porre in essere tutti quei comportamenti ritenuti necessari a preservare la possibilità di attuazione della prima<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Cfr. F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, Terza edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 107.

<sup>194</sup> Cfr. F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 107.

<sup>195</sup> Cfr. F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 108.

<sup>196</sup> Cfr. Giovanni Gabrielli e Vincenzo Franceschielli, *"Il contratto preliminare"*, I Enc. Treccani, Vol IX, 1988, p. 9.



In altre parole, tali ulteriori obbligazioni di carattere accessorio rispetto all'obbligo di prestare successivamente un valido consenso alla stipula del definitivo consistono propriamente, nell'attuazione di tutti quei comportamenti che possono ritenersi funzionali a preservare la possibilità di attuazione del contratto definitivo stesso.

Più dettagliatamente, si osserva come ai fini di un corretto adempimento del preliminare, colui il quale ha promesso, nell'ambito di un preliminare di vendita, di trasferire un bene determinato, abbia l'onere, quantunque fino alla stipula del definitivo ne rimanga tuttora proprietario, di astenersi da qualsivoglia condotta materiale che possa in qualunque modo, alterare la consistenza della cosa medesima, rendendola inidonea a una delle destinazioni che la controparte si fosse legittimamente rappresentata al momento della stipula del preliminare e che attenga al suo ordinario utilizzo<sup>197</sup>.

Peraltro, la parte per essere adempiente, non deve limitarsi ad un comportamento meramente negativo, consistente nell'astensione dalle condotte dalle quali possa derivare un pregiudizio alla cosa, ma dovrà positivamente adoperarsi ed attivarsi per evitare che eventuali alterazioni della stessa si possano manifestare per effetto del comportamento di terzi, con esclusione della propria personale responsabilità solo allorché le condizioni originarie del bene siano state alterate o siano comunque venute meno per causa ad egli non imputabile<sup>198</sup>.

Sul punto, preme evidenziare come l'obbligo di astenersi da qualsivoglia comportamento negoziale che incida sull'essenza giuridica della cosa costituente oggetto del contratto preliminare vada inteso in senso lato, ricomprendendo, pertanto, vuoi l'alienazione del bene a terzi, vuoi la costituzione di diritto di servitù sul medesimo, vuoi altresì, la concessione di diritti personali di godimento, ovvero di locazione a terzi<sup>199</sup>.

Come ha sottolineato la giurisprudenza con la storica sentenza del 27.02.1985<sup>200</sup>, il preliminare complesso è in aggiunta a tale obbligazione fondamentale di prestare il consenso per la stipula del definitivo e di adoperarsi ai fini della conservazione del bene oggetto di contratto, caratterizzato altresì, da una pluralità di obbligazioni anche accessorie.

Nel contratto preliminare ad effetti anticipati, infatti, le parti, nell'assumere l'obbligo dell'impegno a prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo, convengono altresì,

---

<sup>197</sup> Cfr. Giovanni Gabrielli e Vincenzo Franceschielli, op. cit., p. 9.

<sup>198</sup> Cfr. Giovanni Gabrielli e Vincenzo Franceschielli, op. cit., p. 9.

<sup>199</sup> Cfr. Giovanni Gabrielli e Vincenzo Franceschielli, op. cit., p.9.

<sup>200</sup> Cfr. SS.UU. sent. n. 1720 del 27.02.1985.

l'anticipata esecuzione di talune delle obbligazioni nascenti da quest'ultimo, tra le quali si può annoverare la consegna anticipata del bene al promissario acquirente, con o senza corrispettivo<sup>201</sup>.

In sintesi: si rende necessaria, specie in tali ipotesi, la valutazione in ordine all'effettivo adempimento oltre che della prestazione principale anche di quelle accessorie che rientrano, per volontà delle parti, nel regolamento negoziale posto in essere dalle stesse, attraverso l'individuazione dell'iter programmatico all'interno del quale i contraenti si sono reciprocamente impegnati ai fini della realizzazione della vicenda traslativa.

Quest'ultima risulta quindi, costituita vuoi dall'obbligazione principale, vuoi dalle obbligazioni accessorie che le parti decidono di eseguire in via anticipata e che concorrono a definire anticipatamente e a prefigurare l'assetto finale degli interessi, sì come voluto dalle predette.

In definitiva, per poter sostenere che un preliminare ad effetti anticipati sia stato effettivamente adempiuto, occorre avere riguardo all'adempimento di tutte le indicate obbligazioni siano esse principali o accessorie.

Ferme dunque le soprasvolte considerazioni in tema di obbligazioni gravanti sulle parti derivanti dalla stipula del contratto preliminare ed evidenziato altresì, dal punto di vista contenutistico lo stretto legame tra lo stesso ed il definitivo, va rilevato, altresì, come in riferimento alla conservazione della consistenza giuridica della cosa, la disciplina in tema di trascrivibilità del preliminare (Art. 2645 *bis* C.C.), che ne evidenzia l'autonomia<sup>202</sup> rispetto al definitivo, individui espressamente l'oggetto del preliminare direttamente nell'immobile o, se del caso, nell'edificio da costruire o delle società che costituiscono parimenti oggetto del contratto definitivo<sup>203</sup>.

Come è stato efficacemente osservato in dottrina<sup>204</sup>, oggetto e contenuto del contratto preliminare dovrebbero esattamente coincidere con quelli richiesti nel contratto definitivo, al punto che in sede di stipula di quest'ultimo, la parte potrebbe legittimamente rifiutarsi di sottoscrivere quelle clausole che non fossero già state previste e convenute in sede di pattuizione preliminare.

Infatti, quantunque si richieda al preliminare di indicare gli elementi essenziali del definitivo, non essendo necessaria un'esplicitazione di tutti gli elementi accessori ed

---

<sup>201</sup> Cfr. Corte di Cassazione sent. n. 8796 del 28.06.2000 *apud* Farro, op. cit., p.96.

<sup>202</sup> Cfr. G. Adliardi, *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 2008, p. 11.

<sup>203</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 108.

<sup>204</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 108.

accidentali, cionondimeno, le clausole e condizioni che non figurino nel contratto preliminare possono essere inserite nel definitivo, esclusivamente allorquando siano frutto di un accordo tra le parti, tale per cui non solo si rivela pienamente giustificato e perfettamente legittimo il rifiuto di un contraente di addivenire alla stipula definitiva, qualora il testo definitivo contenga pattuizioni e clausole non previste nel preliminare, ma la parte potrà anche chiedere, avendo interesse concreto ed attuale all'adempimento ed a quella specifica stipulazione come originariamente convenuta e, quindi, scevra da tali condizioni, l'esecuzione in forma specifica del preliminare epurato di tali clausole e/o condizioni, e ciò ex Art. 2932 C.C., ottenendo la pronuncia di una sentenza costitutiva, produttiva degli stessi effetti del contratto non concluso<sup>205</sup>.

Tale ricostruzione sottolinea ulteriormente lo stretto legame intercorrente tra contratto preliminare e definitivo, e come vi siano interferenze reciproche tra gli stessi.

E', infatti, il loro corretto interfacciarsi rispetto al regolamento o programma negoziale a risultare determinante ai fini della valutazione dell'adempimento del preliminare stesso.

In tal senso è bene ricordare, infatti, la funzione di controllo attribuita al contratto definitivo in relazione al contenuto del contratto preliminare.

In altre parole, il definitivo attua un vero e proprio controllo sul preliminare, consentendo la verifica se vi sia stato in concreto adempimento dello stesso.

A titolo meramente esemplificativo, nell'ambito della stipula di un preliminare di vendita di immobili da costruire, al conseguimento del godimento anticipato di un bene antecedentemente alla stipula del definitivo, quest'ultimo riveste funzione di controllo e di verifica circa la corrispondenza del bene alle caratteristiche e requisiti legali e convenzionali<sup>206</sup>.

Questione problematica oggetto di dibattito dottrinale, attiene al valore da attribuire alle clausole del contratto preliminare che non siano però state trasfuse nel contratto definitivo<sup>207</sup>.

E' vero, infatti, che le clausole non trasfuse assumono in taluni casi, valenza interpretativa del contenuto contrattuale, così come delineato ed esplicitato dalle parti nel contratto definitivo, mentre, in altre ipotesi, acquisiscono valore integrativo dell'accordo negoziale definitivo, con riguardo al suo contenuto<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare in Trattato del contratto*, op. cit., III Volume, p. 426.

<sup>206</sup> Cfr., R. De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, Padova, 1991, p. 88.

<sup>207</sup> Cfr. E. Serrao, *Il contratto preliminare*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 27.

<sup>208</sup> Cfr. E. Serrao, *Il contratto preliminare*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 27.

Infatti è bene ricordare, come già nell'accordo preliminare, i contraenti debbano precisare gli elementi del contratto definitivo, al punto che si è sostenuto come lo stesso abbia assunto un ruolo sempre più "secondario" rispetto al primo<sup>209</sup>.

Ai fini di una compiuta valutazione del fenomeno della divergenza e contrasto che spesso affligge il rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo, va rilevato quanto segue. E' vero che la fattispecie definitiva può essere interpretata per mezzo di quella preliminare, e viceversa, e ciò anche con riferimento alle clausole eventualmente difformi, e ciò salvo che risultino patti diversi suscettibili di essere intesi come modificativi di un precedente assetto voluto dalle parti<sup>210</sup>.

E' vero che talvolta, può accadere che le divergenze siano il frutto di una più precisa puntualizzazione, da parte dei contraenti, dell'originaria pattuizione, mentre, in altri casi, è ben possibile che costituiscano un'effettiva e sostanziale modifica del regolamento contrattuale di natura preliminare già operante<sup>211</sup>.

Del resto, si è evidenziato<sup>212</sup> come il contratto preliminare, in quanto fonte di un obbligo convenzionale a contrarre, generi un diritto alla conclusione del contratto definitivo, non già direttamente ed in via immediata, alla prestazione che ne costituisce oggetto, e ciò anche in ipotesi di anticipazione di taluni effetti del definitivo che, comunque, non si risolvono nel trasferimento del diritto costituente oggetto dello stesso.

In definitiva, si richiede che l'impegno assunto dai contraenti implichi il trasferimento di quel determinato diritto nella consistenza e secondo le caratteristiche già convenute in sede di contrattazione preliminare, a mezzo del contratto definitivo<sup>213</sup>.

E' del tutto possibile che si ritengano, in via ermeneutica, parti del contratto definitivo anche alcune clausole indicate soltanto in sede preliminare, qualora si pongano con il primo in termini di compatibilità, e ciò anche alla luce dei criteri integrativi di buona fede e di equità<sup>214</sup>.

È vero tuttavia, che il contratto preliminare non risulta regolato in via esclusiva dalle clausole in esso inserite, essendo suscettibile per contro, di essere eterointegrato sulla base delle disposizioni civilistiche previste in relazione alla tipologia contrattuale di riferimento.

---

<sup>209</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 27.

<sup>210</sup> Cfr. E. Serrao, *Il contratto preliminare*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 27

<sup>211</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., Torino, 2011, p. 27.

<sup>212</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare, Trattato del contratto*, III Volume, op. cit. p. 381.

<sup>213</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare, Trattato del contratto*, III Volume op. cit., p. 381.

<sup>214</sup> Cfr., E. Serrao, op. cit., p. 27.

Volendo esemplificare tale concetto, con riguardo ad esempio, al preliminare di vendita a corpo, va evidenziato come il rifiuto alla stipula del contratto definitivo da parte del promittente compratore che pretenda la riduzione del prezzo, opponendo con fondamento e senza colpa, che la misura reale del bene è inferiore di 1/20 rispetto a quella indicata nel contratto<sup>215</sup> risulti perfettamente legittimo, applicandosi il disposto di cui all'Art.1538 C.C.

Tale articolato normativo prevede che: *“Nei casi in cui il prezzo è determinato in relazione al corpo dell'immobile e non alla sua misura, sebbene questa sia stata indicata, non si fa luogo a diminuzione o a supplemento di prezzo, salvo che la misura reale sia inferiore o superiore di 1/20 rispetto a quella indicata nel contratto”*.

Risulta, quindi, legittimo il rifiuto del contraente di stipulare in tale ipotesi il definitivo, non configurandosi lo stesso alla stregua di inadempimento colpevole.

Al fine di approntare adeguata tutela al promissario acquirente, in caso di inadempimento del promittente venditore, si tende ad estendere al contratto preliminare le stesse norme previste per il contratto definitivo, attribuendo, così, notevole rilevanza alle pattuizioni della contrattazione preliminare<sup>216</sup>.

E' stato, quindi, osservato in dottrina<sup>217</sup> come sia doveroso, oltre che estremamente opportuno, prestare maggiore attenzione al contratto preliminare anche dopo che i contraenti si siano già accordati in relazione al contenuto del contratto definitivo, apponendo al primo una postilla nella quale si dia atto dell'esecuzione eventualmente data dalle parti al preliminare, anche con modifiche e a mezzo di quale tipologia di atto, ad esempio tramite rogito notarile, con sottoscrizione apposta da entrambe le parti<sup>218</sup>.

Nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra preliminare e definitivo, si colloca la questione relativa al tempo dell'adempimento.

In ordine dunque, al profilo afferente il termine dell'adempimento, va rilevato quanto segue.

Il termine di adempimento si riferisce al momento in cui l'obbligazione deve essere adempiuta, intendendosi per tale, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, l'attualità del dovere di adempiere<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 8384 del 13.10.1994.

<sup>216</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 8384 del 13.10.1994.

<sup>217</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 267.

<sup>218</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 267.

<sup>219</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 72.

Va precisato altresì, che tale termine presuppone un contratto già efficace, o perché così risulta *ab origine*, se dunque, non è stato sottoposto a termine iniziale, o perché quest'ultimo sia, se previsto, poi sopravvenuto<sup>220</sup>.

La scelta effettuata dai contraenti di scindere in due fasi il procedimento che diviene progressivo, di formazione del contratto implica comunque un intento di carattere dilatorio. In merito, va però segnalato come sia stata assai dibattuta la questione relativa all'essenzialità o meno, del termine fissato per l'adempimento.

Se tuttavia, da un lato si è sostenuto come tra le parti debba essere convenuto un termine da ritenersi essenziale per la stipulazione del contratto definitivo, al punto che si è evidenziato come lo spirare dello stesso comporti estinzione del rapporto costituito con il contratto preliminare<sup>221</sup>, dall'altro è stato specificato sul punto, come l'essenzialità del termine possa agevolmente sostenersi esclusivamente con riguardo al termine per l'adempimento, e non già nel senso che a tale rapporto, quasi fosse di durata, debba necessariamente applicarsi un termine finale di efficacia<sup>222</sup>.

L'opinione di gran lunga prevalente in dottrina e giurisprudenza è quella di ritenere che il termine fissato per l'adempimento può e non deve essere essenziale<sup>223</sup>.

Ne deriva che il termine può considerarsi essenziale quando l'essenzialità risulti espressamente, tale per cui la prestazione eventualmente eseguita tardivamente risulterà per l'effetto, intrinsecamente diversa rispetto a quella convenuta<sup>224</sup>.

Tuttavia, non risulta dirimente la locuzione "entro e non oltre" al fine di qualificare un dato termine come essenziale, dovendo, per contro, tale caratteristica risultare accompagnata da ulteriori elementi dai quali si possa desumere la carenza di interesse, da parte del creditore, a ricevere la prestazione, oltre il precitato termine<sup>225</sup>.

Secondo la più recente giurisprudenza in tema di termine dell'adempimento, va rilevato come l'essenzialità del termine vada desunta non già da formule di stile, ma dalla volontà dei contraenti, così come emergente dalle specifiche espressioni dagli stessi adoperate, dalle quali desumere l'intenzione di considerare ormai venuta meno l'utilità perseguita, nel caso di conclusione del contratto definitivo oltre la data stabilita<sup>226</sup>.

---

<sup>220</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 72.

<sup>221</sup> Cfr. Gabrielli e Franceschielli, op. cit., p. 8.

<sup>222</sup> Cfr. Gabrielli e Franceschielli, op. cit., p. 9.

<sup>223</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 72.

<sup>224</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 17.

<sup>225</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 17.

<sup>226</sup> Cfr., Corte di Cassazione Civile, sent. n., 21587 del 15.10.2007.

In assenza quindi, di ulteriori specificazioni, il termine non dovrà essere considerato essenziale, con la conseguenza che la mancata esecuzione della prestazione entro l'arco temporale indicato dalle parti non può dare luogo alla risoluzione del contratto, quanto piuttosto, al solo diritto al risarcimento del danno<sup>227</sup>.

E' stato comunque sostenuto che, in caso di comportamento inerte di entrambi i contraenti che lascino decorrere il termine, tale contegno potrà comunque interpretarsi nel senso di un mutuo dissenso, con conseguente risoluzione anticipata del contratto preliminare, quantunque maggiori problematiche giuridiche riguardino l'ipotesi in cui una parte si dimostri pronta ad adempiere, a fronte tuttavia, dell'inadempimento dell'altra<sup>228</sup>.

Ricondotto, quindi, il termine come riferito all'adempimento e non all'efficacia, e significato come lo stesso non risulti essenziale in ogni ipotesi, è vero che quantunque quest'ultimo sia stato previsto nell'esclusivo interesse di una delle parti, il suo infruttuoso decorso non determina, di regola, risoluzione automatica per inadempimento ex Art. 1457 C.C.

Infatti, la parte insoddisfatta e disposta all'adempimento, potrà provocare di propria iniziativa, la risoluzione per inadempimento, purché, secondo le regole generali, lo stesso non abbia scarsa importanza in relazione agli interessi della stessa<sup>229</sup>.

In caso, invece, di decorso del termine che sia stato fissato tra le parti per la stipula del definitivo, va evidenziato come i contraenti avessero in precedenza, attraverso la fissazione di un termine all'adempimento, dato atto e manifestato l'intenzione di voler dar vita al rapporto contrattuale convenuto tra gli stessi, nel mentre, successivamente, avendo lasciato inutilmente decorrere il termine, le stesse abbiano perso nel tempo, interesse all'operazione economica<sup>230</sup>.

In sintesi e con riguardo alla natura del termine medesimo, va rilevato che l'indagine relativa all'essenzialità o meno del termine dell'adempimento viene demandata al giudice di merito chiamato ad interpretare caso per caso, e a far emergere in via ermeneutica, la volontà delle parti sullo specifico punto<sup>231</sup>.

Fermo restando che in ipotesi in cui le parti abbiano omesso di fissare un termine per la stipulazione del contratto definitivo, al contraente interessato residua pur sempre la possibilità di rivolgersi al Giudice ai fini della fissazione del termine per l'adempimento, e

---

<sup>227</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 73.

<sup>228</sup> Cfr. Gabrielli e Franceschielli, op. cit., p. 9.

<sup>229</sup> Cfr. Gabrielli e Franceschielli, op. cit., p. 9.

<sup>230</sup> Cfr. Gabrielli e Franceschielli, op. cit., p. 9.

<sup>231</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 73.

ciò in virtù del disposto di cui all'Art. 1183 C.C. secondo cui: *“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”.*

E' stato, tuttavia sostenuto come orientamento prevalente in dottrina sia nel segno di ritenere che la prestazione dedotta nel contratto preliminare non risulti immediatamente esigibile, argomentando dal fatto che le parti decidono di pervenire alla stipula di un preliminare quando non sono ancora pronte a stipulare il definitivo<sup>232</sup>.

E stato quindi, sostenuto come la determinazione del termine per l'adempimento debba essere ispirata a criteri di congruità e ragionevolezza che implicano propriamente la concessione del tempo normalmente necessario ai fini dell'esecuzione della prestazione, tenuto conto anche delle condizioni del debitor conosciute o conoscibili dalla controparte<sup>233</sup>.

Secondo la giurisprudenza, in ogni caso, in ipotesi in cui le parti abbiano rimesso ad una di esse la fissazione del termine per l'adempimento quest'ultima trascuri senza giustificato motivo di effettuare la scelta, il contraente interessato all'adempimento potrà all'uopo rivolgersi al Giudice per la fissazione del termine stesso ex Art. 1183 C.C.<sup>234</sup>

Continuando ora, la disamina relativa all'importanza del collegamento fra contratto preliminare e contratto definitivo ai fini dell'adempimento, va ulteriormente rilevato quanto segue, al fine di verificare in quali ipotesi permanga l'obbligo di adempimento del preliminare in presenza di vizi del definitivo, con analisi delle situazioni in cui questi ultimi si ripercuotano o meno sulle sorti del preliminare medesimo e, quindi, sul suo adempimento.

E' vero che qualora il contratto definitivo venga meno a causa di vizi non riferibili al preliminare medesimo, l'eliminazione del primo non eliderà l'obbligo di adempiere comunque nascente dal preliminare che resta fermo.

---

<sup>232</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 16.

<sup>233</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 16.

<sup>234</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 15587 del 10.12.2001 *apud* Adilardi, op. cit., p. 16.



E' vero che il vizio patologico eventualmente affliggente il contratto definitivo avrà valenza esclusivamente nei riguardi di quest'ultimo, non andando ad inficiare la validità della pattuizione originaria che si rivela ancora suscettibile di adempimento, permanendo, salva la denegata ipotesi di sopravvenienza di eventuali cause ostative, dovute ad esempio, al decorso del termine prescrizionale, l'obbligo di stipulare il contratto definitivo specificatamente riconducibile a quel preliminare<sup>235</sup>.

Può comunque, verificarsi l'ipotesi diversa in cui il vizio che affligga il contratto definitivo si ripercuota inevitabilmente e negativamente sulle sorti del preliminare, e ciò qualora si tratti di un difetto funzionale e non originario.

A titolo meramente esemplificativo, può rammentarsi il caso di sopravvenuto perimento del bene costituente oggetto di promessa di vendita, fattispecie in cui il definitivo concluso sarà nullo per impossibilità dell'oggetto, nel mentre il preliminare originario si scioglierà comunque per impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>236</sup>.

In questo caso, non sussisterà più il contratto preliminare da cui derivi l'impegno alla stipula del definitivo.

Ma non solo.

Anche in caso di prescrizione del diritto derivante dal preliminare alla stipulazione del definitivo consegue la sopravvenuta inefficacia del preliminare medesimo, di talché nell'ambito della vendita, per il promissario acquirente che abbia già ottenuto dal promittente venditore la consegna e il godimento anticipati della cosa, sussiste l'obbligo di restituzione ex Art. 2033 C.C., in aggiunta ai frutti, non un'obbligazione risarcitoria per il mancato godimento del bene nel periodo successivo al compimento della prescrizione.<sup>237</sup>

Può altresì, verificarsi l'ipotesi di annullamento del contratto definitivo che, in quanto operante *ex tunc* determina *ipso facto* la reviviscenza del contratto preliminare e quindi, delle obbligazioni derivanti dallo stesso, sicché quando il contratto definitivo è annullato, risulta esperibile l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre antecedentemente assunto in sede di preliminare<sup>238</sup>.

Sul punto, è stato osservato in dottrina<sup>239</sup> come non sia tuttavia propriamente esatto parlare di "reviviscenza", atteso che l'annullamento del definitivo elimina, con efficacia

---

<sup>235</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, III Volume op. cit., p. 448.

<sup>236</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, III Volume, op. cit., p. 488.

<sup>237</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile sentenza n.10752 del 29.10.1993

<sup>238</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, III Volume, op. cit., p. 449.

<sup>239</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, III Volume, op. cit., p. 449.

retroattiva, il contratto invalido, di talché ciò che viene a mancare è l'atto esecutivo del preliminare medesimo.

Ne consegue che il preliminare, sotto questo aspetto, rimane tuttora in vita, con permanenza del vincolo derivante dallo stesso.

Effettuate le soprasvolte considerazioni e ferma la complessità dei rapporti intercorrenti tra preliminare e definitivo, si evidenzia come è vero che i vizi e le vicende giuridiche affliggenti il preliminare si ripercuotono anche sul definitivo, mentre, in senso contrario, occorrerà valutare caso per caso quando il preliminare ed i relativi obblighi dallo stesso nascenti, pur essendo venuto meno il definitivo, restino in vita.

In sintesi, il ragionamento innanzi delineato si ricollega alla tematica relativa alla disciplina dei rimedi applicabili in caso di patologia genetica o sopravvenuta del preliminare.

Secondo quanto sostenuto in dottrina, il promissario ha diritto in linea generale, ai rimedi approntati dalla normativa civilistica (Codice Civile) in tema di invalidità o inadempimento delle obbligazioni propri del contratto definitivo sia con riguardo al preliminare puro, sia con riferimento al preliminare con effetti anticipati<sup>240</sup>.

Sulla base delle soprasvolte considerazioni si può concludere ritenendo che entro il lasso temporale stabilito dalle parti si dovranno concludere le vicende relative alle sorti del contratto preliminare, e ciò con esito positivo, pervenendo poi alla trascrizione del contratto definitivo o di atto equipollente, ovvero con esito negativo a mezzo della trascrizione della domanda giudiziale mirante ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre il definitivo.

---

<sup>240</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 11.

## **4.2 Inadempimento del preliminare e rimedi. La sentenza costitutiva ex Art. 2932 C.C.**

In primo luogo, va rilevato come le obbligazioni assunte in via reciproca dai contraenti possano rimanere inadempite, vuoi perché viene a mancare la possibilità obiettiva di eseguire la prestazione, vuoi perché una o entrambe le parti non siano in grado o non vogliano adempiere<sup>241</sup>.

In merito, è stato osservato come la disciplina dettata dal Codice Civile in tema di inadempimento dell'obbligazione muova dallo schema tipico del rapporto obbligatorio<sup>242</sup>.

Può, quindi, verificarsi il caso in cui una delle parti sia disposta ad adempiere la propria obbligazione, mentre, l'altra sia intenzionata colpevolmente a non eseguirla.

In tema di contratto preliminare, si ritiene che integri inadempimento dello stesso vuoi il rifiuto opposto da una delle parti di pervenire alla stipula del definitivo, vuoi, altresì, l'omissione di tutte le attività necessarie al fine di rendere il risultato finale utile e concretamente conseguibile<sup>243</sup>.

In altre parole, è stato sostenuto in dottrina<sup>244</sup>, come l'inadempimento possa concernere anche le obbligazioni accessorie del preliminare connesse alla convenuta anticipazione di taluni effetti propri della pattuizione definitiva.

Ne deriva che l'inadempimento della controparte anche con riguardo a queste ultime, legittima il contraente che abbia adempiuto la propria obbligazione o che si sia comunque dimostrato disposto all'adempimento ad esperire i rimedi tipici approntati all'uopo dal Legislatore.

Nella maggior parte dei casi analizzati dalla giurisprudenza, l'inadempimento del preliminare si concretizza, nell'ambito del preliminare di vendita, nel fatto che al bene promesso manchino i requisiti inizialmente garantiti, ovvero nel mancato rispetto dell'obbligo di concludere il definitivo, non rendendosi disponibile per l'espletamento dei relativi incombenzi<sup>245</sup>.

In tema di inadempimento, quindi, si applicano i principi di cui all'Art. 1218 C.C., tali per cui la parte, a fronte della pretesa del contraente che ne affermi l'inadempimento, sarà tenuta

---

<sup>241</sup> Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2009, p. 699.

<sup>242</sup> Cfr. A. Luminoso, U. Carnevali, M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, Zanichelli Editore, Bologna, 1990, p. 8.

<sup>243</sup> Cfr. SS.UU., sent. n. 11624 del 18.05.2006.

<sup>244</sup> Cfr. G. Adilardi, *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 2008, p. 192.

<sup>245</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare in Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, Vol. III, Milano, 2006, p. 487.

a fornire la prova che l'inadempimento stesso è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile<sup>246</sup>.

Va ulteriormente rilevato come in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali dei promittenti venditori, la sospensione dei pagamenti da parte dei promissari acquirenti costituisca invero, legittimo esercizio dell'autotutela, dovendosi escludere pertanto che ad essi sia imputabile l'inadempimento e la mancata conclusione del contratto definitivo<sup>247</sup>.

Il Legislatore del 1942 ha all'uopo approntato alcuni rimedi per l'ipotesi in cui uno dei contraenti non esegua integralmente, esattamente e/o tempestivamente la prestazione dovuta.

In ipotesi, quindi, di inadempimento dell'obbligo di concludere tempestivamente il contratto definitivo, va rilevato come il contraente sia legittimato a proporre l'azione costitutiva di cui all'Art. 2932 C.C., cumulativamente o in alternativa al risarcimento del danno<sup>248</sup>.

L'inadempimento del contratto preliminare può comportare, pertanto, l'applicazione del rimedio specifico previsto dall'Art. 2932 C.C., nonché l'applicazione degli altri rimedi previsti dalla disciplina codicistica sui contratti, tra i quali va rammentata la risoluzione.

Propriamente, la misura coercitiva di cui all'Art. 2932 C.C. rappresenta una novità rispetto alla codificazione precedente del 1865, laddove si riteneva che tale rimedio non fosse applicabile alla contrattazione preliminare, attesa l'infungibilità giuridica della prestazione del consenso, tale per cui non sembrava configurabile una pronuncia giudiziale idonea a sostituire un atto di autonomia negoziale<sup>249</sup>.

Nel vigore della previgente disciplina normativa, primeggiava, infatti, l'opinione dell'incoercibilità dell'obbligo di contrarre, che si poneva in stretta correlazione, secondo tale impostazione, col significato funzionale proprio del preliminare, quale strumento negoziale attraverso il quale le parti, pur fissando immediatamente l'affare, intendano riservare, ad un momento successivo, le valutazioni di opportunità da compiere e trasfondere in sede definitiva<sup>250</sup>.

Orbene, nel 1942 il Legislatore ha, quindi, introdotto una significativa novità consistente nella possibilità, in generale, che il Giudice pronunci una sentenza che trasferisca la

---

<sup>246</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 193, che evidenzia come a norma dell'Art. 1218 C.C., a fronte della pretesa del creditore che assuma l'inadempimento del debitore, sorge una presunzione di colpevolezza a carico di quest'ultimo, superabile con l'assolvimento dell'onere probatorio in ordine alla non imputabilità dell'inadempimento.

<sup>247</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, II, sent. n. 3173 del 9.02.2011.

<sup>248</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 202.

<sup>249</sup> Cfr. V. Farro, *Il contratto preliminare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 268-269.

<sup>250</sup> Cfr. G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 36-37.

proprietà se e qualora una delle parti si rifiuti ingiustificatamente, ovvero senza valide ragioni, di pervenire alla stipula del contratto definitivo<sup>251</sup>.

Il disposto di cui all'Art. 2932 C.C. recita, infatti, al primo comma, testualmente quanto segue: *“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 (2908)”*.

In merito, va rilevato come la pronuncia del Giudice in materia rivesta natura costitutiva, intendendosi per tale la sentenza atta a creare, modificare o estinguere una determinata situazione giuridica.

Per quanto concerne il profilo relativo alla natura giuridica della sentenza ex Art. 2932 C.C., va rilevato, altresì, come la stessa giurisprudenza<sup>252</sup> abbia specificato che: *“La pronuncia giudiziale emessa in seguito ad una domanda fondata sull’Art. 2932 C.C., che stabilisce l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto, ha carattere necessariamente costitutivo e non di accertamento”*.

E’ stato autorevolmente sostenuto come la natura costitutiva della sentenza in esame si deduca dal fatto che il Legislatore evidenzi la sua attitudine a produrre gli effetti del contratto, fermo restando che il provvedimento giurisdizionale non può produrre effetti meramente certificativi<sup>253</sup>.

In dottrina<sup>254</sup> si è sostenuto come più tecnicamente sarebbe opportuno trattare di sentenza di accertamento- costitutivo, atteso che preliminarmente, occorre accertare l’esistenza di un diritto alla modificazione a causa del precedente vincolo, il quale costituisce, quindi, titolo per conseguire, tramite la sentenza del Giudice, il risultato finale avuto di mira dalle parti e che le stesse ritenevano di realizzare attraverso la stipula del contratto definitivo.

E’ vero, peraltro, che la Suprema Corte ha statuito come in tema di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, l’effetto traslativo della sentenza pronunciata ex Art. 2932 C.C. si determini, attesa l’efficacia costitutiva *ex nunc*, dal momento del suo passaggio in giudicato.<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Fondamenti di tecnica contrattuale*, Cedam, Padova, 2010, p. 83.

Cfr. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Ipsosa, Milano, 2000, p. 299, il quale definisce l’eseguibilità in forma specifica dell’obbligo di contrarre ex Art. 2932 C.C. come una delle più rilevanti novità del Codice vigente.

<sup>252</sup> Cfr. Trib. Nocera Inferiore, sez. II, sent. n. 72 del 23.01.2003, apud V. Farro, op. cit. p. 298.

<sup>253</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 169.

<sup>254</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 156.

<sup>255</sup> Cfr. Corte di Cassazione Civile, sent. n. 2864 del 26.02.2003.

Infatti, dalla affermata natura costitutiva della sentenza ex Art. 2932 C.C. discende che l'effetto traslativo si determini *ex nunc*, ovvero dal momento del passaggio in giudicato della pronuncia che diviene così definitiva.

In altre parole, la sentenza costituisce propriamente una fonte autonoma di rapporti giuridici, sorgendo quindi dal momento del suo passaggio in giudicato, l'obbligo di adempimento della parte<sup>256</sup>.

Sul punto, è stato opportunamente evidenziato<sup>257</sup> come secondo principio di carattere generale, tutte le pronunce giudiziali retroagiscano normalmente al momento della domanda, nel mentre, in caso di sentenza costitutiva che tenga l'obbligo di concludere il contratto definitivo, essendo la stessa fonte autonoma di rapporti giuridici, la pronuncia dispieghi i propri effetti esclusivamente al momento del suo passaggio in giudicato<sup>258</sup>.

In realtà, si tratta di una vicenda del tutto peculiare, nella quale determinati effetti giuridici prodotti attraverso la pronuncia giurisdizionale trovano la propria ragion d'essere e giustificazione nella volontà delle parti<sup>259</sup>.

Risulta opportuno evidenziare come, nonostante si costituisca tramite sentenza, il rapporto conservi una propria natura contrattuale, atteso che la statuizione del giudice è volta a dare attuazione al programma convenuto dalle parti nel preliminare, al punto che può fondatamente sostenersi come il rapporto rinvenga fonte immediata nella sentenza e fonte mediata nel contratto preliminare<sup>260</sup>.

E' appena il caso di evidenziare come opinione della dottrina e della giurisprudenza tradizionali ponessero l'accento sul principio dell'intangibilità del preliminare ad opera della sentenza emessa ex Art. 2932 C.C., ritenendo che al Giudice non fosse consentito in alcun modo, interferire sul contenuto del rapporto stabilito dal contratto preliminare stesso<sup>261</sup>.

Secondo tale orientamento, quindi, la sentenza costitutiva emessa dal Giudice non poteva spingersi sino alla modifica dell'accordo preliminare, e ciò anche in ipotesi di eventuali sopravvenienze, scoperte di vizi e/o difformità, ipoteche, ovvero altri oneri atti a diminuire anche significativamente, il valore del bene promesso, se si trattasse di preliminare di vendita, lasciando il promissario acquirente di fronte ad un secca alternativa: a)

---

<sup>256</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 169.

<sup>257</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 169.

<sup>258</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 169.

<sup>259</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 169.

<sup>260</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 169.

<sup>261</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 82; nello stesso senso, cfr. C. Magli, op. cit., p. 57.

concludere il definitivo conformemente al preliminare e poi, eventualmente, riservarsi ad una fase successiva, l'esperimento di rimedi previsti in relazione alla tipologia di contratto definitivo concluso; ovvero b) risolvere il preliminare medesimo<sup>262</sup>.

Tale ricostruzione eccessivamente rigorista e formalista era atta ad escludere qualsiasi pronuncia accessoria a quella di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre tendente a modificare il contenuto del contratto preliminare<sup>263</sup>.

Seguendo la suddetta impostazione, si riteneva dunque, che la sentenza sostitutiva del consenso delle parti dovesse rispecchiare una situazione del tutto identica a quella a suo tempo prevista nel contratto preliminare.<sup>264</sup>

In altre parole, si argomentava rilevando come la sentenza costitutiva ex Art. 2932 C.C. dovesse necessariamente riprodurre nella forma del provvedimento giurisdizionale ed in luogo del contratto definitivo non concluso fra le parti, il medesimo assetto di interessi assunto fra le stesse quale contenuto del contratto preliminare, senza, appunto la possibilità di introdurre delle modifiche<sup>265</sup>.

Va comunque precisato come tale principio fosse stato coniato in materia di contratto preliminare avente ad oggetto un bene in comunione, nel mentre in ipotesi di difformità e vizi del bene oggetto del contratto si manifestavano non pochi dubbi in ordine alla conciliabilità dello stesso con l'approntare una tutela il più adeguata possibile alle esigenze del promissario acquirente<sup>266</sup>.

La soluzione restrittiva operava nel segno di ammettere la sola esperibilità del precitato rimedio ex Art. 2932 C.C., ma non la sua eventuale cumulatività con la garanzia per vizi tipica della vendita.

Tale impostazione muoveva, infatti, da due ordini di ragioni, tale per cui da un lato, la disciplina ex Art. 1492 C.C. non poteva trovare applicazione se non con riferimento ad un contratto definitivo, mentre, l'interpretazione letterale del disposto di cui all'Art. 2932 C.C. escludeva che il Giudice potesse apporre modifiche all'originario regolamento di interessi, se non con il consenso di tutte le parti<sup>267</sup>.

E' solo con la storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 1720 del 27.02.1985, che le stesse sono intervenute ad ampliare la sfera di tutela spettante al

---

<sup>262</sup> Cfr. C. Magli, op. cit., p. 58.

<sup>263</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 81.

<sup>264</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 81.

<sup>265</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 303.

<sup>266</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 303.

<sup>267</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 303.

promissario acquirente, consentendo al medesimo l'esperibilità dell'azione ex Art. 2932 C.C. cumulativamente alla garanzia per vizi, evidenziando come il primo rimedio non risultasse da solo sufficiente ad attribuire adeguata tutela al promissario acquirente e sottolineando come tale intervento giurisprudenziale risulti quanto mai riequilibrativo delle posizioni sinallagmatiche dei contraenti<sup>268</sup>.

La giurisprudenza ha, da ultimo, precisato come le due richieste innanzi delineate concretino il legittimo cumulo di domande sostanzialmente e logicamente connesse<sup>269</sup>.

Sul punto, si segnala il recente approdo della Suprema Corte, con la sentenza n. 165 del 26.01.2010, a mezzo della quale la giurisprudenza ha ribadito il delineato orientamento ricostruttivo, ammettendo che il promissario acquirente possa chiedere anche disgiuntamente rispetto all'azione prevista dall'Art. 2932 C.C., la riduzione del prezzo in ipotesi in cui la cosa oggetto di contratto fosse risultata affetta da vizi e/o difformità<sup>270</sup>.

Ancora. La giurisprudenza ha statuito che in ipotesi in cui il destinatario di una promessa di vendita, qualora la cosa risulti gravata da vincoli reali della cui esistenza lo stesso non sia stato reso edotto, quest'ultimo potrà esercitare in luogo dell'azione di risoluzione del contratto per inadempimento, quella di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione assunta dalla controparte, e ciò in base al disposto di cui all'Art. 2932 C.C., nonché, contestualmente, l'azione estimatoria, in virtù della correlativa diminuzione di valore del bene, oltre al rimedio risarcitorio<sup>271</sup>.

In tal modo, la Suprema Corte applica un principio da ritenersi ormai consolidato in giurisprudenza.

Infatti, è stato autorevolmente sostenuto in dottrina<sup>272</sup> come il carattere della sentenza costitutiva pronunciata da Giudice non sia quello statico consistente in una mera riproduzione, bensì quello dinamico di una attuazione che tenga conto delle sopravvenienze, ma senza con ciò incidere sul contenuto del preliminare, limitandosi, quindi, ad un intervento attuativo volto a dare esecuzione al rapporto giuridico così come esso era stato effettivamente voluto dalle parti.

In definitiva, vertendo il giudizio sui rapporti intercorrenti tra i contraenti, emerge come il Giudice sia tenuto a valutare ciò che le parti al momento della pronuncia si devono,

---

<sup>268</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 303.

<sup>269</sup> Cfr. R. De Matteis, op. cit., p. 92.

<sup>270</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 1652 del 26.01.2010.

<sup>271</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 14988 del 7.09.2012.

<sup>272</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 150.



reciprocamente tenuto conto di tutte le circostanze del caso, senza potersi comunque spingere al punto non consentito, di ridefinire i termini dell'accordo e dell'equilibrio economico raggiunto dai privati<sup>273</sup>.

Infatti, nel caso di preliminare inadempito, sussiste una disciplina contrattuale già stabilita in ogni suo aspetto, tale per cui si è evidenziato in dottrina<sup>274</sup>, come il Giudice debba fare riferimento ad essa per stabilire gli effetti prodotti dalla sentenza costitutiva.

In sintesi: da un lato, si richiede al Giudice di rispettare la volontà dei contraenti, senza che lo stesso possa apportare modifiche sostanziali che finirebbero inevitabilmente per ledere l'autonomia privata, nel mentre dall'altro, gli è riconosciuto il potere di integrare le previsioni contrattuali, in maniera tale da non stravolgere causa ed oggetto della pattuizione e ciò, soprattutto in ipotesi di contratto preliminare ad effetti anticipati, laddove si rende quanto mai necessario approntare una tutela maggiormente incisiva al contraente che si sia dimostrato pronto ad adempiere, ovvero abbia già provveduto all'adempimento<sup>275</sup>.

Infatti, la sentenza di cui all'Art. 2932 C.C. può configurarsi come un "*surrogato del contratto dovuto*", tale per cui l'Autorità Giudiziaria non potrà sostituirsi comunque alla volontà delle parti se non per la produzione degli effetti<sup>276</sup>.

Attraverso la pronuncia ex Art. 2932 C.C. si attua, in definitiva, una vera e propria soggezione all'azione, mediante la quale la parte lesa può ottenere il titolo del trasferimento, e ciò senza che il promittente alienante che si sia rivelato inadempiente, possa impedire il trasferimento stesso<sup>277</sup>.

Mette conto rilevare comunque, come la precitata norma preveda che la sentenza costitutiva non possa essere emanata se il contraente che richiede tale pronuncia non abbia o eseguito, ovvero offerto di eseguire la propria controprestazione nei modi di legge, tale per cui l'offerta di pagamento rappresenta un presupposto della sentenza<sup>278</sup>.

L'indicazione precisa di quali siano gli ulteriori presupposti per poter richiedere la pronuncia in esame è fornita direttamente dalla Legge e consistono propriamente, secondo una lettura esplicita della giurisprudenza della Suprema Corte: a) nella esistenza

---

<sup>273</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 150.

<sup>274</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 150.

<sup>275</sup> Cfr. Il Corriere giuridico, Monografie, Collana diretta da V. Carbone, Serie di diritto privato a cura di Guido Alpa, // *contratto preliminare nella giurisprudenza*, Ipsa, 2011, p. 106.

<sup>276</sup> Cfr. Il Corriere giuridico, Monografie, Collana diretta da V. Carbone, Serie di diritto privato a cura di Guido Alpa, // *contratto preliminare nella giurisprudenza*, op. cit., p. 106.

<sup>277</sup> Cfr. G. Gabrielli, op. cit., pp. 80-81.

<sup>278</sup> Cfr. G. Gabrielli, op. cit., p. 87.

del contratto preliminare; b) nella validità ed efficacia del preliminare medesimo; c) nell'adempimento di colui che propone la domanda o nell'offerta ad adempiere; d) nella scadenza del termine previsto per la conclusione del contratto definitivo; e) nell'inadempimento della controparte in ordine all'obbligo di concludere il contratto definitivo<sup>279</sup>.

E' il caso di precisare come la ragione per cui si richiede l'offerta da parte del contraente della propria prestazione si rinvenga nella circostanza di non attribuire il rimedio ex Art. 2932 C.C. ad un soggetto a sua volta inadempiente, e, quindi, non meritevole di tutela<sup>280</sup>.

Sempre in tema di offerta, va evidenziato come la stessa possa essere effettuata anche in modo non formale, purché la manifestazione di volontà di adempimento sia manifestata in modo inequivoco, con esclusione di ogni perplessità in ordine all'intenzione di adempiere<sup>281</sup>.

A titolo meramente esemplificativo, va rilevato come sia stato ritenuto integrare l'offerta in questione l'invito della parte avanti al Notaio per la stipula del contratto definitivo<sup>282</sup>.

Dovrà invece ritenersi estranea al raggio di applicabilità della norma l'ipotesi in cui fosse stato previsto un mero obbligo di trasferimento del bene, senza l'indicazione o la specificazione della precisa tipologia di contratto produttivo di detto effetto, di modo che un siffatto obbligo, una volta adempiuto, può semmai dare luogo unicamente ad una richiesta di risarcimento del danno<sup>283</sup>.

E' vero, infatti, che la pronuncia di cui all'Art. 2932 C.C. deve corrispondere esattamente al contenuto del preliminare stesso, sicché si richiede una precisa indicazione degli elementi quantomeno essenziali del contratto, compresa l'esatta individuazione del bene oggetto dello stesso.

In altre parole, se le parti non hanno configurato un contratto tipico da concludersi tra le stesse, ad esempio, avente ad oggetto il trasferimento di un bene, in tal caso non sarà possibile attuare a mezzo di una sentenza costitutiva, un contratto non previsto<sup>284</sup>.

Limite imposto dal Legislatore all'ottenimento di tale pronuncia si rinviene nel fatto che ciò sia possibile e non sia escluso dal titolo.

---

<sup>279</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 285.

<sup>280</sup> Cfr. Corriere giuridico, Monografie, Collana diretta da V. Carbone, Serie di diritto privato a cura di Guido Alpa, // *contratto preliminare nella giurisprudenza*, Ipsoa, 2011, p. 84.

<sup>281</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 172.

<sup>282</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 172. .

<sup>283</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 286.

<sup>284</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 286.

Secondo opinione assolutamente maggioritaria della dottrina<sup>285</sup>, l'inciso riguarderebbe qualsiasi tipo di impossibilità, sia essa di fatto o di diritto, tra cui, a titolo meramente esemplificativo, una precedente alienazione del bene a terzi.

In tale peculiare ipotesi, infatti, è richiesto ai fini dell'accoglimento della domanda, che il promittente abbia conservato la proprietà e disponibilità del bene oggetto del preliminare, la quale viene meno in ipotesi in cui il promittente venditore proprietario del bene, lo abbia alienato ad altro soggetto anteriormente alla trascrizione della domanda ex Art. 2932 C.C. Infatti, la successiva trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle iscrizioni e trascrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda stessa, non anteriormente, sicché ne deriverebbe, in tal caso, l'inutilità pratica dell'eventuale pronuncia costitutiva.

Ancora. In ipotesi di fallimento del promittente venditore, atteso il venir meno nel fallito del potere di disposizione ed amministrazione del patrimonio, si evidenzia come tale situazione<sup>286</sup> renda impossibile la pronuncia costitutiva di cui all'Art. 2932 C.C..

Ciò è dovuto al fatto che la stessa determinerebbe un mutamento della situazione patrimoniale ed in particolare, un effetto traslativo, nonostante lo spossessamento prodotto dalla sentenza dichiarativa di fallimento, effetto che non può legittimamente avvenire, non essendo possibile l'utilizzo del titolo giurisdizionale eventualmente conseguito al fine di impedire l'apprensione del bene promesso in vendita da parte della curatela fallimentare.

Secondo la giurisprudenza<sup>287</sup>, qualora la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre sia stata tuttavia, trascritta anteriormente alla dichiarazione di fallimento, la sentenza costitutiva anche se trascritta successivamente risulterebbe opponibile alla massa dei creditori impedendo l'apprensione del bene da parte del Curatore del contraente fallito, mentre non risulterebbe opponibile se la trascrizione della domanda fosse avvenuta successivamente alla dichiarazione di fallimento.

In tema di possibilità, va ulteriormente evidenziato come l'ottenimento di una pronuncia costitutiva ex Art. 2932 C.C. risulti precluso nell'ipotesi in cui le parti avendo concluso un contratto preliminare di vendita di cosa futura, e nella specie, di appartamenti in corso di

---

<sup>285</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 286.

<sup>286</sup> Cfr. Corte di Cass. sent. n. 239 del 14.04.1999.

<sup>287</sup> Cfr. SS. UU., sent. n. 12505 del 07.07.2004, nello stesso senso, cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 16160 del 08.07.2010.

costruzione, abbiano espressamente condizionato la stipula del contratto definitivo all'avvenuta costruzione e, quindi, alla venuta ad esistenza degli immobili medesimi<sup>288</sup>.

Da ultimo, va sottolineato come per quanto concerne l'ottenimento di una pronuncia costitutiva ex Art. 2932 C.C., la locuzione "*qualora sia possibile e non escluso dal titolo*", implichi, altresì, la sussistenza del requisito di liceità del bene, escludendosi, pertanto, le varie ipotesi di sopravvenuta ineseguibilità del contratto, magari dovuta ad un successivo mutamento normativo alla luce del quale non sia consentita più una determinata operazione prima perfettamente lecita in quanto conforme alla Legge.

Per quanto concerne poi, l'esclusione dal titolo, va segnalato come la dottrina prevalente ritenga che tale esclusione debba comunque essere espressa, non potendo, per contro, ritenersi implicita nella previsione di una clausola penale<sup>289</sup>.

Passando ora al profilo relativo all'efficacia della pronuncia costitutiva *de qua*, va rilevato quanto segue.

Il Legislatore ha consentito la trascrizione della domanda ex Art. 2932 C.C. dettando il disposto di cui all'Art. 2652, n. 2) C.C., così come la trascrizione della successiva sentenza di accoglimento della domanda, garantendo al promissario acquirente una prevalenza rispetto agli eventuali ulteriori acquirenti dello stesso dante causa che abbiano trascritto successivamente a detta trascrizione.

E' vero che la trascrizione risulta riconducibile al meccanismo della prenotazione attuato appunto, attraverso la trascrizione della domanda giudiziale ex Art. 2652 C.C. estesa al contratto preliminare, allo scopo di approntare una migliore tutela alle ragioni del promissario acquirente, esigenza particolarmente sentita nell'ambito del contratto preliminare ad effetti anticipati, laddove le parti abbiano scelto di anticipare taluni effetti del definitivo.

E' pur vero che la trascrizione non costituisce obbligo per il contraente, ma mero onere per lo stesso, tale per cui l'effetto prenotativo può farsi risalire alla sola trascrizione della domanda, decorrendo, tuttavia dalla data di tale adempimento<sup>290</sup>.

Per quanto concerne la trascrizione della successiva sentenza che abbia accolto la domanda volta ad ottenere la produzione degli stessi effetti del definitivo non concluso, si può sostenere come la stessa configuri esplicitazione dell'effetto prenotativo delineato, e

---

<sup>288</sup> Cfr. Corriere giuridico, Monografie, Collana diretta da V. Carbone, Serie di diritto privato a cura di Guido Alpa, // *contratto preliminare nella giurisprudenza*, Ipsa, 2011, p. 87.

<sup>289</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 297.

<sup>290</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 172, con riferimento a V. Roppo e G. Sicchiero.

ciò ai fini di rendere opponibile l'acquisto ai terzi e di risolvere il conflitto tra attore ed aventi causa del convenuto che abbiano trascritto dopo la trascrizione della domanda stessa<sup>291</sup>.

In tal caso, è vero che il promissario acquirente non risulta gravato dell'onere aggiuntivo di trascrivere anche il contratto preliminare, essendo per vero, sufficiente la trascrizione della sentenza costitutiva, atteso che il trasferimento della proprietà trova il proprio titolo nella pronuncia del giudice<sup>292</sup>.

Infatti, il promissario acquirente deve: a) trascrivere la domanda giudiziale svolta che garantisce un effetto prenotativo; b) successivamente, trascrivere la sentenza costitutiva. Fermo restando che tale adempimento si rende necessario per le ipotesi in cui l'acquirente intenda tutelarsi in caso di conflitto tra successivi aventi causa dal medesimo venditore, avendo la sentenza ex Art. 2932 C.C. piena efficacia anche in assenza di sua trascrizione<sup>293</sup>.

In dottrina è stato poi, autorevolmente sostenuto in tema di trascrizione<sup>294</sup>, come il promissario acquirente possa trascrivere ex Art. 2645 *bis*, il contratto preliminare, quando riguardi beni immobili, in modo che in ipotesi in cui il proprietario, incassati gli acconti, decida di alienare il bene a terzi, chi ha trascritto possa ugualmente ottenere la proprietà della cosa tramite apposita sentenza ex Art. 2932 C.C.

Da ultimo, va rilevato come la scelta concreta tra l'azionabilità del rimedio specifico approntato dal Legislatore di cui all'Art. 2932 C.C., ovvero una diversa forma di tutela, risulti rimessa alla parte sulla base dell'interesse della stessa all'ottenimento di una pronuncia che produca gli stessi effetti del contratto non concluso, oppure al definitivo scioglimento del rapporto, qualora lo preferisca, e ciò in aggiunta o in alternativa al risarcimento del danno.

Infatti, la possibilità di esperire l'azione costitutiva innanzi delineata si configura propriamente quale rimedio aggiuntivo predisposto dal Legislatore che non preclude, tuttavia, il ricorso ad un altro strumento di tutela codicisticamente delineato e ritenuto dalla parte più adeguato a soddisfare in concreto il proprio interesse, consentendogli di perseguire il risultato positivo utile avuto di mira dalla stessa<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 170.

<sup>292</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 300.

<sup>293</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 300.

<sup>294</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Fondamenti di tecnica contrattuale*, Cedam 2010, p. 83.

<sup>295</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare in Trattato del contratto*, op. cit. p. 481.

E' vero, quindi, che in ipotesi di inadempimento del preliminare risulta esperibile lo specifico rimedio di cui all'Art. 2932 C.C., in alternativa al ricorso ad altro istituto di tutela previsto dalla disciplina generale in materia di contratti, tra cui la risoluzione per inadempimento imputabile alla controparte<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 191.

### 4.3 La patologia del contratto preliminare.

Ferme le soprasvolte considerazioni in merito ai rapporti tra preliminare e definitivo ai fini dell'adempimento, nonché ai vizi del definitivo e alle eventuali ripercussioni degli stessi sul contratto preliminare, va rilevato come in tema di vicende relative alle sorti del contratto, particolare rilievo venga attribuito al profilo di invalidità del preliminare.

Invero, la sussistenza di un rapporto funzionale tra preliminare e definitivo implica una analisi sugli effetti che il vizio del primo produce sulla pattuizione definitiva, nonché sulle conseguenze che l'invalidità può produrre sull'intero affare<sup>297</sup>.

Infatti, il preliminare è suscettibile di impugnazione per vizi propri, intendendosi per tali, quelli che riguardano la forma, la funzione, la causa o la volontà, nonché per vizi afferenti al momento attributivo, quali quelli dell'oggetto per indeterminatezza o indeterminabilità, ovvero illiceità per violazione, ad esempio, della normativa in materia urbanistica<sup>298</sup>.

È vero che in linea generale, i vizi del contratto definitivo, tenuto conto anche dell'autonomia del preliminare rispetto al predetto, non coinvolgono quest'ultimo, che esaurisce la propria funzione con l'adempimento.

In altre parole, se si tratta di vizio proprio del definitivo, lo stesso non si ripercuoterà sulle sorti del contratto preliminare che resta valido, con la conseguente permanenza dell'obbligo di stipulare un definitivo valido riferito al preliminare originario.

Eccezion fatta per l'ipotesi di sopravvenuto perimento del bene costituente oggetto di promessa di vendita in cui il definitivo concluso sarà nullo per impossibilità dell'oggetto ed il preliminare si scioglierà per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Tuttavia, di primaria importanza risulta altresì, stabilire in che modo incida sul definitivo l'invalidità del contratto preliminare.

E' vero che gli effetti tipici di invalidità si producono con riferimento vuoi al preliminare, vuoi al definitivo, se entrambi i negozi risultano affetti dal medesimo vizio, presentando il contratto definitivo lo stesso vizio affliggente il preliminare<sup>299</sup>.

Ne consegue che risulteranno affetti da nullità sia il contratto preliminare sia il definitivo aventi ad oggetto beni immobili entrambi stipulati in forma verbale, anziché per iscritto<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 161.

<sup>298</sup> Cfr. F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 141.

<sup>299</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 162.

<sup>300</sup> Cfr. G. Adilardi, *op. cit.*, p. 162.

In merito, va menzionata una impostazione dottrinale secondo la quale, atteso che il definitivo è dotato di una causa interna propria corrispondente a quella del contratto non preceduto da preliminare, i vizi del preliminare non potrebbero ripercuotersi sullo stesso<sup>301</sup>. Seguendo tale impostazione, i vizi del preliminare rilevanti sono quelli che attengono alla forma, alla capacità ed alla volontà<sup>302</sup>.

Secondo la tesi per cui il definitivo ha causa solutoria, la nullità del preliminare impedisce di giustificare la successiva attribuzione determinando la nullità del definitivo stesso per vizio causale.

In altri termini, qualora il vizio sia tale da comportare la nullità del contratto preliminare, considerato che la causa del definitivo si rinviene nella combinazione tra quella relativa alla tipologia contrattuale scelta dalle parti e quella solutoria propria della manifestazione finale di volontà, l'invalidità del preliminare rileverà necessariamente anche sotto il profilo della nullità del contratto definitivo<sup>303</sup>.

Sul punto si è sostenuto in dottrina, come sia affetto da nullità il contratto definitivo stipulato dalle parti nell'erroneo convincimento di dover dare esecuzione ad un preliminare in realtà nullo<sup>304</sup>.

*In primis*, va premesso come si tratti di invalidità allorché manchi (nullità) o sia viziato (annullabilità) un elemento essenziale o costitutivo del contratto.<sup>305</sup>

È vero che l'illiceità della causa o dell'oggetto del preliminare dà luogo a nullità contrattuale ex Art. 1418 C.C.<sup>306</sup>

E' vero, altresì, che l'Art. 1418 C.C. introduce nel nostro Ordinamento una regola di carattere generale, tale per cui questa forma di nullità virtuale discende dalla violazione di un norma imperativa afferente al contenuto obbligatorio del contratto.<sup>307</sup>

In merito, si evidenzia come tale articolato normativo indichi i casi in cui si può dire che un contratto sia nullo, senza tuttavia, escludere l'applicabilità di normative specifiche del settore che di volta in volta, vengano in rilievo.

Così, a titolo esemplificativo, il contratto preliminare di vendita di un alloggio costruito in aree per le quali il promittente acquirente sia privo del requisito reddituale previsto dall'Art.

---

<sup>301</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 143.

<sup>302</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., 143.

<sup>303</sup> Cfr. A. Adilardi, op. cit., p. 162.

<sup>304</sup> Cfr. A. Adilardi, op. cit., p. 162.

<sup>305</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p.149.

<sup>306</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 149.

<sup>307</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, in Contratto e impresa, 2006, p. 370.



2 del d.p.r. 30.12.1972, n.1035 per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, risulta affetto da nullità contrattuale, e ciò in virtù del combinato disposto degli Artt. 1418 C.C. e 35 XI comma della L. 22.10.71, n.865 che impone alle Cooperative Edilizie o ai singoli privati, come condizione per l'assegnazione in proprietà delle aree edificabili, la sussistenza dei presupposti previsti *ex lege*, tra i quali rientra appunto il requisito reddituale.

In altre parole, la nullità del contratto preliminare in esame deriva vuoi dalla violazione del disposto di cui all'Art. 1418 C.C., vuoi più specificatamente, dalla carenza dei requisiti previsti dal Legislatore con riferimento alla disciplina speciale dettata dal predetto in materia edilizia<sup>308</sup>.

Fermo restando che le condizioni di validità del preliminare non coincidono sempre con quelle relative al definitivo.

Infatti, sotto altro profilo, sempre con riferimento a negozi afferenti ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, la giurisprudenza ha chiarito che la sanzione di nullità di cui all'Art. 40 della L. n. 47 del 28.02.1985 risulta applicabile ai soli contratti ad effetti reali, giacché le relative previsioni non sono suscettibili di essere estese anche ai contratti ad efficacia meramente obbligatoria, tra i quali vanno annoverati i preliminari di vendita.

La giurisprudenza ha sottolineato come il contratto preliminare di vendita avente ad oggetto un alloggio di edilizia residenziale pubblica concluso durante la fase del divieto legale di alienazione, previsto dall'Art. 35, XV e XIX comma, L. 865 del 22.10.1971, sia valido ed efficace avendo natura obbligatoria e non traslativa, e ciò quando obblighi le parti a concludere l'atto di trasferimento dopo che l'immobile sia divenuto liberamente commerciabile, non potendo considerarsi il preliminare sospeso nella sua efficacia fino alla scadenza dell'indicato periodo<sup>309</sup>.

Per contro, il divieto di alienazione sarà pienamente operante, comportando, per conseguenza, l'invalidità del contratto preliminare, in ipotesi in cui lo stesso preveda la stipulazione del definitivo anteriormente alla scadenza del suindicato periodo decennale di inalienabilità del bene, non essendo consentito alle parti tramite accordo, aggirare il chiaro divieto normativamente imposto<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, op. cit., p. 370.

<sup>309</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., pp. 159 ss.

<sup>310</sup> Cfr. V. Farro, op. cit. p. 159.

E' stato sostenuto poi, che il contratto preliminare stipulato dall'assegnatario di un alloggio costruito da una Cooperativa Edilizia con il contributo dello Stato prima dello scadere del decennio dall'assegnazione, a mezzo del quale assume l'impegno a concludere il contratto con il quale il promissario acquirente ne acquisterà la proprietà, non risulta affetto da nullità per contrasto con norme imperative riportate nella normativa edilizia, anche quando venga pattuito tra i contraenti l'anticipato trasferimento del possesso del bene<sup>311</sup>.

Infatti, tale contratto non riveste efficacia reale, bensì e per contro meramente obbligatoria, non mutando il preliminare concluso tale natura nemmeno in caso di anticipazione degli effetti e, quindi, in tale ipotesi, di anticipato trasferimento del possesso del bene.

La sanzione di nullità di che trattasi, per contro, opererebbe solo nel caso in cui le parti avessero convenuto un immediato trasferimento del diritto di proprietà sul bene, vale a dire stipulando un definitivo nell'arco temporale in cui è fatto dal Legislatore divieto di alienazione del bene.

Del resto, non può essere revocato in dubbio come successivamente alla stipula del preliminare, possa intervenire la concessione in sanatoria di eventuali abusi edilizi commessi, con esclusione della sanzione di nullità per quanto concerne il successivo contratto definitivo di vendita<sup>312</sup>.

In ambito di preliminari di vendita di immobili da costruire, va rilevato come l'Art. 2 D.Lgs. n. 122 del 2005 indichi una forma di nullità correlata alla tutela dell'interesse dell'acquirente alla garanzia di restituzione di eventuali acconti versati se il costruttore-venditore non realizzi l'immobile<sup>313</sup>.

E' stato autorevolmente sostenuto<sup>314</sup> come la sanzione legislativamente prevista di nullità costituisca una seria minaccia per il costruttore, e ciò non tanto per il timore di non vendere l'immobile, bensì e per contro, per le problematiche che si pongono con quei clienti che siano litigiosi per natura e che, quindi, a fronte del rifiuto di praticare una riduzione di prezzo, possano minacciare una lite.

Il Legislatore ha avuto cura di limitare determinate forme di nullità a favore del promissario acquirente di immobili da costruire, potendosi accostare in tal senso, il predetto rimedio a quello della risolubilità, atteso che la legittimazione all'azione di risoluzione viene attribuita

---

<sup>311</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 161.

<sup>312</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 9849 del 24.04.2007.

<sup>313</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?* op. cit., p. 379.

<sup>314</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?* op. cit., p. 379.

*ex lege* esclusivamente al contraente deluso, non a quello infedele, essendo peraltro, preclusa al Giudice qualsivoglia declaratoria *ex officio* in materia<sup>315</sup>.

Ulteriore ipotesi rilevante di nullità è costituita dal comportamento del promittente venditore volto ad ostacolare il diritto di recesso di controparte o a non rimborsarle le somme da quest'ultima eventualmente versate anticipatamente, qualificabile secondo dottrina<sup>316</sup> come nullità per inadempimento con riferimento all'inadempimento all'obbligo di buona fede contrattuale consistente propriamente nel non pregiudicare i diritti attribuiti alla controparte vuoi dal contratto, vuoi direttamente dalla Legge.

La sanzione di nullità che qui viene in rilievo determinerà, conseguentemente, un effetto liberatorio per il promissario acquirente, con diritto alla restituzione di quanto anticipatamente versato.<sup>317</sup>

Sempre in tema di nullità del preliminare, e per quanto concerne propriamente l'oggetto, si stigmatizza come lo stesso debba rivestire i requisiti previsti dall'Art. 1346 C.C., dovendo essere possibile, lecito, determinato o determinabile ai fini della validità del contratto stesso.

Così, il contratto preliminare di vendita relativo ad un appartamento inserito in un edificio da costruire, qualora i contraenti non abbiano indicato il piano di riferimento, pur specificandone superficie e composizione, rimettendo al promittente alienante la scelta del piano e, quindi, del concreto appartamento messo in vendita, sarà affetto da nullità per indeterminatezza dell'oggetto.<sup>318</sup>

E' vero, altresì, che tra i requisiti prescritti dalla legge ai fini della validità del contratto preliminare, particolare rilievo assume il requisito formale.

In merito, va rilevato che i contratti preliminari di vendita di beni immobili richiedono la forma scritta *ad substantiam*, in base a quanto previsto dall'Art. 1351 C.C. secondo cui il preliminare deve rivestire la stesa forma prevista per il definitivo, in combinato disposto con l'Art.1350 C.C. che impone tale requisito formale con riferimento all'alienazione di beni immobili.

Sul punto, la giurisprudenza ha evidenziato che l'atto scritto di cui si tratta non possa essere rappresentato da qualsiasi documento da cui risulti in precedenza concluso un contratto di tale tipo, dovendo contenere una chiara ed inequivoca manifestazione di

---

<sup>315</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, op. cit., p. 381.

<sup>316</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, op. cit., p. 381.

<sup>317</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, op. cit., p. 381.

<sup>318</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 154.

volontà di concludere il contratto, con specifica indicazione della tipologia contrattuale di riferimento<sup>319</sup>.

E' appena il caso di precisare come il requisito in esame non sia richiesto esclusivamente per le clausole essenziali, quali l'indicazione dell'oggetto del contratto o la causa, bensì, anche riguardo a quelle secondarie<sup>320</sup>.

Conseguentemente, laddove non vi sia un specifica disposizione legislativa che imponga la forma scritta, troverà applicazione il principio di libertà della forma, tale per cui sarà valido il preliminare di mutuo stipulato oralmente, anche se le parti abbiano previsto per il contratto definitivo la forma dell'atto pubblico<sup>321</sup>.

In relazione al contratto preliminare di società, va rilevato come risulti nullo il contratto preliminare che non identifichi la tipologia di società da costituire, e ciò per indeterminatezza dell'oggetto ex Art. 1346 C.C.<sup>322</sup>

E' stato rilevato, altresì, che a tale lacuna non potrebbe sopperire il Giudice a mezzo di sentenza costitutiva atta a produrre gli stessi effetti del contratto non concluso, atteso che tale pronuncia può tenere luogo del contratto, ma non sostituirsi alle parti nella definizione del contenuto negoziale incompleto.<sup>323</sup>

Quanto alla forma, si è sostenuto che per il preliminare di società di capitali debba adottarsi la forma dell'atto pubblico in virtù del combinato disposto degli Artt. 1351 C.C. e 2332 C.C. che, al secondo comma, statuisce la nullità del contratto definitivo di società che non rivesta tale forma<sup>324</sup>.

La stessa giurisprudenza ha precisato sul punto, come con riferimento ad una società a responsabilità limitata, si richiede la forma dell'atto pubblico in ossequio alla regola di cui all'Art. 1351 C.C.<sup>325</sup>

Per quanto concerne invece, il contratto preliminare di società di persone, ai fini della validità dello stesso dal punto di vista del requisito formale, è stato precisato come per l'atto costitutivo non sia prescritto uno specifico onere formale, essendo la forma scritta necessaria al solo fine dell'iscrizione nel registro delle imprese, con conseguente invocabilità del principio di libertà della forma anche in relazione al contratto preliminare.

---

<sup>319</sup> V. Farro, op. cit., p. 154.

<sup>320</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 31.

<sup>321</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 31.

<sup>322</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 214.

<sup>323</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 16597 del 18.06.2008.

<sup>324</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 125.

<sup>325</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 125.

Unica precisazione: in ipotesi in cui il preliminare obblighi altresì, i contraenti al conferimento di beni per il cui trasferimento sia prevista la forma scritta, tale onere andrà rispettato ai fini della validità del contratto preliminare stesso<sup>326</sup>.

In realtà, la necessità della forma scritta riguarda solo il conferimento per il quale è prevista, potendo estendersi a tutto il contratto sociale solo in ipotesi in cui il bene, per il cui conferimento è necessario l'atto scritto sia essenziale per il raggiungimento del fine sociale.<sup>327</sup>

Analizzate, quindi, le relazioni intercorrenti tra preliminare e definitivo in relazione alla patologia contrattuale ai fini dell'adempimento, vanno ora esaminati i vari profili di inadempimento contrattuale ed i relativi rimedi, con particolare riguardo alla sentenza ex Art. 2932 C.C., nonché alla risoluzione per inadempimento del preliminare e al diritto al risarcimento del danno.

---

<sup>326</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 125.

<sup>327</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 5761 del 31.10.1981.

#### **4.4 La risoluzione per inadempimento del preliminare ed il risarcimento del danno.**

Nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra contratto preliminare e contratto definitivo, rileva il profilo giuridico afferente la tutela ed i rimedi concessi alla parte disposta ad adempiere a fronte dell'inadempimento della controparte.

Sul punto, mette conto evidenziare come l'inadempimento possa riguardare vuoi l'obbligo primario di contrarre assunto con il preliminare, vuoi gli obblighi eventualmente assunti dai contraenti di carattere strumentale alla conclusione del contratto definitivo.

A titolo meramente esemplificativo, se le parti avessero pattuito effetti anticipati, la mancata consegna del bene da parte del promittente alienante nelle more della conclusione del definitivo costituirà fattispecie di inadempimento contrattuale del predetto.

Il rimedio approntato dal Legislatore della risoluzione del contratto preliminare per inadempimento conseguirà quindi, tanto all'inosservanza dell'obbligo principale assunto con lo stesso, consistente nell'impegno a stipulare il contratto definitivo, quanto nell'eventuale inosservanza di obblighi strumentali o preparatori all'adempimento che possono configurarsi alla stregua di "inadempimento anticipato"<sup>328</sup>.

L'inadempimento del preliminare può dunque dare luogo oltre che al rimedio di cui all'Art. 2932 C.C., richiedendo al giudice una sentenza di natura costitutiva che produca gli stessi effetti del contratto non concluso, all'utilizzo di altri specifici rimedi approntati all'uopo dal Legislatore, tra i quali si annovera appunto, la risoluzione.

E' stato osservato in dottrina<sup>329</sup> come la risoluzione per inadempimento imputabile alla controparte debba essere riguardata con riferimento al principio secondo cui l'obbligazione assunta con il preliminare non risulta limitata e circoscritta alla mera assunzione dell'impegno alla stipula del definitivo, estendendosi, per contro, al bene della vita oggetto della complessiva negoziazione delle parti.

Infatti, in tal stregua, si osserva come inadempimento non sia solo il rifiuto alla prestazione del consenso alla stipula del definitivo, ma altresì, qualora si versi nell'ambito del

---

<sup>328</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 125.

<sup>329</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 190.

preliminare di vendita, la consegna di un bene difforme, privo delle caratteristiche e qualità convenute tra le parti<sup>330</sup>.

Se quindi, il promittente venditore assume, in sede di preliminare, l'obbligazione di effettuare la consegna del bene in un momento anteriore rispetto alla stipula del contratto definitivo, il predetto sarà tenuto ad adempiere esattamente la propria prestazione, consegnando un bene esente da vizi e/o difetti che lo rendano inidoneo all'uso a cui è destinato<sup>331</sup>.

In caso contrario, il promittente acquirente sarà legittimato a chiedere, atteso l'inadempimento del promittente alienante, a causa dei difetti del bene consegnato, la risoluzione del contratto preliminare.

La giurisprudenza ha precisato come l'obbligo della consegna immediata della cosa assunto dal promittente venditore nel contratto preliminare di vendita si configura come un'obbligazione a sé stante ed autonoma del preliminare stesso, non già come un'esecuzione anticipata del definitivo, tale per cui l'inosservanza dello stesso giustificherà quale inadempimento della parte, la domanda di risoluzione del preliminare svolta da controparte<sup>332</sup>.

In definitiva, una volta decorso il termine dilatorio di adempimento e divenuta in tal modo esigibile la prestazione dedotta, la parte che si sia dimostrata adempiente o che abbia offerto di adempiere la propria prestazione potrà agire, a seconda del proprio interesse che deve pur sempre essere connotato da concretezza ed attualità, chiedendo la sentenza costitutiva di cui all'Art. 2932 C.C., ovvero all'opposto, la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ex Art. 1453 C.C.<sup>333</sup>.

In virtù del disposto di cui all'Art. 1453 C.C., I comma, infatti : *“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 dl contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno”*.

Va sul punto precisato come il contraente “fedele” possa scegliere tra l'uno o l'altro rimedio, giacché la proposizione contestuale della domanda di risoluzione e di quella di adempimento è vietata, qualora siano formulate in forma congiunta, tale per cui valga il detto *“electa una via non datur recursus ad alteram”*.

---

<sup>330</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 190.

<sup>331</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 190.

<sup>332</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 3626 del 13.04.1999.

<sup>333</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 129.

Infatti, le due azioni vengono poste dal Legislatore sul medesimo piano ed assoggettate ai medesimi presupposti, richiedendo in entrambi i casi la colposità dell'inadempimento<sup>334</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare come ai fini di tale forma di risoluzione del contratto, la responsabilità della parte debba essere imputabile alla stesa quantomeno a titolo di colpa, se non di dolo, tale per cui non si farà luogo all'applicazione della norma in esame qualora emergano circostanze obiettivamente apprezzabili idonee a far escludere l'elemento psicologico<sup>335</sup>.

In ipotesi poi, di contratto preliminare di vendita di una pluralità di beni, si è evidenziato come dalla sola circostanza che il contratto definitivo abbia avuto ad oggetto solo alcuni di essi e non risulti che i contraenti abbiano in tal modo inteso espressamente limitare le obbligazioni assunte dagli stessi, il definitivo non potrà che configurarsi alla stregua di parzialmente e non integralmente adempiuto, essendo concesso alla parte non inadempiente, quindi, il rimedio della risoluzione del contratto<sup>336</sup>.

Di dirimente importanza risulta comunque l'ampliata tutela concessa al promissario acquirente in ipotesi di preliminare ad effetti anticipati, qualora lo stesso rilevi l'offerta di un bene immobile non conforme alle caratteristiche contrattualmente convenute, tale per cui in aggiunta al rimedio di cui all'Art. 2932 C.C., lo stesso potrà richiedere la riduzione del prezzo per vizi e difformità della cosa venduta, qualora non preferisca, invece, non avendo più interesse alla perduranza del rapporto e a dare esecuzione allo stesso, la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno.

In ipotesi in cui il contratto preliminare venga dichiarato risolto per inadempimento imputabile al promissario acquirente, va evidenziato come il predetto sarà tenuto a corrispondere al promittente venditore l'equivalente pecuniario corrispondente all'uso e al godimento del bene durante il lasso temporale intercorso tra consegna e restituzione<sup>337</sup>.

E' appena il caso di rilevare che secondo opinione consolidata in giurisprudenza, il contratto preliminare ad effetti anticipati non possa essere risolto per eccessiva onerosità sopravvenuta, atteso che quando le obbligazioni sinallagmatiche di consegna del bene e anticipazione di una parte del prezzo vengano anticipate al momento della stipula di preliminare, non può pretendersi la risoluzione dello stesso per eccessiva onerosità

---

<sup>334</sup> Cfr. V. Farro, op. cit. p. 179.

<sup>335</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 179.

<sup>336</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 179.

<sup>337</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 252.



sopravvenuta, considerato che la relativa disciplina è applicabile solo se l'alterazione dell'equilibrio economico delle prestazioni è successivo al loro adempimento<sup>338</sup>.

L'esperibilità di tale rimedio non risulterebbe, dunque, possibile atteso che l'anticipazione degli effetti determina come le prestazioni delle parti siano già state eseguite prima dell'evento che ha determinato lo squilibrio.

Anche con riferimento alla peculiare ipotesi di estrema rilevanza e frequenza pratica del preliminare di vendita di immobili da costruire, va evidenziato come sia offerta dal Legislatore una tutela invero piuttosto ampia, alla posizione del promissario acquirente.

E' vero che il promissario acquirente di un immobile da costruire, in ipotesi in cui il bene sia realizzato con vizi e/o difformità, che incidano sul suo valore potrà a sua scelta e a seconda dell'interesse che abbia, richiedere la risoluzione del contratto, ovvero esperire l'azione ex Art. 2932 C.C. contestualmente a quella di accertamento di vizi e difformità chiedendo per l'effetto, al promittente alienante la loro eliminazione in forma specifica o per equivalente, mediante riduzione del prezzo di acquisto<sup>339</sup>.

Va altresì, rilevato come nel settore del preliminare di compravendita di immobili da costruire, la Suprema Corte abbia sancito l'applicabilità del disposto di cui all'Art. 1489 C.C., in base al quale, in ipotesi in cui il bene risulti gravato da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento e non siano stati dichiarati nel contratto, il promissario acquirente possa richiedere la risoluzione del contratto, qualora non preferisca chiedere la riduzione del prezzo, e ciò anche qualora il preliminare di vendita di abitazioni costruite in difformità da provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori, quali la difformità dalla licenza edilizia<sup>340</sup>.

Sul punto, è stato osservato in dottrina come tale rimedio risulti appropriato quando sia stata data parziale esecuzione alle obbligazioni proprie del contratto definitivo ed in particolare all'obbligazione di pagamento di parte del prezzo della vendita<sup>341</sup>.

Parimenti, in base all'applicazione del disposto di cui all'art. 1482 C.C., in ipotesi in cui la cosa venduta risulti gravata da vincoli o garanzie reali che non rendano libero il bene, non conosciute dal promissario acquirente in buona fede, è riconosciuto a quest'ultimo il

---

<sup>338</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 252.

<sup>339</sup> Cfr. G. Adilardi, op. cit., p. 192.

<sup>340</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 252.

<sup>341</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 252.

rimedio della risoluzione del contratto unitamente al risarcimento del danno, qualora il bene non sia stato liberato dal peso eventualmente imposto sullo stesso<sup>342</sup>.

In sintesi essenzialmente in due ipotesi di fondamentale importanza, oltre che frequenza pratica, potrà essere richiesta immediatamente la risoluzione del contratto: a) in presenza di preliminare ad effetti anticipati se non si adempiano gli obblighi convenuti dalle parti da eseguire subito, quali il pagamento di parte del prezzo, attraverso il versamento di acconti, e la consegna del bene; b) in caso di grave difetto del bene tale da rendere superflua ogni attesa, come può accadere in caso di immobili privi del permesso a costruire, ovvero di aziende cui manchino specifiche autorizzazioni per l'esercizio delle relative attività<sup>343</sup>.

Sempre nell'ambito dei rapporti tra preliminare e definitivo, è stato autorevolmente osservato in dottrina<sup>344</sup> come in ipotesi in cui il contratto definitivo non esaurisca l'intero contenuto del preliminare, gli ulteriori diritti ed obblighi previsti in quest'ultimo non vengono meno *per relationem* essendo possibile esperire il rimedio della risoluzione parziale del contratto preliminare stesso, tale lettura essendo l'unica coerente con la sopravvivenza di alcuni solamente degli obblighi del preliminare.

Conseguenza automatica dell'intervenuta risoluzione consiste poi, nel conseguente diritto al risarcimento dei danni.

E' atto sostenuto in dottrina<sup>345</sup> come il *quantum* in tal senso dovuto in favore del promittente acquirente consista nella differenza tra il valore commerciale del bene ed il prezzo pattuito, differenza da calcolare al momento della proposizione della domanda, essendo in allora l'inadempimento contrattuale divenuto ormai definitivo.

Fermo restando che il fatto che la parte adempiente preferisca non chiedere la pronuncia di sentenza costitutiva, bensì e per contro la risoluzione contrattuale che è alternativa alla stessa, nonché il risarcimento del danno rivela un difetto di interesse stipulare il contratto definitivo rimasto inadempito<sup>346</sup>.

In caso di anticipata immissione nel possesso del bene da parte del promittente acquirente e di suo successivo inadempimento, va rilevato come al promittente alienante spetti il risarcimento del danno da liquidarsi anche secondo equità ex Art. 1226 C.C. considerata

---

<sup>342</sup> Cfr. E. Serrao, op. cit., p. 252.

<sup>343</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto* op. cit., p. 484.

<sup>344</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto* op. cit., p. 484.

<sup>345</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 130.

<sup>346</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 130.

la sostanziale incommerciabilità del bene nelle more tra la stipula del preliminare e del definitivo.

Proprio in ipotesi di preliminare ad effetti anticipati, occorre tenere conto degli effetti restitutori, sicché da parte del promissario acquirente, dovrà essere corrisposto l'equivalente pecuniario dell'uso e di godimento di bene dal momento della consegna a quello dell'effettivo rilascio, nel mentre, la restituzione del prezzo anticipato andrà restituita tenuto conto della rivalutazione monetaria, ma non degli interessi moratori<sup>347</sup>.

La giurisprudenza ha chiarito come la parte adempiente che richieda la risoluzione del contratto preliminare di compravendita per inadempimento del promittente venditore abbia diritto vuoi alla restituzione della somma anticipata in conto prezzo, attesa l'efficacia retroattiva della risoluzione, vuoi al risarcimento del danno comprensivo anche del deprezzamento della somma pagata<sup>348</sup>.

Così quest'ultima dovrà essere restituita con rivalutazione monetaria, poiché solo in quest'ultimo caso potrà dirsi che la parte sia stata obiettivamente posta nella situazione anteriore alla stipula del preliminare inadempito<sup>349</sup>.

E' vero, infatti, che la sentenza del giudice, nel liquidare i danni, non deve consentire un arricchimento in favore della parte adempiente, cionondimeno si richiede che la pronuncia ponga quest'ultima nella medesima situazione patrimoniale in cui si sarebbe venuta a trovare se vi fosse stato effettivo adempimento<sup>350</sup>.

Va precisato come si ritengano pacificamente non dovuti i danni imprevedibili, e ciò quando l'inadempimento non si configuri quale doloso, tra i quali rientrano incrementi di valore eccezionali dipendenti da accadimenti straordinari estranei al normale andamento del mercato<sup>351</sup>.

Per quanto concerne poi, il profilo relativo alla prescrizione, è stato osservato in dottrina come il decorso dello stesso inizi dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, e, quindi, dal verificarsi dell'inadempimento che legittima la risoluzione<sup>352</sup>.

---

<sup>347</sup> Cfr. F. Gazzoni, op. cit., p. 130.

<sup>348</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 181.

<sup>349</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 181.

<sup>350</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, op. cit., p. 490.

<sup>351</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, op. cit., p. 490.

<sup>352</sup> Cfr. G. Sicchiero, *Il contratto preliminare* in *Trattato del contratto*, op. cit., p. 490.

Quanto al contegno inadempiente del promittente venditore, la Suprema Corte ha ritenuto che la mancata consegna da parte dello stesso al momento del rogito notarile per la stipula del definitivo costituisca una forma di inadempimento grave allo stesso imputabile.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha statuito che il comportamento tenuto dalla parte che si sia presentata davanti al Pubblico Ufficiale senza aver provveduto all'accatamento dell'immobile e in assenza della relativa documentazione, ad esempio consistente in certificato di abitabilità e concessione in sanatoria, concretasse inadempimento grave<sup>353</sup>.

Sempre con riferimento al profilo risarcitorio, si evidenzia come assai di recente, la Corte di Cassazione abbia rilevato che il destinatario di una promessa di vendita se la cosa risulta gravata da vincoli reali della cui esistenza lo stesso non sia stato informato, potrà esercitare vuoi l'azione di risoluzione del contratto, vuoi in alternativa, il rimedio dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 C.C., in aggiunta all'*actio quanti minoris*, in entrambe i casi cumulativamente all'esercizio del diritto al risarcimento del danno<sup>354</sup>.

E' stato evidenziato in dottrina<sup>355</sup> come assai di frequente accada che le parti, addebitando l'una all'altra un inadempimento contrattuale, proponano contrapposte domande di risoluzione contrattuale.

In tal caso il giudice potrà accogliere l'una e rigettare l'altra, ma non gli sarà consentito di respingere entrambe e dichiarare l'intervenuta risoluzione consensuale del rapporto, atteso che una simile pronuncia si porrebbe in aperta violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'Art. 112 C.p.c., attraverso una regolamentazione del rapporto difforme rispetto a quella originariamente prevista dai contraenti<sup>356</sup>.

Nella delineata ipotesi, quindi, il giudice darà atto dell'impossibilità dell'esecuzione del contratto, provvedendo in ordine ai profili restitutori.

Preme ulteriormente rilevare come qualora le parti formulino domande diverse e financo opposte, l'una per l'adempimento, l'altra per la risoluzione del contratto, quest'ultima questione si ponga necessariamente in rapporto di priorità e logica, dovendo essere

---

<sup>353</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 25703 del 4.12.2006.

<sup>354</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 14988 del 07.09.2012.

<sup>355</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 182-183.

<sup>356</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 183.

esaminata anteriormente rispetto all'adempimento, non potendo darsi esecuzione ad un contratto che sia o debba essere risolto<sup>357</sup>.

La giurisprudenza ha in più occasioni chiarito al riguardo come in caso di contrapposte domande di esecuzione in forma specifica e di risoluzione per inadempimento del preliminare, al giudice si richieda una valutazione comparativa ed unitaria degli inadempimenti che le parti si sono addebitate al fine di stabilire se sussista, o meno, l'inadempimento che legittima la risoluzione contrattuale<sup>358</sup>.

In sintesi: il Legislatore ha provveduto ad introdurre nel nostro Ordinamento giuridico svariati rimedi a tutela della parte adempiente in ipotesi di inadempimento della controparte, rimedi che, pur essendo stati dettati in relazione al contratto definitivo, risultano positivamente applicabili anche al contratto preliminare, specie con effetti anticipati, e ciò secondo quanto sostenuto dalla dottrina e chiarito, in materia dalla giurisprudenza.

A tale conclusione si è giunti, peraltro, anche e soprattutto in ossequio alla necessità di tutelare in maniera il più possibile incisiva il promissario acquirente, specie in ipotesi in cui le parti abbiano convenuto di anticipare taluni effetti del contratto definitivo già in sede preliminare.

Quanto poi, alla scelta dell'uno o dell'altro rimedio, si stigmatizza come la stessa dipenda dall'interesse concreto ed attuale della parte adempiente a mantenere e dare esecuzione ovvero a sciogliere il rapporto contrattuale in essere con la controparte.

---

<sup>357</sup> Cfr. V. Farro, op. cit., p. 183.

<sup>358</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 9176 del 11.07.2000.

## CONCLUSIONI

Con il presente lavoro si è cercato di dare delle risposte ai seguenti quesiti.

1. E' ammissibile nel nostro ordinamento una fattispecie contrattuale ad effetti anticipati, dove con tale termine si intende una figura contrattuale che pur vincolando i contraenti non comporta in via immediata il trasferimento o la costituzione di un diritto reale?
2. Affermata l' ammissibilità di questa fattispecie , può successivamente essere qualificata come contratto preliminare?
3. Le obbligazioni che le parti assumono in sede di preliminare e che vengono definite come effetti anticipati, e cioè effetti che le parti decidono debbano prodursi fin da subito, senza attendere la pattuizione definitiva , sono giuridicamente compatibili con lo schema della contrattazione preliminare, così come delineata? In altre parole quali sono le prestazioni anticipabili, quindi compatibili con lo schema di preliminare? Quali non lo sono?
4. A quali tipologie di contratti definitivi può preludere il preliminare?
5. Affermata la tipizzazione della figura, come contratto preliminare ad effetti anticipati , ci si chiede se esso configuri un contratto tipico o atipico
6. Affermata la tipicità dello strumento negoziale, quindi la disciplina giuridica applicabile, ci si chiede come lo stesso interagisca con il definitivo, collateralmente si pone il problema di come la scissione, tra il momento della prestazione del consenso e la produzione dell'effetto traslativo, si possa armonizzare con il principio consensualistico.
7. Comprovato che è ammissibile la fattispecie contrattuale nominata ad effetti anticipati, e che tale fattispecie configuri un contratto preliminare ad effetti anticipati, che si tratta di un contratto tipico per cui è applicabile la disciplina in tal senso prevista dal legislatore, che l'unico effetto non compatibile con il relativo schema contrattuale è il trasferimento del diritto reale, da cui discende la considerazione che si tratta di un contratto ad efficacia obbligatoria, sia pure connotato da sfumature di realtà, vedi trascrizione...
8. Quali sono i rapporti fra preliminare e definitivo, considerati come realtà giuridiche autonome e distinte? Molteplici sono gli orientamenti dottrinali sull'individuazione del carattere distintivo, fattore che diventa critico ove ricorra l'inadempimento.
9. Quali sono i parametri in base ai quali si "misura" l'adempimento ?
10. Cosa si intende per inadempimento del preliminare ad effetti anticipati?
11. Quali le opzioni per il contraente adempiente, a fronte dell'inadempimento della controparte? Risoluzione per inadempimento e rimedio ex art.2932 C.C.
12. Nullità del preliminare ad effetti anticipati e ripercussioni sul definitivo.

# INDICE SOMMARIO

## Capitolo Primo

### IL CONTRATTO PRELIMINARE PURO E AD EFFETTI ANTICIPATI

1.1.	Nozione e natura del contratto preliminare.....	1
1.2.	Il contratto preliminare ad effetti anticipati.....	6
1.3.	La problematica giuridica afferente l'ammissibilità, nel nostro Ordinamento, del contratto preliminare ad effetti anticipati. Tipicità – atipicità.....	10
1.4.	La rilevanza dell'elemento causale. ....	14

## Capitolo Secondo

### IL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI. EFFETTI COMPATIBILI E INCOMPATIBILI.

2.1	Linee di demarcazione tra preliminare e definitivo.....	19
2.2	Cenni sul principio consensualistico ex Art.1376 C.C. ....	24
2.3	Analisi dei singoli effetti: compatibilità. ....	27
2.4	Profili di incompatibilità ....	31
2.5	Questioni interpretative. Compatibilità ed incompatibilità degli effetti della pattuizione ad esecuzione anticipata rispetto allo schema del contratto preliminare alla luce delle principali ricostruzioni ermeneutiche dottrinali e giurisprudenziali. ....	35

## Capitolo Terzo

### LE SINGOLE TIPOLOGIE DI CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI.

3.1	Preliminare di vendita di immobili da costruire.....	38
-----	--	----

3.2	Il contratto preliminare di società. ....	42
-----	---	----

#### Capitolo Quarto

#### ADEMPIMENTO E INADEMPIMENTO DEL PRELIMINARE

4.1	Adempimento del contratto preliminare puro e ad effetti anticipati. ....	52
4.2	Inadempimento del preliminare e rimedi. La sentenza costitutiva ex Art. 2932 C.C. ....	64
4.3	La patologia del contratto preliminare. ....	76
4.4	La risoluzione per inadempimento del preliminare ed il risarcimento del danno. ....	83
	Conclusioni .....	93
	Indice bibliografico .....	96



## INDICE BIBLIOGRAFICO

- ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 2008,
- ALESSI R., *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1972, II
- BALDUCCI D., *Cessione e conferimento d'azienda*, VIII Ed. FAG, Milano,
- BIANCA M., *Diritto Civile*, Vol 3, Il contratto, Milano, Giuffrè 2000
- CANNATA C. A., *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato*, Diretto da Rescigno, 9, UTET, Torino, 1984,
- CARINGELLA- DE MARZO, *Manuale di diritto civile, il contratto*, III Edizione, Giuffrè Editore, 2008
- CARRESI F., *Il contratto*, Milano, Giuffrè editore, 1987
- CENNI D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Cedam, Padova, 1998
- CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Digesto discipline privatistiche*, Torino, 1988,
- CORRIERE GIURIDICO, Monografie, Collana diretta da V. Carbone, Serie di diritto privato a cura di Guido Alpa, *Il contratto preliminare nella giurisprudenza*, Ipsoa, 2011,
- DE MATTEIS R., *La contrattazione del preliminare ad effetti anticipati*, *Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, CEDAM, Padova, 1991,
- FARRO V., *Il contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2006
- FERRANTE E., *Consensualismo e trascrizione*, Wolters Kluwer Italia, 2009
- GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano 1970
- GABRIELLI G. e FRANCESCHIELLI V., *“Il contratto preliminare”*, I Enc. Treccani, Vol IX, 1988
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, Seconda edizione, Milano, Giuffrè 2002
- GAZZONI F., *Contratto preliminare*, Giappichelli Editore, Torino, 2010
- GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, 1988
- GAZZONI F., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in Riv. not., 1997
- Il contratto*, a cura di Pasquale Fava, Giuffrè Editore, Milano, 2012,

LENER., *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè Editore, 1999

LUMINOSO A., *La compravendita, Corso di Diritto Civile*, Torino, Giappichelli Editore, 2008,

LUMINOSO A., *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995,

LUMINOSO A., CARNEVALI U., COSTANZA M., *Risoluzione per inadempimento*, Zanichelli Editore, Bologna, 1990,

MAGLI C., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, d.u.press, Bologna, 2009

MATTIONI M., *Il contratto preliminare di Società*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010

MESSINEO, *Il contratto in generale*, in Tratt. Cicu e Messineo, XXI, Milano, 1968

MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in Comm. Cod. Civ., Vol. IV, Torino, 1968,

MONTESANO, voce obbligo a contrarre, in Enc. Dir. Vol. XXIX, Milano, 1979

MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la realtà: dalla promessa di vendita al preliminare*, Giuffrè, 2007,

PALERMO G., *Contratto preliminare*, Cedam, 1991,

PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Cedam, Padova, 2000,

RASCIO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1967

RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Ipsoa, Milano, 2000

RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Messineo, Vol. XXIII, Milano, 1971,

SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, tomo II, Torino, 2004

SACCO, *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10

SERRAO E., *Il contratto preliminare*, 2011,

SERRAO E., *Contratto preliminare, in persona e danno*, a cura di P. Cendon .

SICCHIERO G., *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari* in AA.VV. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Commento al d. lgs. N. 122 del 2005, a cura di G. Sicchiero, CEDAM

SICCHIERO G., *Il contratto preliminare Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, III Volume

TOMMASETTI C. in *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, Sentenze annotate, con commento a Cass., SS.UU., sent. n. 12505 del 7.07.2004, in *Obbligazioni e contratti*, Novembre 2008

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2009

## INDICE CRONOLOGICO DELLE PRONUNCE

### CORTE DI CASSAZIONE

Corte di Cassazione, sent. n. 3136 del 7.10.1958.  
Corte di Cassazione, sent. n. 5761 del 31.10.1981.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 3001 del 13.05.1982.  
Corte di Cassazione, sent. n. 1990 del 30.03.1982.  
Corte di Cassazione, sent. n. 2204 del 5.04.1984.  
SS.UU. sent. n. 1720 del 27.02.1985.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 550 del 28.01.1986  
Corte di Cassazione, sent. n.2398 del 21.02.1986.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 176 del 14.01.1987.  
Corte di Cassazione Civile sentenza n.10752 del 29.10.1993.  
Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 8384 del 13.10.1994  
Corte di Cassazione, sent. n 12583 del 6.12.1995  
Corte di Cassazione, sent. n.5691 del 24.05.1995  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 5578 del 23.06.1997.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 3626 del 13.04.1999.  
Corte di Cass. sent. n. 239 del 14.04.1999.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 5132 del 19.04.2000  
Corte di Cassazione, sent. n. 8796 del 28.06.2000.  
Corte di Cassazione, sent. n. 9176 del 11.07.2000.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 12608 del 16.10.2001.  
Corte di Cassazione, sent. n. 15587 del 10.12.2001  
Corte di Cassazione, sent. n. 5635 del 18.04.2002.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 2864 del 26.02.2003  
Corte di Cassazione, sent. n. 24003 del 27 dicembre 2004.  
Corte di Cassazione, sent. n. 10490 dell'8.05.2006.

Corte di Cassazione Civile, sent. n. 16937 del 15.07.2006.  
Corte di Cassazione, sent. n. 25703 del 4.12.2006.  
Corte di Cassazione, sent. n. 9849 del 24.04.2007  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 16315 del 24.07.2007  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 17682 del 14.08.2007.  
Corte di Cassazione Civile, sent. n.,. 21587 del 15.10.2007.  
Corte di Cassazione, sent. n. 24150 del 20.11.2007.  
Cass. SS.UU., sent. n. 7930 del 27.03.2008.  
Corte di Cassazione, sent. n. 16597 del 18.06.2008  
Corte di Cassazione, sent. n. 8038 del 2.04.2009.  
Corte di Cassazione, sent. n. 25040 del 27.11.2009  
Corte di Cassazione, sent. n. 1652 del 26.01.2010.  
Corte di Cass., sent. n. 4863 dell'1.03.2010  
Corte di Cassazione Civile, sent. n. 13840 del 9.06.2010  
Corte di Cassazione, sent. n. 14988 del 7.09.2012.  
Corte di Cassazione, sent. n. 5033 del 28.02.2013.