



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Dottorato di Ricerca in

Persona e ordinamenti giuridici

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Andrea Nicolussi

Ciclo XXXI

S.S.D.: IUS/01

**AUTONOMIA PRIVATA
E CONTRATTO PRELIMINARE**

Tutor: Chiar.mo Prof. Carlo Castronovo

Tesi di dottorato di: Rosa Maria Alba Costanzo

Matricola: 4511584

Anno Accademico 2017 / 2018

*Che cosa c'è in un nome?
Quella che noi chiamiamo rosa,
anche chiamata con un'altra parola
avrebbe lo stesso odore soave.*

W. SHAKESPEARE, *Romeo e Giulietta*

INDICE

CAPITOLO I

Il contratto preliminare tra antiche resistenze e nuove frontiere.

1. Una premessa epistemologica: il ritorno alla purezza della forma p. 1
2. Dal *pactum* al *contractus*: alle origini del preliminare. p. 4
3. Il paradosso della nozione di “contratto preliminare” nel passaggio tra i due codici. p. 8
 - 3.1. Il preliminare e la promessa bilaterale di vendita nei lavori preparatori al codice vigente: un’occasione perduta. p. 16
4. La definizione (perduta) e la crisi della fattispecie. p. 22
 - 4.1. Verso una nuova definizione? Dal processo al diritto: un errore di prospettiva. p. 23
 - 4.2. *Segue*. Autorità *versus* libertà: il potere e l’obbligo. p. 32
 - 4.2.1. La dissoluzione del preliminare. p. 38
 - 4.3. La trasformazione del preliminare di vendita in altro da sé: un’indebita creazione dottrinale. p. 43
 - 4.3.1. Riflessioni critiche. p. 48
 - 4.3.2. La ricostruzione della fattispecie a partire dal diritto positivo. p. 64
5. Quando il diritto comparato illumina il diritto interno: l’apparente contraddizione tra contratto preliminare, principio consensualistico e principio di separazione. p. 77
6. Conclusioni: dal preliminare ai preliminari (di vendita). p. 83

CAPITOLO II

Contratto preliminare e realtà sociale: esiti infelici dell’incontro-scontro tra diritto positivo e diritto vivente.

1. Premessa. p. 94

Sezione I

Quando il preliminare diventa definitivo:
il preliminare di vendita con effetti *definitivi* anticipati.

2. I mobili confini dell'autonomia privata: entro e oltre l'art. 1376 c.c. p. 98
3. Il preliminare di vendita con effetti *definitivi* anticipati. p. 103
- 3.1. Dalla prassi al diritto: il *favor* della dottrina. p. 108
- 3.2. *Segue*. La decisione cauta (ma irrisolta) della giurisprudenza.
p. 116
- 3.3. *Segue*. La risposta ambigua del legislatore. p. 123
4. Dubbi e perplessità intorno al "preliminare con effetti *definitivi* anticipati".
p. 127
5. Verso un nuovo modello di vendita? p. 145

Sezione II

Quando il preliminare diventa precontratto:
il preliminare di preliminare.

6. La formazione del contratto e la triade precontratto, preliminare, definitivo. p. 148
7. Il preliminare di preliminare: una figura controversa. p. 153
- 7.1. Autonomia privata procedimentale: *quid iuris?* p. 162
- 7.2. Dalla nullità per difetto di causa alla riscoperta utilità: pura illusione? p. 172
8. Un tentativo di riordino. p. 177

CAPITOLO III

**La natura del contratto preliminare e la debolezza dei confini
tra intese precontrattuali e contratto definitivo:
un instabile equilibrio.**

1. Il preliminare quale contratto: <i>factum e faciendum</i> .	p. 182
1.1. L'incertezza della funzione economica del preliminare: autonoma o derivata (dal definitivo)?	p. 187
2. Ambito di applicazione potenziale e reale del contratto preliminare.	p. 193
2.1. Il preliminare di donazione e la tutela della spontaneità: un ostacolo apparente.	p. 195
2.2. Il preliminare di contratto reale tra diritto e rapporti di cortesia.	p. 201
3. L' <i>iter</i> di formazione del contratto: dalle trattative al preliminare, dal preliminare al definitivo.	p. 211
 <i>Indice delle opere citate</i>	 p. 215

CAPITOLO I

Il contratto preliminare tra antiche resistenze e nuove frontiere

SOMMARIO: 1. Una premessa epistemologica: il ritorno alla purezza della forma. – 2. Dal *pactum* al *contractus*: alle origini del preliminare. – 3. Il paradosso della nozione di “contratto preliminare” nel passaggio tra i due codici. – 3.1. Il preliminare e la promessa bilaterale di vendita nei lavori preparatori al codice vigente: un’occasione perduta. – 4. La definizione (perduta) e la crisi della fattispecie. – 4.1. Verso una nuova definizione? Dal processo al diritto: un errore di prospettiva. – 4.2. *Segue*. Autorità *versus* libertà: il potere e l’obbligo. – 4.2.1. La dissoluzione del preliminare. – 4.3. La trasformazione del preliminare di vendita in altro da sé: un’indebita creazione dottrinale. – 4.3.1. Riflessioni critiche. – 4.3.2. La ricostruzione della fattispecie a partire dal diritto positivo. – 5. Quando il diritto comparato illumina il diritto interno: l’apparente contraddizione tra contratto preliminare, principio consensualistico e principio di separazione. – 6. Conclusioni: dal preliminare ai preliminari (di vendita).

1. Una premessa epistemologica: il ritorno alla purezza della forma.

Nel passaggio dal moderno al *post-moderno*¹ si assiste per il mondo del diritto all’avvento di una nuova epoca che, abbandonato ogni sforzo di razionalizzazione del sistema, « predil(ige) [...] il molteplice non coordinato, ove l’immediatezza di visione del reale si accontenta di sé e non riesce o non vuole ascendere a cogliere i nessi di simiglianza che consentono l’opera sistematica come costruzione di quei legami di apparentamento e ascrizione a classi o categorie unificanti, i quali sono bensì artificiali ma necessari se l’osservazione non voglia finire nella pura descrizione »².

¹ L’espressione “diritto *post-moderno*” evoca quel movimento letterario nato negli anni Trenta del secolo scorso – di cui assume la medesima denominazione – per superare quello “moderno” che lo aveva preceduto e rispetto al quale il prefisso « post » intende porre in risalto, secondo l’uso oggi invalso, la sensibilità verso il nuovo (S. MAZZARESE, *La cultura del postmodernismo giuridico: considerazioni a margine di un volume recente*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 529 s.), aspetto in sé non deprecabile fin quando non si giunga alla sua assolutizzazione e all’idea, che ne è la conseguenza, di considerare vetusto e pertanto superabile quanto invece sarebbe opportuno conservare.

² C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 28, testo e nt. 32: è questa la manifestazione dello spirito antisistematico del diritto *post-moderno*.

Tale modo di procedere « lascia spazio ad atteggiamenti maggiormente dipendenti dal contingente e dal frammentario » onde « l'idea cede il campo alla prassi »³ e il giurista *post-moderno*, mosso « (dal)l'ansia del risultato », è « ind(otto) a mettere insieme corrvivamente ingredienti che si sovrappongono in maniera non necessaria »⁴, nell'erroneo presupposto che il diritto, nel quale tradizionalmente si riconosce la *veste della realtà economica*⁵, non sia più in grado di rincorrere⁶ e dar forma giuridica ad una realtà che si rivela sempre più variegata e complessa, dimenticando che gli ordinamenti si prendono carico di tutto questo, e infatti è intrinseca alla norma giuridica la « pretesa [...] di dominare l'imprevedibile »⁷.

L'occhio del giurista *post-moderno* viene così annerchiato dall'attenzione rivolta al fatto nell'intento di dare risposte efficienti agli interessi dei consociati che vi afferiscono, risultato al quale giunge anche qualora la soluzione che a tal fine si prefigura – e infine accoglie – non trovi altro fondamento che in se stessa⁸, per cui la norma positiva, « la sola fornita del carattere essenziale del diritto che è l'effettività, cioè la capacità di imprimere una forma alla realtà »⁹, perde la sua

³ A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1214.

⁴ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 113.

⁵ G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Romano*, I, Padova, 1940, p. 222.

⁶ Ciò vale indistintamente per gli ordinamenti di *civil law* e di *common law*: nei primi l'unità del sistema è affidata al rispetto della legge scritta, nei secondi ai precedenti giudiziari di cui le Corti fanno applicazione nel decidere i *cases*. In questi ultimi, infatti, pur mancando una norma di legge scritta, la giurisprudenza si mostra cauta nel discostarsi dai precedenti e, come ricorda G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, p. 64, ove lo faccia avviene solo rispetto a singoli elementi, così favorendo l'aggiornamento, il miglioramento e l'adattamento del diritto ai tempi nuovi, pur senza sovvertirlo.

⁷ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38.

⁸ *Op. ult. cit.*, p. 4. Una soluzione che derivi da un'interpretazione del dato normativo dalla prospettiva del fatto, infatti, rende il diritto arbitrario, in contrasto con la sua missione ordinante, suggerita dall'origine etimologica del termine (la parola *diritto* deriva dal latino *directum*, participio passato di *dirigere*, che implica l'emissione di un ordine: P. SCHLESINGER, *Linguaggio e diritto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 397), e irrazionale perché rifiuta ogni forma di astrazione (cfr. C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 294 s.; N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' intorno a regole, principi e norme*, Napoli, 2015, spec. p. 53).

⁹ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, p. 475.

natura di *medium* rispetto alla realtà economica¹⁰, perché espressamente o tacitamente ignorata, ovvero funzionalizzata ad uno scopo che aprioristicamente e al di là di ogni rigore metodologico ci si propone di raggiungere ad ogni costo, anche qualora tale costo sia il più caro che un ordinamento possa essere disposto a sopportare: la perdita dell'unità.

È questo l'epilogo cui si è giunti nei nostri tempi, efficacemente rappresentato dall'immagine triste ma non arresa di un diritto civile eclissato che nel buio in cui oggi vive si è tramutato in *fattuale*¹¹, in attesa del « dopo dell'eclissi (che) non potrà che essere il recupero del sistema »¹².

Ma, affinché si addivenga a tale recupero, si rende necessaria un'inversione di prospettiva, un ritorno all'astrattezza e al formalismo di cui ogni ordinamento si nutre¹³, perché il diritto vive nel presente del tempo in cui si applica e in funzione di tale momento il passato, di cui la norma è il precipitato storico, deve essere compreso¹⁴. È in ragione di ciò che, come ci è stato insegnato da Emilio Betti, la norma « prevede in astratto e in generale una data ipotesi di fatto o fattispecie » e « dispone un correlativo trattamento giuridico »¹⁵. È la sua natura astratta e generale che ne garantisce la continuità, perché « la fattispecie è *species facti*, il *Tatbestand* della dottrina tedesca, descrizione o immagine, non di un fatto già accaduto e quindi accertabile mercé un giudizio storiografico, ma di un fatto futuro o di una

¹⁰ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 156.

¹¹ P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 11, 16, 20 spiega che l'espressione adoperata si riferisce alla capacità dei fatti di condizionare il diritto e di plasmarlo, dacché deriva l'abbandono per quell' « armamentario teorico » la cui astrattezza valeva a garantire la sovraordinazione del diritto al fatto. Come osserva A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, cit., p. 1214, è la purezza della forma giuridica che, come la stella cometa per i re magi, dovrebbe tracciare il sentiero che il giurista deve seguire nel dar forma alla realtà.

¹² CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 10.

¹³ C. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 687. Ma affinché tale tentativo non si riveli vano è necessario che il giurista abbia consapevolezza del problema e la volontà di ripristinare la razionalità dell'ordinamento (IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 55), il che dovrebbe sollecitarlo ad adottare un pensiero giuridico sobrio e a suggerire delle linee di ricomposizione del sistema (CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 9 s.).

¹⁴ L. MENGONI, *Diritto e tempo*, Milano, 1998, p. 641.

¹⁵ *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 4.

classe di fatti futuri, che la norma considera dotati di un qualche grado di probabilità »¹⁶.

Eppure il diritto *post*-moderno ha ritenuto di poter prescindere dalle fattispecie disegnate dal legislatore, su cui si regge l'intero sistema civilistico, reputendole non più valide o trascurabili¹⁷, ovvero di poter continuare a farvi riferimento, pur quando non ricorrano gli elementi di cui la fattispecie astratta si compone, attribuendo ad esse un significato diverso da quello che il legislatore ha inteso riconoscerli¹⁸, così dimenticando che « al dato formale [...] (pertiene) il compito di ricondurre alla sua originaria purezza un istituto che una realtà economica distorta e spregiudicata abbia per avventura “inquinato” »¹⁹.

Molteplici sono gli istituti che di tale *modus procedendi* sono stati vittime innocenti sotto l'egida di una giurisprudenza e di una dottrina incapaci di proteggerli²⁰; tra questi il contratto preliminare.

2. *Dal pactum al contractus: alle origini del preliminare.*

Si tratta di una fattispecie contrattuale nata nella realtà sociale, alla quale Heinrich Thöl diede per primo forma giuridica²¹, denominandola *Vorvertrag*.

¹⁶ IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 38. La fattispecie è l'antecedente logico-giuridico dell'effetto (ovvero del mutamento che si realizza tra la situazione finale e quella di partenza), per il prodursi del quale devono ricorrere nel caso concreto quei caratteri della fattispecie giuridicamente rilevanti – dai quali dipende il prodursi dell'effetto – che prendono il nome di requisiti dell'atto (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 215 s.; P.G. MONATERI, *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 224), secondo la tecnica della sussunzione della fattispecie concreta nella previsione astratta della legge (IRTI, *op. ult. cit.*, p. 39).

¹⁷ C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 782.

¹⁸ Il diritto *post*-moderno persiste nell'uso delle categorie, ma, funzionalizzandole rispetto al caso da decidere e agli interessi da soddisfare, *le deforma e le riconforma* (CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 2, 4), senza riuscire nell'intento di distaccarsi dall'età moderna mediante l'abbandono della dogmatica che a tali categorie è essenzialmente avvinta (CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 295). Al naturale evolversi della realtà sociale, infatti, il giurista dovrebbe reagire applicando le categorie in modo coerente al loro essere o, al più, creandone di nuove dotate di un significato proprio, non sono dunque le categorie a dover essere rimodellate, come sostiene N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 4 s.

²⁰ CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 295.

²¹ *Trattato di diritto commerciale*, Göttingen, 1847, trad. it. di A. Marghieri, Napoli, 1875, I, p. 153, 219 s. La figura elaborata da Thöl è l'espressione di un sapere moderno che si libera delle reminiscenze romanistiche, seppure care all'ordinamento tedesco che sulle sue fondamenta ha costruito il proprio diritto, per scoprire sentieri ancora inesplorati. Tuttavia, sia in Germania sia in Svizzera, ampie furono le critiche sollevate rispetto alla configurazione della nuova fattispecie e,

Etimologicamente la parola nasce dall'anteposizione del prefisso *Vor-* (prima) al sostantivo *Vertrag* (contratto), dalla cui unione nasce il termine che ha segnato la fortuna del preliminare e ciò nonostante la sua imprecisione e ambiguità, significando letteralmente “soltanto un contratto che precede un altro contratto” e non anche che sia diretto alla conclusione di un contratto successivo²². Ma se da un lato questa imprecisione può considerarsi esito naturale della formazione d'espressioni tecniche nuove²³, dall'altro la natura convenzionale del linguaggio fa sì che al significante possa attribuirsi un significato che, pur non intrinseco ad esso, rientri nel novero delle possibili interpretazioni ricavabili dall'analisi delle parole²⁴ e che, una volta acquisito, ad esso ci si riferisca ogni qual volta del termine in questione si faccia uso nel significato tecnico – giuridico nel caso nostro – che ha acquisito.

E così, da Thöl in poi la parola *Vorvertrag* ha assunto nel diritto il significato di “contratto che obbliga alla conclusione di un contratto successivo”²⁵, definizione recepita più tardi da Leonardo Coviello²⁶, che l'ha tradotta nel corrispondente italiano *contratto preliminare*, venendo a sostituire quella usualmente adoperata nella prassi di *pactum de contrahendo*²⁷. La formula latina non deve trarre in

in particolare, alla sua utilità, nonostante nel secondo dei due ordinamenti ricordati, diversamente dal primo, il preliminare ha trovato – e trova tuttora – riconoscimento giuridico. Di tali critiche opera un'ampia ricognizione R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 5 s., nt. 8.

²² B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino 1925, § 310, p. 205, nt. 1^a. Per queste ragioni la dottrina tedesca reputa l'espressione *unzutreffend* (inappropriata), sul punto v. I. MOSCHELLA, voce *Contratti preliminari*, in *Nuovo dig. it.*, IV, 1938, p. 22, e ampie critiche vennero altresì sollevate dalla dottrina italiana (sulle quali v. oltre, par. 3). Tuttavia, come si afferma nel testo, ogni parola va definita e ciò vale altresì per quella di cui si tratta.

²³ *Ibidem*.

²⁴ MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 472. È questa la naturale *consecutio* dell'ineliminabile margine di equivocità del linguaggio segnalata da V. TAVORMINA, *Diritto e processo rivisitati*, in *Jus*, 2013, p. 62, di cui il giurista deve mostrarsi consapevole, ricordando altresì che nel diritto la scelta del linguaggio non è mai neutra e pertanto essa stessa deve essere oggetto di indagine perché è la parola, cui ogni uomo – e il giurista *a fortiori* – è imprigionato (C. SCHMITT, *Glossario*, a cura di P. Dal Santo, Milano, 2001, 19 maggio 1950, p. 420), che consente l'instaurarsi e il perpetuarsi di tutte le forme di vita sociale, come ben illustrato da SCHLESINGER, *Linguaggio e diritto*, cit., p. 394, 395, 403.

²⁵ *Le Pandette* di Windscheid, cit., § 310, p. 205, recepiscono tale definizione, qualificando il *Vorvertrag* « il contratto col quale si assume l'obbligazione di concludere un contratto principale ».

²⁶ *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, p. 11, che definisce il preliminare « il contratto che ha per oggetto un futuro contratto obbligatorio »

²⁷ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., § 310, p. 205, nt. 1^a.

inganno l'interprete, come talvolta è avvenuto, circa le sue origini, perché, com'è noto, era comune ai giuristi dei tempi passati adoperare la lingua dei nostri padri per dare un nome a nuove categorie²⁸ ovvero evocare istituti in qualche modo affini a quelli moderni, in un ideale di continuità ininterrotta tra il diritto privato vigente e il diritto privato romano di cui il primo è sì un aggiornamento²⁹, ma integrato dalle nuove scoperte, tra cui appunto il preliminare. Ragionando in tal modo si rischia di cadere in un esercizio teorico fine a se stesso e, in quanto tale, privo di pregio³⁰, poiché a nulla vale speculare sulle origini storiche di un istituto qualora tali origini non è dato rinvenire in ragione della novità della scoperta di cui si tratta.

Così, può ritenersi una forzatura il richiamo al *pactum de contrahendo*, perché le Fonti che vi si riferiscono per nulla lo intendono come contratto che obbliga alla conclusione di un contratto successivo, giacché il *pactum* è fattispecie altra dal contratto³¹ e quel che precede quest'ultimo o è esso stesso contratto o è un *nudum pactum* ovvero, se unilaterale, una *nuda pollicitatio*³². Potremmo dire, allora, adottando una terminologia moderna a noi più familiare, che nel diritto romano prima del contratto potevano aversi mere intese precontrattuali, in quanto non si ammetteva che il prestare il consenso potesse essere oggetto dell'adempimento di un'obbligazione, il che avrebbe eliso la natura negoziale del *contractus*, manifestazione della volontà dei contraenti, che tale è se e finché libera.

²⁸ Tipico è l'esempio della *culpa in contrahendo* scoperta da R. v. Jhering, categoria la cui denominazione latina è stata adottata anche dal legislatore europeo nel reg. 11 luglio 2007 n. 864, noto come Roma II (seppure oggi si rivela l'improprietà dell'espressione, essendo il suo fondamento la buona fede e non più la *culpa*: CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 131; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 329, ID., *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili"*, cit., p. 524; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 661).

²⁹ CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 21.

³⁰ Perché, come rileva C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 325, la chiarificazione dogmatica, ove si riduca ad un mero esercizio accademico, è come tale da evitare.

³¹ La distinzione era nota al diritto romano pre-giustiniano che identificava il *contractus* col negozio dotato di *causa civilis*, rappresentata da una forma determinata, da una data prestazione, da uno speciale riconoscimento del diritto civile e onorario ovvero da « tutto ciò che all'infuori del semplice consenso i romani ritenevano necessario alla perfezione del contratto »; il *pactum* in una semplice manifestazione del consenso, non obbligatoria (cfr. A. SACCHI, *Contratto*, in *Dig. it.*, Milano-Roma-Napoli, 1898-1900, p. 233).

³² P. FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1954, p. 684.

Frutto di un'indebita forzatura deve altresì ritenersi la tesi secondo cui la *stipulatio* costituirebbe l'antecedente storico del contratto preliminare³³, perché la sua funzione altra non fu che quella di estendere ai *cives* il potere di vincolarsi ad una forma contrattuale non solenne, diversa da quella richiesta dal *ius civile*, e avente forza obbligatoria, come avveniva già tra i *peregrini*³⁴.

Le resistenze nutrite verso il preliminare nella tradizione romanistica possono allora ricondursi ad una duplice *ratio*: l'una sostanziale, la pretesa inconciliabilità tra il *volere il contratto* e l'obbligo di concluderlo; l'altra formale, l'assenza di tale *contractus* tra quelli tipici e unicamente ammessi, a cui, come abbiamo rilevato, la *stipulatio* non è capace di sopperire. L'affermarsi del principio della libertà del volere, inteso quale « espressione della forza creatrice di effetti e di vincoli della volontà »³⁵, di cui la categoria del negozio giuridico elaborata dalla Pandettistica è manifestazione, favorì il superamento di tali obiezioni³⁶, la seconda delle quali, tuttavia, ritornò a far discutere la nostra dottrina in anni relativamente recenti, in ossequio all'idea secondo cui se l'obbligo esclude il volere e non può esservi un contratto che non sia libera manifestazione della volontà del suo autore, obbligare a *contrahere* sarebbe una contraddizione³⁷.

³³ A. SACCHI, *Contratto*, in *Dig. it.*, Milano-Roma-Napoli, 1898-1900, p. 211; COVIELLO, *Contratti preliminari*, cit., p. 24; N. VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Torino, 1995, p. 6.

³⁴ Invero, se la *stipulatio*, al pari del preliminare, fosse stata intesa nel diritto romano quale contratto che obbliga alla conclusione di un contratto successivo, la funzione di semplificazione rituale che mirava ad assolvere sarebbe stata vanificata, perché le forme solenni richieste per il contratto tipico avrebbero dovuto essere comunque osservate nel momento in cui, adempiendo la prestazione di concludere il definitivo, le parti avrebbero dovuto darvi esecuzione. È dunque erroneo ritenere che il *pactum de mutuo dando*, cui generalmente si fa riferimento quale esempio di preliminare di matrice romanistica, obbligasse nel mondo romano alla conclusione del mutuo, essendo esso stesso fonte delle obbligazioni che dal mutuo discendono, a prescindere dalla consegna, elemento che il mutuo esige (ed esige ancora nel nostro ordinamento *ex art. 1813 c.c.*) in quanto contratto reale. La *stipulatio* libera infatti le parti dell'obbligo di osservare le ritualità che connotano i contratti nel diritto romano, aprendo un varco verso quella che nel diritto comune diverrà la libertà contrattuale.

³⁵ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, tr. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1925, p. 202.

³⁶ Col giusnaturalismo si teorizzarono nuovi principi in materia contrattuale e, in particolare, il *potere di autovincolarsi con la propria volontà* (A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 177).

³⁷ Sottesa a tale tesi vi è l'idea secondo cui l'atto negoziale è compiuto dal soggetto *come vuole e se vuole* (L. CARIOTA FERRARA, *Sulla « definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere »*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 324): da qui l'inconciliabilità con l'obbligo perché il negozio che sia in pari tempo atto di adempimento perde

Il recupero di tali reminiscenze, di cui meglio diremo in seguito, non impedì tuttavia il crearsi delle condizioni favorevoli perché prendesse avvio un'età di maggior fortuna per il preliminare rispetto a quella che ne aveva segnata la nascita, e per vero così deve ritenersi se si volge lo sguardo alla realtà effettuale³⁸, mentre dalla prospettiva del diritto il preliminare ha continuato e continua ancora oggi ad essere una fattispecie tormentata, la quale agita pratici e teorici alla ricerca della formula che sia meglio in grado di definirlo.

3. *Il paradosso della nozione di “contratto preliminare” nel passaggio tra i due codici.*

Il passaggio del preliminare da contratto atipico a tipico, dal diritto vivente³⁹ al diritto positivo, è avvenuto nel nostro ordinamento contestualmente al passaggio dal codice del 1865 al codice del 1942⁴⁰. Nato sotto la vigenza del primo quale

il suo fondamento (la volontà). Ma nel momento in cui gli ordinamenti giuridici riconoscono il principio della libertà del volere che I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it. P. Chiodi, Bari, 1980, p. 76, definiva « legge a se stessa », allora i consociati non dovrebbero trovare limiti nell'esercizio della loro autonomia al di fuori di quelli legalmente posti o che ci si è volontariamente dati, perché il volere diviene vincolante e vincolabile da colui che ne è titolare.

³⁸ Il *favor* manifestato dal mercato verso il preliminare si giustifica in ragione della novità che ha rappresentato, consentendo alle parti che volessero una certa operazione economica di posticiparne la realizzazione disponendo di un lasso di tempo nel quale procurarsi le risorse necessarie all'adempimento delle prestazioni derivanti dal definitivo ovvero di esercitare un controllo sulle sopravvenienze (F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 11 s.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 32; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 434, 436). Interessi analoghi vennero riconosciuti al *Vorvertrag* dalla dottrina tedesca, per la quale cfr. R. SPECIALE, *Il contratto preliminare e intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 111; M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, p. 111.

Le figure che tradizionalmente si richiamano in ragione di una pretesa affinità col preliminare, l'opzione e la prelazione, già previste sotto il codice previgente, non erano di per sé in grado di soddisfare gli interessi che i contraenti, mediante la nuova fattispecie, intendevano realizzare perché l'opzione non obbliga le parti alla realizzazione dell'affare, ma assoggetta una parte alla scelta dell'altra, mentre dalla prelazione non discende un obbligo di contrarre, bensì di preferire il prelazionario agli altri potenziali contraenti, quando e se il concedente vorrà concluderlo.

³⁹ L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, p. 19, riconduce il diritto vivente tra le fonti del diritto perché esso « non è formulato in testi normativi, ma è pur sempre determinato dalla legge » trattandosi dello « stesso diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza » in forza di un orientamento costante ovvero che sia frutto di « una serie continua di pronunce uniformi » (p. 22).

⁴⁰ A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, p. 518, annovera il riconoscimento del contratto preliminare tra le novità introdotte dal codice vigente, di cui può ritenersi ispirazione « il superamento dell'impianto individualistico del contratto di stampo ottocentesco (quando alla “signoria della volontà” subentrano, o meglio si affiancano, i diversi criteri della correttezza, dell'equità e della buona fede) si accompagna all'apertura di nuovi spazi

contratto innominato *ex art.* 1103, acquisì in seguito tipicità sul piano sociale⁴¹, attirando l'attenzione della dottrina, della giurisprudenza e infine del legislatore.

Leonardo Coviello, che per primo si interessò del suo studio, nella sua monografia *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano* si chiede « ma quale sarà il *nomen juris* da dare a tale specie di convenzione? »⁴². Sottesa alla domanda vi è l'esigenza di definire, ovvero, parafrasando Leibniz⁴³, di spiegare il significato del termine giuridico di cui si tratta, sì da garantire la certezza del diritto o – più verosimilmente – un grado tollerabile di incertezza⁴⁴. Così, recependo gli insegnamenti de “i moderni tedeschi”⁴⁵, Egli per primo definisce *preliminare* « (il) contratto che ha per oggetto un futuro contratto obbligatorio »⁴⁶, senza eccedere in trasgressioni linguistiche o nozionistiche rispetto all'omologo istituto già noto agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco, cui si trattava di dare riconoscimento anche in Italia. Nonostante l'atteggiamento cauto dell'autore, da parte della nostra dottrina non mancarono di manifestarsi i dissensi verso il *nomen iuris* e la definizione data al nuovo istituto⁴⁷, sviluppatasi in continuità, ma autonomamente,

lasciati all'autonomia contrattuale e a quel “diritto dei privati” teorizzato in particolare da W. Cesarini Sforza ». E pure secondo MAZZAMUTO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 315 s., la prima scelta compiuta dal legislatore nel riconoscere il contratto preliminare è stata ammettere che l'esercizio del potere possa essere oggetto di un'obbligazione.

⁴¹ Cfr. G. ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, p. 56. La natura di contratto socialmente tipico è il riflesso della capacità di tale fattispecie di soddisfare interessi diffusi, capacità che secondo N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 177, è il tratto comune dei “nuovi” contratti atipici, comune al preliminare.

⁴² *Op. cit.*, p. 10.

⁴³ Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae, 1667, trad. it. di C.M. DE IULIIS, Milano, 2012, p. 52 s.

⁴⁴ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 53.

⁴⁵ COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 10: il riferimento è in particolare a Thöl.

⁴⁶ Come chiarisce l'A., con tale nozione non si intendeva escludere che il futuro contratto potesse produrre effetti traslativi, bensì riconoscere alla fattispecie una fisionomia propria, evitando di cadere in fraintendimenti e anticipando la possibile obiezione – peraltro oggi ineccepibile (l'obiezione è prospettata dall'A. poiché sotto il c.c. del 1865 si riconosceva natura contrattuale all'adempimento, tesi che oggi è stata superata, dando rilievo a quelle norme del codice vigente che tale natura escludono, in particolare l'art. 1191) – secondo cui « se ogni contratto ha per iscopo l'adempimento, e la *solutio* è anch'essa un contratto [...] si potrebbe dire che in fin delle fini tutt'i contratti hanno per oggetto la conclusione di un futuro contratto, in quanto che tutti tendono naturalmente all'adempimento » (*op. ult. cit.*, p. 11, nt. 4, 12).

⁴⁷ Non mancò neppure chi, recuperando le antiche resistenze espresse dalla dottrina italiana nei primi anni dell'ottocento, continuò a negare l'ammissibilità del preliminare, ritenendo trattarsi di un contratto inutile e pertanto non meritevole di accoglimento in ragione della previsione di fattispecie contrattuali altre che, meglio del preliminare, soddisfano tali interessi (C.B. VITERBO,

dalle critiche che negli anni precedenti erano state sollevate dai tedeschi all'elaborazione teorica del *Vorvertrag* di Thöl⁴⁸, perché la lingua « convertisce i vocaboli ch'ella ha accattati da altri nell'uso suo e in essa prendono vita »⁴⁹, nel linguaggio come nel diritto.

Nella civilistica italiana vi fu così chi preferì denominare la fattispecie *promessa bilaterale di contratto*⁵⁰, prediligendo un'espressione già nota rispetto a quella di nuovo conio, la quale, evocando gli studi dei maestri francesi Domat e Pothier, destava maggiore sicurezza e meno timore per il giurista italiano del tardo ottocento, abituato com'era, per tradizione e coscienza giuridica, a pensare *alla francese*, seppure i modelli di ricerca nel nostro paese fossero ormai ampiamente segnati dalla letteratura tedesca⁵¹ (e il preliminare ne è esempio); chi optò per l'espressione, ampiamente equivoca, *precontratto*⁵², salvo precisare subito dopo la distinzione che corre tra i “contratti rivolti ad assicurare la conclusione di altri posteriori distinti e diversi contratti” e le intese precontrattuali al quale il termine è comunemente riferito; chi preferì parlare di *compromesso*⁵³. Ma se tra questi autori la disputa si riduceva ad una mera questione terminologica⁵⁴, condividendo tutti che il contratto cui ci si riferiva obbligasse ad una prestazione di *facere* (la conclusione del contratto definitivo), trattandosi soltanto di scegliere il nome che meglio la potesse identificare – e questo, col senno del poi, fu senz'altro quello di

Intorno al concetto di contratto preliminare. A proposito di un recente libro, in *Arch. giur.*, 1931, p. 49 s.).

⁴⁸ V. *supra*, nt. 19.

⁴⁹ N. MACHIAVELLI, *Discorso intorno alla nostra lingua*, s.d.

⁵⁰ GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, p. ; L. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*⁶, Torino, 1936, p. 68, il quale chiarisce: « la promessa bilaterale non è che un mero contratto preliminare ».

⁵¹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 41.

⁵² G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile. Dei contratti in generale*, Torino, 1933, p. 174.

⁵³ Sul significato che l'espressione ha assunto nella prassi, v. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*⁶, I, Torino, 1962, p. 374; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1971, p. 1549 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁷, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2015, p. 185, che rilevano l'uso volgare dell'espressione *compromesso di vendita*, adoperata per qualificare il contratto di vendita, già completo e produttivo dei suoi effetti, che le parti si riservano di riprodurre in seguito nella forma dell'atto pubblico.

⁵⁴ Tra le altre denominazioni si ricorda quella di *pactum de contrahendo*, la quale pur trovando applicazione in dottrina veniva adoperata quale sinonimo di contratto preliminare, nella consapevolezza della diversità tra le due figure cui si è poc'anzi accennato (MOSCHELLA, voce *Contratti preliminari*, cit., p. 22 s.; M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 120).

contratto preliminare – non mancò chi rifiutò questa definizione descrivendo diversamente la fattispecie⁵⁵.

Altra è la tesi sorta per definire il preliminare di vendita, il quale si è ritenuto essere fonte di un obbligo di trasferire il diritto di proprietà e non di concludere il contratto⁵⁶, alterandone l'oggetto, gli effetti, la natura. Si tratta di un orientamento che mira a reintrodurre nel nostro ordinamento il modello romanistico della vendita, basato sulla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, superato dal primo codice del Regno d'Italia a favore del modello consensualistico che frattanto si era diffuso nella prassi e aveva trovato accoglimento in Francia, perché ritenuto meglio in grado di soddisfare le esigenze dei traffici commerciali in ragione dell'assorbimento del *modus* nel *titulus*⁵⁷ e cioè della sufficienza del solo consenso ai fini del trasferimento della proprietà. Ma né il legislatore francese né quello italiano del 1865, che il primo prese a modello, riuscirono a liberarsi a pieno del retaggio storico della vendita romanistica e dell'obbligazione di dare che ne è corollario, avendo adottato una soluzione ambigua, che miscelava i modelli cui si è fatto cenno.

⁵⁵ Tra queste altre definizioni riteniamo di non poter annoverare quella del Carrara (*La formazione del contratto*, Milano, 1915, p. 43), secondo cui il preliminare vincola le parti ma « lascia loro una certa libertà [...] per perfezionare d'accordo il contenuto e la forma del contratto » perché l'autore, al pari del Coviello, sostiene che oggetto del negozio, al quale riconosce natura contrattuale, sia la conclusione di un contratto futuro, escludendo che si tratti di una mera intesa precontrattuale, ma modulando diversamente l'intensità del vincolo e il grado di determinatezza del regolamento contrattuale definitivo che il preliminare deve già contemplare, secondo la tesi che riconosce nella sequenza preliminare-definitivo una fattispecie a formazione progressiva (sulla quale avremo modo di soffermarci oltre, cap. III). Ritiene diversamente G. LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, p. 1799, secondo il quale esiste un contrasto tra la definizione di contratto preliminare di matrice covelliana e quella del Carrara, ma, volendo analizzare la fattispecie e i suoi effetti, l'una e l'altra coincidono perché il preliminare, nell'accezione accolta dai due autori, ha comunque ad oggetto la conclusione di un contratto futuro ed è fonte di effetti meramente obbligatori, mentre la divergenza tra le due attiene a profili che, non intaccando l'essenza del contratto, potremmo ritenere marginali rispetto alla definizione.

⁵⁶ C.B. VITERBO, *Intorno al concetto di contratto preliminare. A proposito di un recente libro*, in *Arch. giur.*, 1931, p. 39; P. BONFANTE, *La data della lesione enorme*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 102.

⁵⁷ L. MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, Milano, 1994, p. 122, nt. 22; L. MENGONI-F. REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1964, p. 190. Nel passaggio dal formalismo al consensualismo si predilige infatti l'assenza di formalità, in virtù dell'idea secondo cui l'evoluzione sociale richiede l'affermarsi del potere della volontà, divenuto vero e proprio dogma in materia contrattuale, finanche nella fase di formazione del contratto [E. CHARPENTIER, *Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme / consensualism*, in *Les Cahiers de droit* 432 (2002), p. 276].

Il codice Napoleone da un lato prevedeva che la vendita trasferisse la proprietà *de droit* per effetto della convenzione conclusa tra le parti, anche qualora la cosa non fosse stata consegnata (art. 1583), dall'altro disciplinava l'obbligazione di dare disponendo che questa comprendesse quella di consegnare e conservare la cosa (art. 1136), salvo precisare che l'obbligo di consegna si perfeziona per effetto del consenso e rende il creditore proprietario (art. 1138)⁵⁸, dunque l'obbligazione di dare, intesa in senso tecnico, persisteva, ma da reale, qual era nel diritto romano, diveniva fittizia, com'era nel diritto comune⁵⁹. Il codice italiano, dal canto suo, prevedeva che la proprietà si acquistasse nel momento in cui le parti si fossero accordate sulla cosa e sul prezzo, seppure non fosse stata ancora eseguita la *traditio* (art. 1448 e 1125), ma persisteva nel definire la vendita il contratto per cui uno si obbliga a dare una cosa (art. 1447), obbligazione nella quale si includeva quella di consegnare e di custodire, secondo il disposto dell'art. 1219 che riproduceva testualmente la norma francese⁶⁰.

⁵⁸ Di tale discrasia dà atto F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Studi urbinati*, 1974-1975, p. 7, ma di recente, con la ordinanza di riforma delle obbligazioni e dei contratti 10 febbraio 2016, n. 2016-131 il legislatore francese ha eliso ogni riferimento residuo alle obbligazioni di dare, abrogando le norme dapprima richiamate (art. 1136, 1138) e sancendo la regola generale secondo cui nei contratti di alienazione il trasferimento della proprietà si produce al momento della conclusione del contratto (art. 1196) e che l'obbligazione di consegnare porta con sé quella di conservare (art. 1197). Resta invece invariata la norma di cui all'art. 1583 in materia di vendita.

⁵⁹ Così V. MARCADÉ, *Corso elementare di diritto civile francese*, trad. it., Napoli, 1857, p. 288 s., il quale sostiene che il codice francese contempla un'obbligazione di consegna fittizia (compresa nell'obbligo di dare *ex art.* 1136), che si produce per effetto del solo consenso, e una reale o di fatto, cui si riferisce l'art. 1583, la quale non mira al trasferimento della proprietà ma a mettere l'acquirente nella disponibilità materiale della cosa.

⁶⁰ In materia di obbligazioni e contratti si coglie infatti la massima aderenza del nostro codice all'archetipo francese (S. SOLIMANO, *Il primo codice italiano: vicende e contenuti*, in *Codice civile. 150° Anniversario dell'Unità d'Italia 1861-2011*, Torino, 2010, p. XXVII). Tra le differenze, di non poco rilievo, vi è quella che attiene alla promessa di vendita, che è oggetto di una disposizione *ad hoc* che la equipara alla vendita nel codice francese (art. 1589, invariato anche in seguito alla recente riforma), non anche nel codice italiano del 1865 (nonché in quello vigente).

L'art. 1589 *code civil* era stato invece recepito dal codice Albertino (art. 1595), il che ci permette di rilevare che quella del legislatore del 1865 fu una scelta di politica legislativa consapevole, espressione della volontà di non accogliere l'equivalenza tra le due. Tuttavia il *Codice civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni delle corti del Regno*, a cura di T. Bruno, Firenze, 1891, p. 367 s., in nota all'art. 1448 (nt. 3), si precisa che la promessa di vendita equivale alla vendita, richiamando a sostegno dell'affermazione che testualmente riproduce la norma francese una nutrita giurisprudenza delle Corti d'Appello e di Cassazione di fine ottocento, tutte concordi sul punto.

Come vedremo, l'assenza di una disposizione che sancisca tale equiparazione ha consentito in Italia lo sviluppo del preliminare di vendita, ostacolato in Francia dall'art. 1589, il che ancora oggi impedisce a quell'ordinamento di accogliere la fattispecie.

Quel che si percepiva era che « la nostra legge [fosse] tutta infestata dalla confusione fra compravendita (anzitutto) obbligatoria e compravendita reale in senso tecnico: difficile, del resto, era districarsene, data la origine impura della legge stessa [...] e dato il sovrapporsi e lo stratificarsi di elementi propri dei due tipi di vendita »⁶¹. Tale confusione rese agevole sia l'affermarsi di resistenze al nuovo modello, sostenendo che, lungi da quanto *prima facie* potesse apparire, il codice del 1865 non segnasse l'abbandono del modello romanistico della vendita, in quanto, pur riconoscendo negli art. 1125 e 1448 il riflesso della spiritualizzazione della *traditio*, questa non si riteneva assorbita nel titolo ma contestualizzata ad esso⁶²; sia l'affermarsi della pacifica convivenza del modello nuovo con l'antico, il primo legalmente previsto, realizzabile mediante la conclusione del contratto di vendita, il secondo derivante dalla conclusione del preliminare di vendita, inteso come vendita obbligatoria, che, pur derogatorio rispetto alle norme codicistiche, si ammetteva, perché l'obbligo di dare che ne derivava non si riteneva del tutto avulso dal sistema, nel quale anzi se ne rinveniva traccia rispetto alla figura regina tra i contratti con effetti reali⁶³. Ne conseguiva che il preliminare di vendita, così inteso, non poteva più definirsi “il contratto che obbliga alla conclusione di un contratto futuro”, come dimostra con rigore il ragionamento che si basa sul sillogismo aristotelico. E infatti se il preliminare è il contratto che obbliga al definitivo (premessa maggiore) e le parti concludono un preliminare di vendita (premessa minore), allora il contratto concluso obbliga i paciscenti al contratto di compravendita (conclusione); ma se si modifica la conclusione o il ragionamento è fallace o è mutata la premessa maggiore, il

⁶¹ G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, p. 11. Di tale ambiguità danno atto anche i *Lavori preparatori del codice civile* (anni 1939-1941), I, Roma, 1942, in cui si spiega che la scelta sottesa alla nuova definizione di vendita (art. 1470) è tesa ad ovviare alla confusione intrinseca nella norma corrispondente del codice del 1865 circa la natura meramente obbligatoria o reale degli effetti che discendono dal contratto.

⁶² GORLA, *La compravendita*, cit., p. 5. L'A., pur ritenendo la vendita equivalente ad una promessa di dare, non cede alla tentazione di disconoscere il preliminare che intende invece quale promessa di vendita, così distinguendo le due fattispecie perché se dalla vendita discende l'obbligo di trasferire, dal preliminare discende l'obbligo di concludere la vendita, il che giustifica la denominazione usata dall'A. con riguardo ad esso di “promessa di contrarre” (p. 15 s.). *Contra* L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Torino, 1936, p. 232, nt. 44.

⁶³ VITERBO, *Intorno al concetto di contratto preliminare*, cit., p. 39; BONFANTE, *La data della lesione enorme*, cit., p. 102

preliminare divenendo un contratto che obbliga alla prestazione oggetto del definitivo (premessa maggiore) e il preliminare di vendita al trasferimento della proprietà (conclusione). Qualora così dovesse ritenersi, da un lato il preliminare perderebbe la sua individualità venendo a coincidere col definitivo, dall'altro il suo ambito di applicazione, da generale qual era, residuerebbe rispetto al solo preliminare di vendita o comunque ad un contratto con effetti reali, perché la conclusione di un preliminare che obblighi ad eseguire la medesima prestazione cui ci si obbligherebbe col definitivo si esaurirebbe in una mera superfetazione⁶⁴. Infine, risulterebbero trasfigurate in pari tempo la fattispecie del preliminare e la fattispecie del definitivo, funzionalizzate al ripristino del modello romanistico della vendita.

Nonostante siffatto orientamento non abbia avuto seguito in giurisprudenza, per un certo tempo, anche la Corte suprema, già poco proclive a riconoscere il contratto preliminare *tout court*, cadde nell'equivoco di considerare il preliminare di vendita al pari di un contratto definitivo, ma a ciò giunse per altra via rispetto a quella percorsa in dottrina: non si passò per il recupero del modello romanistico della vendita, ma si affermò l'equivalenza tra la promessa di vendita e la vendita, su esempio dell'ordinamento francese. In una remota decisione della Corte di cassazione di Roma si legge che « in una promessa bilaterale di alienazione, l'obbligazione del debitore si estende al trasferimento della cosa promessa a titolo di proprietà nel senso che nel trasferimento promesso è obbiettivato il volere di trasferire »⁶⁵. Si è dunque sostenuto che, come previsto dall'art. 1589 *Code civil*, la promessa di vendita valesse vendita, omettendo di rilevare che la vera differenza tra le due si coglie sul piano soggettivo in ragione dell'inesistenza « (dell')equivalenza naturale tra i due stati del volere »⁶⁶ e sul piano oggettivo, in

⁶⁴ L'obiezione è analoga a quella sollevata a proposito del preliminare di preliminare, di cui diremo in seguito.

⁶⁵ Cass. Roma, 27 maggio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1911, con nota di G.P. CHIRONI, *L'obbligazione di dare*, p. 633 s.

⁶⁶ CHIRONI, *op. ult. cit.*, p. 638. Nello stesso senso TARTUFARI, *Della vendita*, cit., p. 68, il quale rileva la necessità che le parti, in conformità all'obbligo assunto con la promessa bilaterale di vendita, prestino un nuovo consenso per la formazione del contratto di vendita; e CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 232 s., nt. 45, che ne segnala la principale differenza, derivante dal fatto che « la promessa è un contratto semplicemente obbligatorio; la vendita è contratto essenzialmente traslativo; l'una produce un'obbligazione di porre in essere un

ragione della diversità dell'oggetto dell'obbligazione e dell'effetto dell'una e dell'altra fattispecie, rispettivamente, la conclusione del contratto e il trasferimento del diritto. Se ne è avveduta la giurisprudenza di poco successiva, la quale ha affermato che la promessa bilaterale di vendita si differenzia dalla vendita perché quest'ultima ha per oggetto il trasferimento immediato della proprietà, mentre la prima obbliga soltanto a prestare un consenso futuro « onde la promessa importa obbligazione *di fare*, di prestarsi cioè alla *futura* obbligazione di *dare*, ad aversi la quale ultima è necessaria un'ulteriore determinazione della volontà »⁶⁷. Il *discrimen* tra la vendita e la promessa, pertanto, venne correttamente individuato nella determinazione del volere⁶⁸, in ossequio agli insegnamenti della migliore dottrina civilistica, e il preliminare ricondotto entro la definizione elaborata da Coviello di “contratto con effetti meramente obbligatori che vincola le parti alla conclusione di un contratto successivo”.

Il tortuoso percorso compiuto a fatica da dottrina e giurisprudenza per giungere a tale soluzione condusse infine a riconoscere nella definizione che si è detta *ius receptum*, fugando ogni dubbio circa il significato giuridico da riconoscere al contratto preliminare, gli elementi della fattispecie e i suoi effetti, e ciò nonostante una norma che li prevedesse non fosse in vigore. L'insegnamento che si poté trarre da questa esperienza e che la Commissione reale per la redazione del nuovo codice civile tentò di mettere a frutto fu uno: la necessità di una nozione legale di contratto preliminare, in mancanza della quale gli errori del passato

altro negozio, il contratto definitivo, cioè la vendita, l'altra attua o tende ad attuare il trasferimento dal venditore al compratore ».

⁶⁷ Cass. Firenze, 16 febbraio 1912, in *Foro it.*, 1913, c. 235 s. Nello stesso senso, *ex multis*, si ricordano: Cass. 23 novembre 1923, in *Foro it.*, 1924, c. 72 s.; Cass. 17 gennaio 1925, in *Foro it.*, 1925, c. 127 s.; Cass. 25 aprile 1929, in *Foro it.*, 1929, c. 835 s.; Cass. 25 novembre 1931, in *Foro it.*, 1932, c. 663 s. La giurisprudenza supera così le remore che sino ad allora si frapponevano al pieno accoglimento del preliminare in genere e del preliminare di vendita in specie, riconoscendo nella fattispecie la legittima manifestazione dell'autonomia dei privati. La carenza di una disciplina legale, inoltre, favorì la formazione di uno statuto giurisprudenziale sul preliminare di vendita, come risulta dalle sentenze *supra* citate, il quale può sintetizzarsi in due elementi: la libertà della forma, che l'art. 1123 richiedeva fosse scritta *ad substantiam* per alcuni tipi contrattuali, al di fuori dei quali la regola non trovava eccezioni (*contra*, Corte d'Appello di Firenze, 8 maggio 1906, in *Annali*, p. 124); l'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre che, se violato, obbligava esclusivamente al risarcimento del danno. L'uno e l'altro, in quanto profili critici, saranno oggetto di disciplina dal legislatore del 1942 che, com'è noto, giungerà a soluzioni di segno opposto rispetto a quelle sino ad allora accolte in giurisprudenza.

⁶⁸ Cass. 23 novembre 1923, cit., c. 72, 75.

tornarono a riproporsi nel nostro presente perché il diritto « non è mai stato lineare né senza ritorni: come la Storia »⁶⁹.

Ebbene il paradosso della definizione di *contratto preliminare* si appalesa nell'essere stato contratto atipico, eppure certo nella sua definizione e nei suoi elementi essenziali, e nell'aver perso la sua identità di fattispecie una volta tipizzato. È questo l'approdo finale di quel processo che talvolta viene ricordato in dottrina con l'espressione *normalizzazione*⁷⁰, e che a noi appare il malaugurato realizzarsi del presagio già annunciato nei lavori preparatori al codice vigente.

3.1. *Il preliminare e la promessa bilaterale di vendita nei lavori preparatori al codice vigente: un'occasione perduta.*

Il delicato *iter* che portò all'abbandono dell'antico per il nuovo ebbe inizio nel 1936, con la nomina da parte del Re della sottocommissione Solmi per la riforma del codice civile. Erano quelli i tempi in cui all'ansia di non ripetere gli errori del passato si univa la ricerca verso nuovi modelli in grado di soddisfare i bisogni frattanto emersi nella realtà sociale, ricavati talvolta da un'opera di rigenerazione di istituti già noti⁷¹, talaltra definendo *ex lege* i lineamenti di istituti foggiate dalla prassi o dalla dottrina, desunti ora dal *Code civil* – in continuità con quanto avvenuto nella prima codificazione – ora dal BGB.

È in questo lavoro, indispensabile perché il diritto svolga il suo ruolo irrinunciabile di mediazione della realtà⁷², che si manifesta più propriamente il magistero del giurista e « (ad esso) appartengono le definizioni, che il codice in generale ha evitato di formulare tutte le volte che non costituiscono mezzo di posizione del precetto »⁷³. Dietro a queste parole di Filippo Vassalli si nascondeva la risposta alle preoccupazioni della dottrina negli anni che hanno preceduto l'emanazione del nuovo codice, la quale riteneva che « data la difficoltà della

⁶⁹ Così si legge nella quarta di copertina dell'*Eclissi del diritto civile*, cit.

⁷⁰ A. DI MAJO, *La 'normalizzazione' del contratto preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997; G. PALERMO, *Contratto preliminare e 'interesse al differimento'*, in *La contrattazione preliminare*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017, p. 46.

⁷¹ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, I, p. 28.

⁷² C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 995, nt. 41.

⁷³ VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit., p. 28 s.

formulazione (delle definizioni) ed il grave rischio di provocare, con una definizione inesatta, un contrasto tra essa ed il regolamento analitico della materia definita, sembra(va) augurabile che il nuovo legislatore riducesse al minimo le definizioni, lasciando alla dottrina, più adatta in questo lavoro e della quale i risultati erronei sono meno dannosi, il compito di definire »⁷⁴. Una vera e propria rivendicazione di potere da parte della dottrina civilistica, la quale intendeva limitare la competenza del legislatore, il cui compito si riteneva essere *imperare, non docere*⁷⁵, peraltro mediante *l'arte di formulare un precetto legislativo*⁷⁶, a sua volta da riservare ai giuristi, secondo un atteggiamento che si allontana dall'idea ottimistica – di matrice giuspositivistica – che lo credeva capace di creare *buone leggi* ovvero « leggi molteplici e mutevoli, adatte alle situazioni di tempo e di luogo »⁷⁷ e di adeguarsi ad una realtà sociale in divenire che, pertanto, mal sopporta di rimanere imbrigliata nelle parole della legge, che cristallizzano il diritto entro un mondo senza tempo.

Ma, come sappiamo, la norma non si identifica col testo legale, perché è il suo significato, e non il testo, ad assumere valore euristico⁷⁸, per cui superata l'età del positivismo e dato spazio all'ermeneutica il diritto diviene rinnovabile e malleabile sul *nuovo* pur restando il confronto con le parole della legge presupposto imprescindibile dell'interpretazione, perché se « il dato letterale non deve costituire un letto di Procuste [...] non può (neppure) diventare la *bella* dimenticata delle favole, che ritorna in vista o in vita solo per un sortilegio, si tratti di quella *au bois*

⁷⁴ M. ALLARA, *Osservazioni sul progetto preliminare del secondo libro del c.c.*, Torino, 1938, p. 14.

⁷⁵ G. GRASSETTI, *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano, 1939, p. 299, 302.

⁷⁶ Questa l'espressione adoperata da F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in *Jus*, 1950, per descrivere quella qualità che identifica i tecnici, definiti come « coloro che possiedono o dovrebbero possedere, l'arte di formulare un precetto legislativo e talora un complesso organico di precetti legislativi ».

⁷⁷ Così M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Paris, 1975, trad. it. di R. D'ettore-F. D'Agostino, p. 599 descrive il pensiero di Hobbes.

⁷⁸ MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 472. C. CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, in *Jus*, 1985, spec. p. 434, 438 s. L'interpretazione, infatti, non è una meccanica riproduzione del significato del testo, ma un procedimento intellettuale che il giurista svolge nell'applicazione del diritto al fine di accertare il significato dell'oggetto che deve essere interpretato, il quale può condurre a più soluzioni all'interno del medesimo schema, costituito dal diritto (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1960, p. 380, 384).

dormant o di Biancaneve o di Cenerentola »⁷⁹. E ciò basterebbe per superare ogni remora alle definizioni legali.

Di quella che è stata denominata la *crociata contro le definizioni*⁸⁰ si dice essere rimasto indenne il libro IV del c.c., in seno al quale si rinvennero numerosissime definizioni dei contratti tipici, al punto da ritenersi che nessuna (o quasi) tra queste sia stata data per conosciuta o lasciata interamente alla determinazione dottrinale⁸¹. Nessuna eccetto una, potremmo dire, perché il contratto preliminare vi fa eccezione, spoglio com'è di una definizione e di una disciplina capace di rispondere alle plurime questioni che si sono mosse – e si muovono ancora oggi – intorno alla fattispecie. In verità queste ragioni avrebbero reso necessaria una nozione legale che « assurge(ss) al valore di vero e proprio regolamento dell'istituto o di completamento del regolamento, ove tale regolamento esista in parte »⁸², come nel preliminare, onde la scelta di non definirlo appare sorprendente, tanto più se si considera l'attenzione rivolta alla fattispecie dapprima nell'esperienza della Commissione italo-francese per la creazione di un codice unico delle obbligazioni e dei contratti e in seguito nei lavori preparatori al codice vigente.

Nonostante il codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti non abbia visto mai la luce, arrestandosi alla fase progettuale, fu notevole l'influenza che quell'esperienza ebbe su quella di poco successiva della seconda codificazione, sia per la breve distanza temporale che le separa sia per la vicinanza che già caratterizzava il *code civil* e il codice del 1865 per filosofia e impianto complessivo⁸³.

Per quanto di nostro interesse, rileviamo che il progetto italo-francese fu il primo tentativo di positivizzazione del contratto preliminare in Italia, dove da lì a breve avrebbe trovato disciplina col codice del 1942, e in Francia, dove la fattispecie continua ad essere priva di riconoscimento giuridico. Seppure,

⁷⁹ CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 92;

⁸⁰ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Torino, 1974, p. 133, nt. 26.

⁸¹ A. BELVEDERE, *Le definizioni nel codice civile*, I, in *Scritti giuridici*, Padova, 2016, p. 80.

⁸² A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, p. 29.

⁸³ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 41.

discorrendo di contratto preliminare nell'ordinamento d'oltralpe, affiora naturalmente alla mente del giurista il disposto dell'art. 1589, il quale consacra il principio *promesse de vente vaut vente*, è bene precisare che la norma, nell'intento del legislatore del 1804, non mirava ad equiparare il preliminare alla vendita – giacché il primo non era ancora noto né alla realtà sociale né al diritto – ma si riferiva alla promessa (unilaterale) di vendita⁸⁴. Ma quando il *Vorvertrag* giunse dalla Germania al di là del Reno, i giuristi francesi si opposero fermamente alla sua ammissibilità in virtù del disposto della norma dapprima richiamata. Poiché con questo contratto le parti si obbligano reciprocamente alla conclusione della vendita, la sua forma è stata individuata nella promessa bilaterale, il che ha consentito l'adattamento di una norma, nata con riguardo ad altra fattispecie, a quella che di quest'ultima può dirsi la moderna evoluzione.

In conformità all'intento ispiratore del Progetto italo-francese di uniformare il diritto delle obbligazioni e dei contratti dei due stati apportandovi « miglioramenti di forma, sporadici ritocchi di sostanza, abbandono di qualche vecchia formula, rammodernamento e vivificazione in qualche parte »⁸⁵, pur senza intaccare i principi fondamentali, non si giunse all'abbandono del principio che consacra in Francia l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita, eppure vi si può rintracciare un germe di novità rispetto ai codici delle due nazioni perché il preliminare trova per la prima volta riconoscimento, seppure entro confini ben delineati. Tra le norme di maggior interesse vi era l'art. 25, collocato nel capo sull'oggetto del contratto, che dedica l'unica norma sulla “promessa di concludere un contratto” al profilo della tutela giurisdizionale dei diritti, disponendo che, qualora esistano tutte le condizioni richieste per la validità del contratto, il giudice può fissare un termine entro il quale la parte inadempiente è tenuta a dare esecuzione all'obbligazione, decorso infruttuosamente il quale « la sentenza del

⁸⁴ In particolare, il riferimento è alla promessa unilaterale, perché i redattori del *Code* nel disciplinare il diritto dei contratti si basarono sul trattato di Pothier (K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, trad. it., rist. Milano 1998, p. 108), senza occuparsi quindi della promessa bilaterale, ritenuta da alcuni autori estranea all'ambito di applicazione dell'art. 1589 (cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*³, II, Paris, 1949, II, p. 752 s.).

⁸⁵ *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all'Italia ed alla Francia*, Paris, 1927, p. XXXVI s.

giudice terrà luogo della stipulazione del contratto ». Come esposto nella Relazione, è questa la norma con cui ci si propose di risolvere quella che venne definita una *questione di grande interesse teorico e pratico* riconoscendo che il preliminare potesse trasformarsi in definitivo mediante una nuova prestazione del consenso o, in sostituzione ad essa, una sentenza costitutiva, sottintendendo che è preliminare il contratto che obbliga alla conclusione di un contratto successivo. Tanto è vero che la Relazione distingue dalla norma da ultimo considerata l'art. 328, perché ivi « la trasformazione da preliminare in definitivo si opera di diritto e senza bisogno di pronuncia giudiziale »⁸⁶. Quest'ultima disposizione prevedeva che il contratto con cui una parte si obbliga a vendere o a comperare dall'altra entro un tempo determinato diviene vendita *tosto che l'altra parte abbia dichiarato di comperare o di vendere*, onde ci pare scorretto ritenere che si tratti un'applicazione particolare del principio enunciato dall'art. 25⁸⁷ perché, se così fosse, le due norme dovrebbero dirsi in contrasto tra loro⁸⁸, mentre diversa è la fattispecie alla quale si riferiscono ovvero – seguendo la terminologia adoperata nell'ordinamento francese – la promessa bilaterale di concludere il contratto l'una, la promessa unilaterale di vendere o acquistare l'altra⁸⁹. Infatti, ai sensi dell'art. 328, la promessa unilaterale

⁸⁶ *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. LXIV.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Applicando l'art. 25 alla promessa bilaterale di vendita, infatti, si sarebbe dovuto sostenere che, in assenza di una nuova manifestazione del consenso alla conclusione del contratto definitivo, la parte che avesse interesse alla produzione degli effetti che ne sarebbero derivati avrebbe potuto agire in sede giudiziale per vedere soddisfatto il suo diritto nei modi previsti dalla disposizione medesima. Ma quando l'art. 328 dispone che la promessa accettata equivale alla vendita introduce un'apparente eccezione alla norma dapprima richiamata, operando mediante una *fictio iuris* l'equiparazione tra i due contratti che, come dimostra l'art. 25, il legislatore riconosce essere diversi quanto ad oggetto e ad effetti. Così ritenendo G. SCADUTO, *Osservazioni sul Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti per l'Italia e la Francia*, in *Il circolo giuridico*, Palermo, 1930, p. 8, si dice impressionato dalla scelta della Commissione la quale, invero, stupisce se non ci si avvede del diverso oggetto delle due norme. La Commissione, allora, trae in confusione l'interprete nel porre in rapporto le due disposizioni, posto che l'una si riferisce al contratto preliminare, l'altra al contratto di opzione.

⁸⁹ La differenza non attiene infatti alla natura sinallagmatica della promessa, bensì al suo oggetto, poiché, com'è noto, il nostro ordinamento conosce anche la figura del preliminare unilaterale che si distingue dal contratto di opzione perché mentre il primo richiede sempre una nuova manifestazione di volontà diretta alla conclusione del definitivo, nel secondo il contratto si forma automaticamente nel momento in cui l'opzionario manifesta la sua volontà di concluderlo, così aderendo alla proposta ricevuta [G. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 del 1996)*, in *Studium iuris*, 1997, p. 215]. Non stupisce a tal riguardo che l'opzione nel nostro ordinamento abbia trovato disciplina nel capo dedicato alla formazione del contratto.

obbliga una parte a vendere o acquistare, mentre la controparte, titolare di un diritto potestativo, conserva la facoltà di scegliere se accettare o meno sino al termine ultimo a tal fine previsto *ex contractu*, decorso infruttuosamente il quale il rapporto si estingue; ma se, prima di tale momento, la parte manifesta il suo consenso all'acquisto o alla vendita si forma l'accordo (dapprima monco) e il contratto si conclude *illico et immediate* senza che sia necessaria, diversamente dal preliminare, una ulteriore – perché diversa – dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del contratto definitivo. È facile intuire, allora, che quella che i francesi chiamano promessa unilaterale o *avant-contrat* è altro dal preliminare, trattandosi di un contratto di opzione⁹⁰.

Nonostante i limiti che porta con sé, non può sottacersi che il Progetto del codice delle obbligazioni italo-francese ha riposto i primi semi sul terreno arido del diritto positivo che, nutriti dal legislatore italiano, hanno prodotto i frutti di un albero ancora in crescita. Ne sono prova i lavori preparatori al c.c., il cui progetto prevedeva l'introduzione di una norma definitiva (art. 190), secondo cui « le parti possono, con un contratto preliminare, obbligarsi a concludere un contratto futuro », seguita dalla disposizione sull'esecuzione specifica (art. 191), la cui disciplina era arricchita della norma sulla promessa bilaterale di vendita (art. 307) che, si precisava, ricorre quando le parti si sono limitate ad assumere reciprocamente l'obbligazione di prestare un ulteriore consenso diretto al trasferimento della proprietà. Nella prima norma (art. 190) è chiaro il riferimento alla definizione elaborata in dottrina da Coviello e infine accolta dalla giurisprudenza, alla quale il legislatore intese uniformarsi, perché nel nostro ordinamento il preliminare era così conosciuto, non avendo trovato appiglio le tesi che lo definivano diversamente; ma se con tale disposizione il legislatore mirava a garantire certezza circa gli elementi della fattispecie e i suoi effetti, con l'art. 307 intendeva scongiurare il rischio che

⁹⁰ La confusione terminologica tra preliminare (promessa bilaterale di concludere un contratto) e opzione (promessa unilaterale di vendere/comprare) in cui cade la Commissione si riflette ancora oggi nella dottrina francese, ove alla "promessa di contratto" si riconosce un significato altro da quello in uso nel nostro ordinamento, in cui vale ad identificare sinonimicamente il preliminare, v. F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilaterale de vente*, Paris, 1983, p. 87; G. MARTY-P. RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, Paris, 1962, p. 97; PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*³, II, cit., p. 127 s.

si cadesse in una indebita confusione tra la vendita e la promessa di vendita. A tal fine sarebbe già stato sufficiente il disposto dell'art. 190 ma l'esperienza pregressa aveva giustamente suggerito una maggior cautela a proposito del preliminare di vendita « per la notevole importanza pratica della sua discriminazione dalla vendita, e per le gravi controversie alle quali questa discriminazione ha dato luogo in passato »⁹¹ e la precisazione secondo cui la promessa, pur contenendo, al pari della vendita, un accordo sulla cosa e sul prezzo, ha ad oggetto il solo obbligo di prestare un ulteriore consenso diretto al trasferimento della proprietà, lungi dal risultare superflua o ridondante, sottendeva una preoccupazione fondata e pienamente legittima. Lo dimostra quanto avvenuto in seguito all'entrata in vigore del codice civile del 1942 che, nel passaggio dal progetto preliminare al progetto definitivo, è stato spogliato delle norme di cui agli art. 190 e 307, il che ha favorito il risorgere di quelle dispute nate sotto il codice civile del 1865 – e oramai sopite – intorno alla definizione del preliminare e, in particolare, al preliminare di vendita e ai suoi rapporti col contratto di cui all'art. 1470 c.c.⁹²

4. *La definizione (perduta) e la crisi della fattispecie.*

Non ci è dato sapere quali siano state le ragioni alle quali la Commissione ha infine ritenuto utile dar seguito abbandonando i propositi originari, ma volendo ipotizzarne una che appaia verosimile potremmo dire che questa sia stata la consapevolezza dell'avvenuto recepimento nell'ordinamento di quella stessa definizione di contratto preliminare introdotta nei lavori preparatori, la quale portava con sé quale conseguenza (apparentemente) inequivocabile la discriminazione di tale fattispecie dalla vendita. D'altra parte, se « il codice civile non è [...] che un momento della dottrina »⁹³, è da essa che devono attingersi le

⁹¹ *Lavori preparatori*, cit., p. 140.

⁹² Per evitare la reviviscenza delle antiche teorie non è stata sufficiente, infatti, la rinnovata definizione di vendita la quale, mettendo in rilievo il momento essenziale di questo contratto, ovvero il trasferimento, intendeva da un lato elidere ogni dubbio circa la natura della vendita e i suoi effetti, dall'altro differenziarla dalla promessa bilaterale, come risulta da *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, p. 273.

⁹³ F. VASSALLI, *Arte e valori nel diritto*, in *Scritti giuridici*, II, Roma 1939, p. 445. È la sua matrice dottrinale che, secondo PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., p.

definizioni di cui la legge è priva. A voler ritenere diversamente, il preliminare perderebbe la propria legittimazione all'interno del sistema, come avvenuto negli ultimi tempi, perché, nonostante la sua laconicità, la disciplina che gli è dedicata è coerente con quell'unica nozione che abbiamo detto *tradizionale*, secondo cui esso è fonte dell'obbligo di concludere il definitivo e produce effetti meramente obbligatori. Ne è prova il disposto dell'art. 2932 c.c. che testualmente riproduce l'espressione "obbligo di concludere un contratto", il quale, se non può riferirsi esclusivamente al preliminare, disciplinando un mezzo di esecuzione in forma specifica di portata generale, è tuttavia certo che, riferendosi altresì a tale contratto, lo voglia qualificare in tali termini quanto ad oggetto ed effetto.

Una maggiore attenzione per le parole del diritto di cui il dato normativo si compone avrebbe consentito di scorgere questi timidi, eppure significativi, indizi e di trarne il significato intrinseco senza inciampare in soluzioni ardite che, se anche suggestive⁹⁴, appaiono del tutto incoerenti col sistema e pertanto non meritevoli di accoglimento. Ma, come accennavamo⁹⁵, il preliminare non è riuscito a sottrarsi all'impetuoso procedere del diritto *post-moderno* che, facilitato dall'assenza di una definizione legale, ha potuto penetrare nei meandri di tale istituto ricercandone la fonte di legittimazione nell'« ordine oggettivo dei valori sostanziali »⁹⁶ tratti dalla realtà sociale a cui, di volta in volta, si volle dare risalto, piuttosto che nelle disposizioni che lo contemplano. Quel che ne è conseguito è la crisi della fattispecie del preliminare e la naturale confusione che ha provocato.

4.1. *Verso una nuova definizione? Dal processo al diritto: un errore di prospettiva.*

522, garantisce armonia e razionalità all'impianto del nuovo codice che, sul punto, rileva essere migliore del codice precedente, nonché del BGB e del codice svizzero.

⁹⁴ Così Cass. sez. un. 1 ottobre 2009, n. 21045 (n. 3), ha definito la tesi elaborata da "autorevolissima" dottrina secondo cui il preliminare di vendita riproduce nel nostro ordinamento il modello germanico basato sulla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

⁹⁵ Par. 1.

⁹⁶ Riallacciandoci a quanto già rilevato possiamo ora concordare con chi sostiene che all'erosione del sistema si è sostituito un variegato e complesso ordine di valori sostanziali, destinati a mutare perché cangianti, al pari della società civile in cui trovano origine (IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 42).

Molteplici le definizioni elaborate dalla dottrina, talvolta mediante il recupero e lo sviluppo di tesi già sorte sotto la vigenza del codice del 1865, talaltra *ex novo* mediante la valorizzazione delle disposizioni di cui al codice vigente, in particolare dell'art. 2932 c.c.

Partendo da queste ultime, il dibattito è sorto sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore del nuovo codice, a causa dell'introduzione della norma suddetta che recepisce l'orientamento dottrinale promosso da Chiovenda, il quale, pur in assenza di una norma *ad hoc*, riconosceva al giudice il potere di disporre con sentenza costitutiva la produzione degli effetti del definitivo che, in ragione dell'inadempimento di una delle parti, non fosse stato concluso⁹⁷. Secondo tale ricostruzione, la prestazione del consenso alla quale le parti si obbligano in forza del preliminare deve considerarsi giuridicamente fungibile, perché gli effetti che dal definitivo sarebbero discesi se i contraenti, agendo diligentemente, lo avessero concluso possono derivare altresì dalla decisione giudiziale⁹⁸, annoverata tra i casi speciali di sentenze costitutive in ragione del mutamento giuridico⁹⁹ che è destinata

⁹⁷ G. CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, p. 24 s.

⁹⁸ CHIOVENDA, *Nuovi saggi*, cit., p. 30; ID., *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1923, p. 190 s.

⁹⁹ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 185 s. Circa la natura della sentenza *ex art. 2932 c.c.*, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, p. 171, precisa trattarsi di una pronuncia a metà tra una sentenza di condanna, alla quale si avvicina per l'essere funzionale al mutamento dello *status quo ante*, e una sentenza di mero accertamento, della quale condivide il momento, rispetto ad essa preliminare, dell'accertamento della volontà di legge. La questione è stata oggetto di una disputa, negli anni anteriori all'entrata in vigore del codice vigente, tra l'A. e P. CALAMANDREI. Quest'ultimo, pur concordando col Chiovenda rispetto alla natura giuridicamente – non anche naturalmente – infungibile dell'obbligo di concludere il definitivo (*La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 221 s.), riteneva, in questo allontanandosi dalla tesi del Chiovenda, che il giudice non potesse emettere una sentenza che tenesse luogo della mancata prestazione del consenso dei contraenti in carenza di una disposizione di legge che espressamente gli riconoscesse tale potere (*op. ult. cit.*, p. 224, 227), perché si sarebbe trattato di una decisione in cui si cumulavano insieme un'azione di condanna e un'azione esecutiva mediante la quale lo Stato « *si introduce d'autorità nella sfera giuridica del debitore, per compiervi negozi giuridici in sua vece* », sostituzione che si essere precedente « *in ogni caso, nella esecuzione forzata delle obbligazioni, (al)l'impiego della forza fisica* » [*op. ult. cit.*, p. 233 (corsivo dell'A.)]. Come messo in luce da SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., p. 15, dietro all'accoglimento dell'una o dell'altra tesi si nasconde una rilevante conseguenza sul piano dei poteri che si intendono riconoscere al giudice nella materia contrattuale, governata dall'autonomia privata. In particolare, se la tesi del Calamandrei riconosceva al giudice un potere di integrazione, pertanto una previsione di legge espressa doveva ritenersi imprescindibile (si tratta infatti di ipotesi eccezionali che se prive di un fondamento normativo scadono in un indebito uso del potere giurisdizionale, come rileva CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 50; ID., *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 770 s, spec. 773); la tesi del Chiovenda

a produrre nella sfera giuridica di coloro nei cui confronti varranno i relativi effetti (art. 2909 c.c.). Chiovenda ritenne così di poter garantire l'effettività del diritto del creditore, diversamente esclusa dalla « nega(zione) a chi vuol attuare un contratto preliminare (dell')ausilio della sentenza giudiziale »¹⁰⁰, senza con ciò superare la tesi tradizionale secondo cui dal preliminare sorge il solo obbligo di concludere il definitivo. Come risulta dalle pagine della Relazione al c.c. dedicate alla nuova norma (art. 2932 c.c.), in cui si illustrano le scelte sottese alla sua introduzione, tali argomentazioni hanno trovato accoglimento da parte del nostro legislatore, il quale ha previsto la possibilità di ottenere una sentenza che produca i medesimi effetti del contratto da concludere, pur dando atto del prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, contrario all'esecuzione forzata dell'obbligazione di concludere un contratto¹⁰¹.

Persistendo in tal senso, la civilistica italiana degli anni di poco successivi all'entrata in vigore del codice affermava che fosse contraddittorio consentire al giudice di disporre con sentenza costitutiva la produzione degli effetti del contratto non concluso e in pari tempo continuare ad intendere il preliminare nel senso tradizionale in cui sino ad allora lo si era conosciuto. Sorge così il bisogno di *attaccare e intaccare* tale concetto¹⁰². Si riteneva infatti che tra il diritto alla prestazione del consenso e la costituzione del diritto *ex art. 2932 c.c.* vi fosse un salto, perché l'obbligo che discende dal preliminare comunemente inteso,

escludeva invece qualsivoglia potere di determinazione rispetto alla volontà dei contraenti espressa nel preliminare, per cui correttamente se ne proponeva l'applicazione anche in assenza di una norma di legge.

Il legislatore del 1942, come illustrato nella Relazione al codice civile, riconosce natura costitutiva alla sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, ricomprendendola tra quelle cui generalmente si riferisce l'art. 2908 c.c., nonostante l'ambigua collocazione. Dalla natura processuale della sentenza può allora ricavarsi che in nulla il giudice può interferire sul potere di autonomia contrattuale di cui il preliminare è espressione, perché l'effetto che la decisione mira a realizzare è voluto e, in forza del volere medesimo *ex art. 1372 c.c.*, dovuto e in quanto tale conseguibile in sede processuale.

¹⁰⁰ CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, cit., p. 28; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 233 nt. 44.

¹⁰¹ Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, Roma, 1942, n. 1194.

¹⁰² S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, p. 253.

consistendo nella manifestazione del volere, ha natura infungibile e non può essere suscettibile di esecuzione forzata¹⁰³.

Mediante un'inversione dei rapporti tra diritto e processo, ove per *diritto* si intende il diritto sostanziale e per *processo* il diritto processuale, si ritenne dunque di dover adeguare il primo al secondo, trasformando il preliminare nella fonte delle prestazioni del definitivo, ricavandone che tale contratto « ha ad oggetto una volontà dell'effetto che non ha più bisogno di alcuna ulteriore volizione per costituirsi »¹⁰⁴ perché è esso stesso titolo per la costituzione della situazione giuridica *finale*¹⁰⁵, determinabile mediante il definitivo o, in mancanza, mediante provvedimento giurisdizionale¹⁰⁶. Divenuto un contratto non più con effetti meramente obbligatori, bensì coincidenti con quelli del definitivo e quindi determinabili *per relationem* ad esso (per cui viene da chiedersi che senso abbia continuare a discorrere di “preliminare”), il suo campo di applicazione si riduce a quello dei soli contratti con effetti reali, perché se il preliminare è già fonte della prestazione finale, da esso, al pari del contratto definitivo con effetti meramente obbligatori, non discende altro effetto che l'obbligo di eseguire la prestazione (finale) concordata, laddove nei contratti che trasferiscono il diritto l'utilità del preliminare si concreta nella procrastinazione di tale effetto. Tanto è vero che, secondo questa dottrina, le parti sarebbero titolari dal lato attivo di un diritto potestativo e dal lato passivo di una posizione di soggezione, in quanto, si sostiene, se la sentenza è strumentale alla realizzazione della situazione finale alla quale i

¹⁰³ Sottesa a tale considerazione vi è l'idea secondo cui « l'esecuzione è un momento della vita dell'obbligazione, nè più nè meno dell'adempimento, termini l'uno e l'altro perfettamente fungibili » (S. SATTA, *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, p. 18), per cui posto da un lato che non si può consentire ciò rispetto ad un contratto che abbia ad oggetto la prestazione del consenso, dall'altro che è la legge stessa che lo prevede e che, pertanto, non ci si può da essa discostare, si afferma che l'oggetto del preliminare viene indebitamente trasformato in obbligazione fungibile, suscettibile di esecuzione forzata.

¹⁰⁴ SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 253 s.; ID., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, c. 74 s.

¹⁰⁵ Secondo SATTA, *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 14, l'espressione vale a identificare l'interesse al cui soddisfacimento il creditore ha diritto, rispetto al quale l'obbligo assolve una funzione strumentale che, in caso di inadempimento, è conseguibile mediante la tutela giurisdizionale.

¹⁰⁶ Nel medesimo senso, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, III, Milano, 2003, p. 309, secondo il quale se è incoercibile in astratto l'atto di volontà dell'obbligato, non incoercibile è l'effetto giuridico che coincide col risultato perseguito, realizzabile mediante sentenza.

contraenti tendono con la conclusione del preliminare, sul piano sostanziale deve ritenersi che tali siano le situazioni giuridiche soggettive nel cui esercizio agiscono in giudizio, in sostituzione, rispettivamente, del diritto di credito e dell'obbligo di cui sono titolari, secondo la ricostruzione classica, i contraenti del preliminare¹⁰⁷.

Come già accennato, la suddetta teoria, partendo dal processo si propone di spiegare il diritto e giunge in tal modo a sfigurare la fattispecie del preliminare, calata all'interno delle dinamiche impervie di una disciplina che, lungi dall'essere autonoma, è strumentale al diritto sostanziale e di esso necessita per essere letta e interpretata, giacché procedendo in senso opposto si confondono i due piani, e infatti il processo deve servirsi in ogni caso del diritto. È dunque il diritto a dover illuminare il processo e non viceversa, perché il primo realizza lo scopo dell'ordinamento di controllare i comportamenti dei consociati qualificandoli giuridicamente come doverosi o vietati¹⁰⁸, in ossequio al brocardo latino *ubi societas ibi ius*, mentre il processo « *aumenta l'effettività dell'ordinamento facendo sì che il diritto sostanziale valga di più* ossia, come diceva Satta, non si riduca “ad un mero divertimento” »¹⁰⁹ e ciò rivela la sua strumentalità, stante nell'essere preposto a garantire il soddisfacimento dei diritti ogni qual volta tale esito non sia raggiungibile altrimenti.

Pertanto, la fattispecie del contratto preliminare non può delinarsi a partire dallo strumento di attuazione del diritto insoddisfatto esercitabile in sede processuale, ma *a contrario* è quest'ultimo a doversi interpretare a partire dal primo e a tal fine occorre superare l'errore di prospettiva da cui muove la dottrina richiamata e spiegare il disposto dell'art. 2932 c.c. alla luce della nozione di contratto preliminare a noi tutti nota che, seppure non recepita, ricorre nelle pagine della Relazione¹¹⁰. D'altronde l'aver previsto che il creditore, qualora subisca

¹⁰⁷ SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 253 s.; ID., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, c. 74 s. Come spiega RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 8, la costruzione del SATTA circa i rapporti tra situazione giuridica strumentale e finale si correla alla natura della situazione giuridica soggettiva attiva che, secondo l'A., discende dal preliminare, perché il diritto potestativo è connotato dal profilo della provvisorietà e dunque assolve una funzione *strumentale* rispetto alla situazione giuridica *finale* alla quale le parti hanno interesse.

¹⁰⁸ TAVORMINA, *Diritto e processo*, cit., p. 48.

¹⁰⁹ *Op. ult cit.*, p. 86.

¹¹⁰ Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, cit., n. 617.

l'inadempimento dell'obbligo di prestazione di concludere un contratto, possa vedere soddisfatto il suo diritto mediante una sentenza costitutiva che ne produca gli effetti, non elide la natura del preliminare quale contratto meramente obbligatorio né viola l'autonomia dei privati sostituendo la loro volontà contrattuale a quella del giudice, perché detti effetti sono dalle parti voluti, seppure mediatamente, essendosi l'una o entrambe obbligate alla conclusione di un contratto che sarà destinato a produrli. È questo il profilo che distingue il preliminare dalle intese precontrattuali, con le quali, pur essendo stato raggiunto l'accordo in merito a tutti gli elementi del contratto che si concluderà, non potrebbe mai ottenersi *ex iudice* una sentenza che ne produca gli effetti, mancando una manifestazione del consenso alla sua conclusione¹¹¹e, parimenti, dal definitivo, distinzione che verrebbe meno se il preliminare fosse già fonte delle prestazioni c.d. finali, nozione che, inoltre, finisce col tradire l'intento perseguito dalla dottrina suesposta. E, infatti, se da un lato tale teoria aspira a tutelare l'intangibile volontà dei contraenti non ammettendo la fungibilità della prestazione derivante dal preliminare, dall'altro viola questa stessa volontà nel momento in cui sostituisce *ipso iure* alle prestazioni e agli effetti concordati prestazioni ed effetti altri, non voluti direttamente e ciononostante ritenuti attuali in virtù di una finzione giuridica che, se priva di fondamento normativo, non può trovare legittima applicazione nel nostro ordinamento, pena la violazione del principio di autonomia privata. Per uscire da questa *impasse* diviene quindi necessario ricordare quel che all'autore che propugnò per primo l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre sembrò un'ovvietà: « non si tratta di costituire colla sentenza il contratto definitivo; si tratta di farne a meno »¹¹², il che vuol dire che la sentenza dà soddisfacimento all'interesse vantato dal creditore rimasto insoddisfatto a cagione dell'inadempimento del debitore mediante la produzione degli effetti che il contratto definitivo avrebbe prodotto se fosse stato concluso, non aggiungendo

¹¹¹ Diversamente vi sarebbe una palese violazione dell'autonomia dei privati e il contratto perderebbe la sua natura di atto negoziale, perché « l'obbligo di contrarre in buona fede non oblitera la libertà di contrarre » (CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 337), diversamente dall'obbligo di concludere il definitivo.

¹¹² CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, cit., p. 28.

alcunché a quanto concordato dalle parti. Ciò smentisce inoltre, sul piano del diritto, il riconoscimento in capo al creditore che promuove l'azione ex art. 2932 c.c. di un diritto potestativo, perché tale situazione soggettiva attribuisce al titolare il potere di modificare unilateralmente la sfera giuridica del soggetto passivo¹¹³ che versa in una posizione di soggezione rispetto alle scelte altrui, laddove nel preliminare una o entrambe le parti sono obbligate a concludere il definitivo affinché si producano gli effetti che gli sono propri, effetti che le parti, volendo il contratto da cui conseguono, vogliono, seppur mediatamente ovvero per il tramite del definitivo. Diversamente nulla residuerebbe del contratto preliminare (in particolare unilaterale), che verrebbe assorbito nel contratto di opzione¹¹⁴, mentre una differenza tra le due figure è stata prevista e voluta dal legislatore, onde, salvo volerne sostenere l'irrazionalità, il dato normativo non potrà essere obliterato ma dovrà essere rispettato, esigenza per soddisfare la quale non resta che accogliere quell'unica definizione che sia in grado di rispettare il confine, pur talvolta labile, tracciato dal codice tra il preliminare e gli altri contratti.

¹¹³ C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, rist. Napoli, 2013, p. 48 nt. 78. Esempi di diritto potestativo, presenti anche in materia contrattuale, si trovano in G. IUDICA-P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*¹⁸, Padova, 2017, p. 56 s. Tra questi il diritto di recesso che, in quanto idoneo ad incidere unilateralmente sulla sfera giuridica dell'altra parte in un ambito nel quale vige il principio dell'accordo, è ammesso nei soli casi previsti dalla legge o in presenza di una clausola contrattuale che lo contempli espressamente, come prevede l'art. 1373 c.c. Quanto detto conferma le perplessità manifestate rispetto al riconoscimento di un tale diritto in funzione del sorgere del vincolo contrattuale, il che avviene nell'opzione ove vi è una manifestazione di volontà in tal senso da parte del concedente, mentre nel preliminare la volontà è nel senso di concludere un nuovo contratto, non di assoggettarsi alla scelta dell'altra parte sul se concluderlo o meno.

Escluso che le parti del preliminare siano titolari di un diritto potestativo, a rigor di completezza, occorre ricordare che tale è la situazione soggettiva di cui si ritiene essere titolare, sul piano processuale, l'attore che proponga un'azione costitutiva. La dottrina processualcivilistica sostiene infatti che il diritto potestativo (detto a necessario esercizio giudiziale) abbia la funzione di attribuire rilevanza ai fatti modificativi, impeditivi, estintivi e si connota per la piena discrezionalità di esercizio riservata al suo titolare [A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 80, 82; A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 97]. In disaccordo CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 32, secondo il quale al privato non è dato un potere autosufficiente e unilaterale di incidere sulle relazioni giuridiche che lo coinvolgono, bensì il potere di agire in giudizio per vedere pronunciata una sentenza costitutiva.

¹¹⁴ L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 13 s., prende atto dei risvolti processuali derivanti dalle diversità sostanziali tra preliminare e opzione ed esclude l'applicabilità a quest'ultima dell'art. 2932 c.c. perché la domanda volta a far valere il patto di opzione è espressione della volontà di concludere il contratto oggetto dell'opzione e, dunque, trattasi di domanda di mero accertamento ed eventuale condanna alla consegna della *res*.

Ci pare perciò che la pronuncia giudiziale non sia derogatoria dell'autonomia privata. Invero, come dispone l'art. 1321 c.c., le parti stipulano il contratto « *per* costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale », e perché si producano nella propria sfera giuridica quelle finalità che alla sua conclusione conseguono¹¹⁵, le quali nel preliminare corrispondono alla conclusione del definitivo e, consequenzialmente, alla produzione degli effetti di tale negozio, sicché « l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti », in ossequio al disposto dell'art. 2908 c.c. che sul punto evoca l'art. 1321 c.c., costituendo un titolo alternativo al contratto definitivo e « (dando) vita al regolamento negoziale che sarebbe dovuto venire ad esistenza mediante la conclusione del contratto » i cui elementi sono già predeterminati dal preliminare¹¹⁶. Valendo quale titolo costitutivo di un nuovo rapporto giuridico

¹¹⁵ CHIOVENDA, Istituzioni, cit., p. 178.

¹¹⁶ L. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, Milano, 1975, p. 229. È infatti necessario che il preliminare contenga già il regolamento contrattuale del definitivo, perché se fosse prevista la sola produzione dell'effetto il giudice dovrebbe decidere in luogo delle parti il contenuto del contratto, ipotesi naturalmente inammissibile se non nei limiti entro i quali la legge lo consente, e in ogni caso in funzione integrativa e non costitutiva del regolamento dei propri interessi, perché in ciò consiste l'autonomia che, pertanto, è incompatibile con l'eteronomia (A. NICOLUSSI, *Etica del contratto e „contratti ‘di durata’ per l'esistenza della persona”*, in *Life Time Contracts*, a cura di L. Nogler-U. Reifner, The Hague, 2014, p. 130, ritiene tuttavia che ciò non valga ad escludere l'operatività della morale nell'ambito della autonomia contrattuale). L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*², in *Tratt. dir. civ. it.*, 14, IV, Torino, 1994, da tali considerazioni fa discendere che è il preliminare, e non la sentenza, il titolo che costituisce gli effetti del contratto definitivo, in quanto è ad esso che le parti rinviano ai fini della regolamentazione del loro rapporto, mentre noi riteniamo preferibile la tesi di chi sostiene che la sentenza surroghi il contratto rispetto alla sola produzione degli effetti, non anche alla *lex contractus* (MENGONI, *op. ult. cit.*, il quale afferma che il titolo che giustifica la produzione degli effetti è la sentenza la quale, se fosse diversamente, non sarebbe necessaria; S. MAZZAMUTO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 20, II, Torino, 1985, p. 320; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 177), il che vale anche in seguito al *revirement* giurisprudenziale ad opera di Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720 circa la proponibilità nel medesimo processo, volto a conseguire l'esecuzione dell'obbligo di contrarre, dell'azione di riduzione del prezzo della cosa viziata o che manchi delle qualità. Si è ritenuto in dottrina che tale decisione valesse a superare il principio della intangibilità delle condizioni del preliminare (F. MACARIO, Nota a sez. un. n. 1720/85, cit., in *Foro it.*, 1985, c. 1698), mentre il giudice ben potrebbe ridurre il prezzo dovuto, previo accoglimento della domanda principale di esecuzione dell'obbligo di contrarre, così evitando l'instaurarsi di un giudizio successivo e dunque in ossequio al principio di economia processuale. E, infatti, afferma CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, p. 49, la domanda di riduzione del prezzo è legata da vincolo di pregiudizialità-dipendenza a quella di esecuzione in forma specifica, giacché « una volta pronunciata quest'ultima... al rapporto nato dal contratto preliminare si sostituisce quello creato dalla sentenza e alla promessa di vendita subentra la vendita, della quale l'azione di riduzione del prezzo è un effetto indiscutibile nel quadro della garanzia per i vizi ». Come affermato da A. DI MAJO, *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust.*

(seppur collegato al preliminare), la pronuncia giudiziale diviene la causa di giustificazione degli spostamenti patrimoniali che conseguiranno alla sua emanazione e in tal senso presenta una propria ed intrinseca utilità, sia il definitivo un contratto con effetti meramente obbligatori o reali. Pur essendo innegabile che rispetto al secondo si percepisca con maggiore immediatezza la necessità di addivenire ad una pronuncia giudiziale che disponga il trasferimento della *res*, non può dimenticarsi che, in ossequio al principio dapprima richiamato, la sentenza resta necessaria anche rispetto ad un preliminare che obblighi alla conclusione di un contratto produttivo di effetti meramente obbligatori qualora debba agirsi per ottenere l'adempimento della prestazione inadempita e il risarcimento dei danni che all'inadempimento si accompagnano, mancando diversamente il titolo giustificativo della pretesa avanzata¹¹⁷. Ancora, la previsione dell'art. 2932 c.c. garantisce l'utilità pratica intrinseca al contratto preliminare¹¹⁸, destinata a venir meno¹¹⁹ qualora tale tecnica di attuazione del diritto non fosse concessa, come già emergeva dalle preoccupazioni manifestate da Chiovenda. Per converso, riconoscendo il preliminare fonte delle prestazioni del definitivo, la previsione dell'art. 2932 c.c. perderebbe gran parte della sua utilità, essendo stata

civ., 1985, p. 1639, dunque, l'orientamento accolto dalla giurisprudenza di legittimità non vale ad incidere sulla nozione di preliminare né sui rapporti tra preliminare e definitivo.

¹¹⁷ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 87, nt. 116. Com'è noto, costituisce principio generale del nostro ordinamento quello per cui ogni spostamento patrimoniale deve trovare giustificazione in un titolo che, se carente, legittima all'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c., sul quale v. M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 568 s.; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 70 s.

¹¹⁸ I mezzi di tutela specifica mirano infatti a dare attuazione al diritto facendo conseguire al suo titolare quelle utilità che *ex lege* o *ex contractu* gli spettano, differenziandosi così dal risarcimento in forma specifica, disciplinato in materia aquiliana dall'art. 2058 c.c. e in materia contrattuale « sotto le mentite spoglie di altre figure giuridiche » (l'azione di adempimento di cui all'art. 1453), come ci insegna CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 926 s.

¹¹⁹ Nonostante il creditore abbia a disposizione l'azione di adempimento prevista dall'art. 1453 c.c., l'utilità che dall'accoglimento della sua domanda può ricevere si rivela del tutto vana, poiché la sentenza di condanna alla prestazione dovuta non costituisce titolo idoneo al fine di ottenerne l'esecuzione giudiziale, trattandosi di prestazione infungibile (v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 38; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁸, Napoli, 2017, p. 886; C. MANDRIOLI, *Condanna a eseguire un contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 487), rispetto alla quale si discorre della applicabilità, su richiesta di parte, della misura di coercizione indiretta prevista dall'art. 614-bis c.p.c. che, come rivela il suo stesso *nomen*, non garantisce la soddisfazione diretta dell'interesse leso, ma è volta ad indurre il debitore ad eseguire la prestazione tramite la minaccia della somma che diversamente dovrà corrispondere, secondo il modello francese delle *astreintes*.

originariamente pensata per tale fattispecie, perché le parti potrebbero agire in giudizio per ottenere direttamente l'esecuzione forzata per consegna o rilascio¹²⁰ e, solo ove tale esecuzione non fosse possibile in ragione della infungibilità della prestazione finale, agire per ottenere una pronuncia giudiziale che, persa la sua natura costitutiva, si ridurrebbe ad una decisione di puro accertamento della fonte delle obbligazioni.

Il debitore che sia stato convenuto in giudizio, quindi, non subisce coattivamente un mutamento della propria sfera giuridica, come avviene invece nella vendita forzata e infatti, lungi dal sostituire il proprio volere al consenso delle parti, giova ripeterlo, il giudice attribuisce all'attore ciò che gli è dovuto per effetto di una volontà manifestata al momento della conclusione del preliminare, in seno alla quale è compresa la volontà *pro futuro* del definitivo (e dei suoi effetti), perché il preliminare è uno schema di formazione del consenso del definitivo i cui effetti non possono che prodursi con la sua conclusione ovvero, divenuta esigibile la prestazione, mediante sentenza costitutiva.

Recuperata la *recta via* dei rapporti tra diritto e processo e confutata la tesi che dalla loro inversione ha desunto il mutamento della fattispecie del preliminare, occorre ora soffermarsi sull'analisi di quella tesi che, partendo dal diritto, infrange il cuore del preliminare sostenendo l'inconciliabile convivenza del potere e dell'obbligo che tale contratto consente.

4.2. *Autorità versus libertà: il potere e l'obbligo.*

La diaframma tra autorità e libertà che da sempre si accompagna all'indagine sui limiti che circondano l'autonomia dei privati è sorta, come abbiamo visto, a proposito del preliminare quale contratto atipico ed è proseguita nel nostro ordinamento anche in seguito alla sua "tipizzazione"¹²¹. Seppure il diritto comune abbia superato quello che abbiamo detto essere l'ostacolo formale che si frapponeva nel diritto romano all'ammissibilità del preliminare, riconoscendo alle

¹²⁰ Nel medesimo senso, v. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 1536 s.

¹²¹ Ovvero, ad essere più precisi, il codice del 1942 ha nominato, ma non tipizzato, il preliminare, come deve ritenersi in ragione della laconicità della disciplina che il legislatore gli ha dedicato.

parti la libertà di concludere contratti atipici, il rigore che pure ha caratterizzato il diritto moderno, influenzato dalla storia, induceva a ritenere che le parti incontrassero un limite nell'esercizio della loro libertà ogni qual volta dall'obbligazione *ex contractu* fossero discesi effetti incompatibili con l'essenza della fattispecie legale interessata (il contratto *definitivo*). Ma tali argomentazioni scadono in un eccesso dogmatico che annebbia la vista del giurista e lo rende incapace di cogliere il diverso che separa il contratto voluto (e dovuto) in base ad una manifestazione di volontà espressa *ex ante*¹²² dall'atto dovuto di natura non negoziale¹²³.

L'equivoco sorge dalla asserita inconciliabilità tra il potere e il dovere, il potere di autodeterminarsi alla conclusione del contratto nell'esercizio

¹²² Una tale volontà è del tutto carente nella vendita forzata, mentre è espressione formale dell'osservanza di un obbligo legale nel caso del prestatore di servizi di trasporto (art. 1679 c.c.) e del monopolista (art. 2597 c.c.), che resta la più comune tra le ipotesi di obbligazione di contrattare previste dal legislatore.

Quanto alla vendita forzata, tale profilo è stato il motivo scatenante la disputa dottrinale sorta già sotto il vigore del codice del 1865 circa la natura della fattispecie, la quale ha visto contrapporsi la teoria contrattualistica (v. G. CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, p. 100; I. LUZZATI, *Della trascrizione: commento teorico-pratico al titolo XXII del libro III del codice civile*, Torino, 1888; A. ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Milano, 1961), le teorie pubblicistiche (v. S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1998, p. 51 ss.; S. SATTA, *La rivendita forzata*, Milano, 1933, p. 51) e la tesi "intermedia", elaborata da S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, p. 301 ss., del c.d. atto-procedimento, che ha dato rilievo ai profili processualciviltistici che connotano l'istituto, riconoscendo la natura coattiva del trasferimento che ne deriva quale effetto *ex lege* (art. 529 ss. c.p.c.), Cfr. anche M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1965, p. 96.

Quanto al contratto concluso col prestatore di servizi di trasporto e del monopolista, si dibatte se l'obbligo abbia ad oggetto la prestazione del consenso. Sul punto vi sarebbe equivalenza con l'obbligo derivante dal preliminare, o lo stesso servizio che egli fornisce. V. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 77 s.

¹²³ Atto dovuto è in genere quello con cui si adempie un obbligo (CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 139). La qualificazione "dovuto" – ritenuta da autorevole dottrina più significativa di quella del sostantivo qualificato (CASTRONOVO, sub *artt. 1176-1181*, cit., p. 19) – indica che l'attività solutoria si riferisce a un debito al quale essa dà esecuzione, pertanto è tale anche la conclusione del contratto definitivo (così CASTRONOVO, *op. loc. cit.*; G.A. MICHELI, Sub *art. 2932. Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953, p. 532). Si tratta, in particolare, di un atto che, oltre a statuire un dover essere, assume una funzione satisfattiva e può compiersi mediante un provvedimento o un negozio (così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², rist. Napoli, 1994, p. 22 s.), la cui natura è dunque invariata.

dell'autonomia privata¹²⁴ e l'obbligo – che del dovere è la figura più comune¹²⁵ – che discende dal preliminare, di concludere il contratto definitivo¹²⁶. Per cui se l'interesse sotteso alla situazione soggettiva di cui è titolare il creditore deve essere soddisfatto dal debitore mediante l'adempimento della prestazione cui è obbligato¹²⁷ e tale prestazione è quella di concludere il contratto (definitivo), allora, si obietta, quest'ultimo non è atto voluto bensì dovuto, *ergo* non è contratto¹²⁸.

Argomentare tale conclusione *per relationem* rispetto alla teoria accolta dalla nostra dottrina sulla natura non negoziale dell'adempimento non riteniamo che sia appropriato, poiché in primo luogo si tratta di una tesi generale ma non assoluta¹²⁹,

¹²⁴ F. SANTORO PASSERELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 207. L'autonomia privata infatti comprende in sé le capacità attive, i diritti soggettivi, i poteri tra cui, in particolare, il potere di concludere il contratto che, secondo la classificazione elaborata da S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 14, 178, ha natura innovativa perché, coerentemente alla nozione di cui all'art. 1321 c.c., produce una modificazione della realtà mediante la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale. Espressione di tale potere è dunque la possibilità di conseguire, con un atto della sua volontà, una determinata modificazione giuridica, ovvero di causare, mediante il suo esercizio, la produzione di un determinato effetto (CARIOTA FERRARA, *Sulla « definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere »*, cit., p. 323, 328; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, p. 551; R. NICOLÒ, *Sub art. 2900*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953, p. 31).

¹²⁵ ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 105, perché l'obbligo è il correlativo del diritto soggettivo e presuppone dunque un rapporto giuridico, un'alterità che il dovere in senso stretto non implica. L'alterità del rapporto giuridico spiega la necessaria correlazione tra diritto e obbligo, funzionale a garantire al titolare del diritto il potere di esigere quanto gli è dovuto per il soddisfacimento dell'interesse che mira a realizzare, come rileva V. FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 132; E. BETTI, voce *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, spec. p. 58.

¹²⁶ L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, p. 49, *contra* i recensori della sua opera: L. MENGONI (in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 411 s.) e P. FORCHIELLI (in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 1068 s.).

¹²⁷ ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 174.

¹²⁸ Così L. MONTESANO, *Contenuti e sanzioni delle obbligazioni da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 37, il quale svislisce il riferimento specifico che il definitivo fa al preliminare ritenendolo privo di qualsivoglia rilievo formale, e però necessario in ragione della sua funzione. In alternativa, come afferma SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., p. 17, nt. 39, dovrebbe ritenersi che il preliminare non abbia natura contrattuale ma sia da ricondursi alla fase delle trattative, ipotesi che l'A. si prefigura ma esclude, sostenendo altresì il mancato accoglimento della stessa nella letteratura civilistica anteriore e – *a fortiori* – posteriore al codice vigente, che ne ha sempre riconosciuta la natura vincolante.

¹²⁹ Infatti, come rileva CASTRONOVO, *sub artt. 1176-1181*, cit., p. 17, 19, se l'adempimento è l'esatta esecuzione dell'obbligazione, ovvero « il fatto originariamente previsto per l'estinzione del *vinculum iuris* », la sua natura sarà quella di atto in senso proprio o negozio a seconda che così esiga l'obbligazione da adempiere. Ne deriva che la natura dell'adempimento non potrà dirsi *ex ante* negoziale o meno, ma dovrà essere accertata *per relationem* all'oggetto della prestazione, per cui nel caso in cui questo sia un negozio (nel caso di specie il contratto definitivo) avrà natura contrattuale. Diversamente si andrebbe incontro al seguente dilemma, prospettato da PUGLIATTI,

in secondo luogo non pare mettere debitamente in luce quel che è il vero *punctum dolens* da risolvere: non poter essere la conclusione di un negozio, che è esercizio di un potere, oggetto di un'obbligazione *ex contractu*¹³⁰. Per vero la natura attiva del potere, inteso quale possibilità di agire, di « espandere l'esistenza mediante l'azione »¹³¹, si annulla se il comportamento che potrebbe essere compiuto liberamente diventa oggetto di un obbligo che imbriglia la volontà – e il potere medesimo che della prima è manifestazione – perché subordina l'interesse del debitore all'interesse del creditore e si risolve nella necessità di non svolgere l'interesse proprio¹³². A ragione si è dunque sostenuto che l'obbligo esclude il potere¹³³, mentre è un abbaglio, di cui l'autore che su tale fondamento ha costruito

Rappresentanza indiretta e morte del rappresentante, cit., p. 429: « o l'atto traslativo, cioè il tipico contratto di vendita, si realizza in quello che si dice contratto preliminare, o il contratto definitivo è un vero e proprio contratto di vendita, sia pure sollecitato e vincolato ad un rapporto giuridico preesistente » (ed è quest'ultima la tesi sostenuta dall'A.). Concorda sul punto P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 30, il quale ritiene che possa essere dedotto in obbligazione un comportamento negoziale idoneo a soddisfare l'interesse del creditore, mercé gli effetti giuridici che dalla sua conclusione derivano e, sostenendo la natura negoziale dell'atto, seppure di adempimento, afferma la necessaria capacità delle parti contraenti al momento della conclusione del definitivo, affinché queste possano verificare la corrispondenza di contenuto tra il preliminare e il contratto che vi dà esecuzione (*op. ult. cit.*, p. 31, nt. 21). Anche A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase, 2014, p. 48 s., affermando che il definitivo richiede una manifestazione di volontà, aderisce alla tesi secondo cui l'adempimento, in questo come in altri casi analoghi, ha natura negoziale, opinione condivisa da V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 745; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 557; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, p. 56. Dalle osservazioni svolte, NICOLÒ, *op. ult. cit.*, trae la condivisibile conclusione per cui la causa dell'adempimento (la preesistenza dell'obbligo) è altra dalla causa del negozio che, dunque, resta inalterata, conservando la natura sua propria. Sul punto CARIOTA FERRARA, *Sulla « definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere »*, cit., p. 330 s., concorda col NICOLÒ in merito all'esigenza di distinguere tra *causa solvendi* e causa del definitivo e supera così l'apparente contraddizione insita nel ritenere il medesimo atto “negozio e non negozio” e riconosce il definitivo quale contratto autonomo dal preliminare, dotato di causa propria, diversa da quella del preliminare e non assorbita pertanto dalla *causa solvendi* in senso stretto. Non merita accoglimento, allora, l'obiezione mossa da T. RAVA, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, p. 269 s., circa l'inconcepibilità da un lato di un negozio dovuto in esecuzione dell'obbligo nascente da un altro negozio e dall'altro di un negozio avente quale causa un altro negozio, una volta chiarito che così non è.

¹³⁰ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 34 nt. 60, 39 s., spec. p. 47, 49.

¹³¹ CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 137; V. FROSINI, *Potere (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, p. 440.

¹³² CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 137, 158; MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 41.

¹³³ MENGONI, recensione, cit., p. 412, spiega infatti che tale esito è escluso dall'essere il potere una forma antitetica dell'obbligo e certamente un potere non può essere contenuto di un obbligo, mentre non è ugualmente escluso, come vedremo, che contenuto di un obbligo sia l'atto di esercizio di un potere.

la teoria sul contratto preliminare non si avvede, ritenere che l'obbligo di contrarre sia logicamente e giuridicamente impossibile in ragione della assoluta inconciliabilità dell'adempimento (dovuto) con l'esercizio del potere¹³⁴. Invero, come ha rilevato Luigi Mengoni nella critica mossa a Montesano, l'obbligo di contrarre ha quale presupposto il potere, ma questo non si esaurisce con quello¹³⁵. Poiché il preliminare è uno schema di formazione del contratto definitivo, entrambi i contratti, quello concluso (preliminare) e quello da concludere (definitivo), sono espressione del potere di autonomia privata che, con riguardo all'uno e all'altro, trova manifestazione nel consenso che si manifesta nei due momenti in cui è scandita la negozialità¹³⁶. Con ciò si intende dire che le parti non godono più della libertà sul se concludere il contratto e con quale contenuto¹³⁷, non anche, come ha sostenuto Montesano obiettando alle critiche che Mengoni gli aveva sollevate, che non possa ravvisarsi « (nello) stesso atto l'essenza e dell'adempimento e del

¹³⁴ FORCHIELLI, recensione, cit., p. 1068 s., rileva i punti critici sottesi alla tesi del MONTESANO (*op. ult. cit.*, p. 108 s.) da cui emerge l'imbarazzo a non cadere in contraddizione con quanto sostenuto a proposito del preliminare, tentazione alla quale infine cede ammettendo che una certa contaminazione tra situazione soggettiva attiva e passiva sia talvolta inevitabile. Ma accanto alle critiche non può sottacersi il favore espresso da molti autori alla tesi di cui si sta discorrendo, tra i quali da ultimo merita di essere ricordato F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, 2, Torino, 2010, p. 7, secondo cui sostenere la negozialità del definitivo significherebbe « conciliare l'inconciliabile ».

¹³⁵ MENGONI, recensione, cit., p. 411 s. Aderisce a tale tesi B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, p. 13 nt. 21, secondo il quale l'esercizio del potere assolve nel caso di specie una funzione strumentale, poiché è il mezzo tecnico per produrre l'effetto e soddisfare l'obbligo.

¹³⁶ Tanto è vero che l'art. 2932 c.c. appresta a tutela del contraente che intenda ottenere la conclusione del definitivo un mezzo di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, disponendo con sentenza costitutiva la produzione degli effetti che il contratto definitivo avrebbe conseguito se fosse stato concluso, ponendosi come fondamentale garanzia della effettiva attuazione degli obblighi e realizzazione delle situazioni riconosciute (SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., p. 11). Qualora si ritenesse che l'obbligo di contrarre abbia ad oggetto il potere, tale mezzo di esecuzione sarebbe contrario al principio sovrano dell'autonomia contrattuale che delimita e conforma i poteri del giudice, il quale non può intromettersi nelle scelte dei privati sostituendo la propria alla loro volontà [(SASSANI, *op. ult. cit.*, p. 12) sono infatti eccezionali i casi di integrazione cogente, v. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 498 s.]. Dunque l'effetto del definitivo si produce *ex officio* perché le parti, manifestando la volontà di obbligarsi alla sua conclusione, prestano il consenso a che l'effetto che ne deriverà si produca. Come si è detto, la libertà contrattuale rispetto al definitivo si esaurisce con la conclusione del preliminare. Ma di questo diremo meglio in seguito (cap. II).

¹³⁷ È naturalmente salva l'ipotesi in cui i contraenti si accordino per la liberazione del *vinculum iuris* derivante dal definitivo ovvero per la rideterminazione del regolamento contrattuale.

negozio »¹³⁸, poiché il contratto quale *negotium* è manifestazione del volere, a nulla valendo che sia al tempo stesso atto dovuto. L'adempimento infatti è un predicato che esprime la corrispondenza di certe attività rispetto all'attuazione del programma dell'obbligazione, senza per ciò incidere sulla loro natura, alterandola, bensì preservandone la qualificazione che gli è propria di fatti, atti, negozi¹³⁹, a seconda della forma giuridica che gli pertiene. Ma se da un lato, come si è dimostrato, l'obbligo di negoziare non oblitera la natura contrattuale del definitivo, dall'altro questo non può comunque ritenersi neutro, assumendo precipuo rilievo in caso di inadempimento¹⁴⁰. Nonostante il giudice non possa sostituire alla volontà dei contraenti la propria, mediante sentenza costitutiva – come già rilevato – può disporre la produzione degli effetti del definitivo ricalcando le *orme dell'autonomia*¹⁴¹, onde le medesime modificazioni della realtà che il contratto avrebbe prodotto se fosse stato concluso conseguiranno alla decisione giudiziale.

Accecato dall'idea suesposta secondo cui, esclusa la conciliabilità tra potere e obbligo, il preliminare non possa avere ad oggetto la conclusione del contratto, Montesano dissolve il contratto preliminare privandolo dell'oggetto che gli è proprio, per cui, mutata la fattispecie, ne mutano gli effetti, il che induce a domandarsi se abbia senso persistere nel parlare di *preliminare*. Quel che lo

¹³⁸ MONTESANO, *Contenuti e sanzioni*, cit., p. 37 nt. 2. D'accordo con Montesano, P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 117 s., secondo il quale il definitivo recupera natura negoziale solo qualora le parti ne innovino la disciplina rispetto a quanto concordato col preliminare (*op. ult. cit.*, p. 120, nt. 83). Così, anche ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 48, che con riguardo a quest'ultima ipotesi parla di prestazione in luogo dell'adempimento *ex art.* 1197 c.c., avente effetto estintivo dell'obbligazione assunta col preliminare, ma in base ad un atto diverso da quello dovuto. Applica il modello della *datio in solutum* al caso di specie anche G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 539.

¹³⁹ C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, I², Torino, 1999, p. 71; RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 56.

¹⁴⁰ Com'è noto l'inadempimento configura un momento patologico dello svolgersi del rapporto obbligatorio, elevato dall'art. 2932 c.c. a presupposto di applicazione della norma, la quale, del pari, attiene ad una fase patologica del rapporto derivante dall'inadempimento dell'obbligo di concludere il definitivo, *contra* MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit. Ma l'art. 2932 c.c., come rileva anche G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 37 s., non esclude la natura negoziale del definitivo. a favore della quale, anzi, merita di essere richiamata la lettera della norma che ha « riconosciuta e positivamente valutata proprio la funzione negoziale del definitivo, in pieno accordo con la concezione dominante già al tempo della sua emanazione » ma, prosegue, « certo non si può attribuire un peso eccessivo a quest'ulteriore dato, risultante dalla lettera della legge » (*op. ult. cit.*, p. 11).

¹⁴¹ C.A. NICOLETTI, *Sul significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 404.

connota, di fatti, è il suo essere a metà « tra un principio (le trattative) e un termine (il cosiddetto contratto principale o definitivo) »¹⁴² e tale aspetto conserva se e in quanto si mantiene la concezione che tradizionalmente se ne è avuta, superata la quale tutto si riduce alle trattative o al definitivo e del preliminare nulla residua. Deve concludersi pertanto che delle due l'una: o il preliminare è il contratto che obbliga a concludere il definitivo o di tale fattispecie non ha senso discorrere, *tertium non datur*.

4.2.1. Segue. *La dissoluzione del preliminare.*

Sfigurato nella sua essenza, il preliminare perde così la propria autonomia e utilità, che si è tentato vanamente di recuperare attraverso la rottura della sua unità e la comprensione in esso di *tipi* profondamente diversi tra loro che, oltre ad essere equivocamente denominati “preliminari”, vengono arbitrariamente compresi entro la nozione classica secondo cui la fattispecie “obbliga a concludere un contratto” che, seppure detta impropria¹⁴³, continua ad adoperarsi, fornendole una definizione altra da quella che le parole sono in grado di esprimere. Ma se così è, allora, *nomina (non) sunt consequentia rerum*, contrariamente a quanto impone la natura, prima ancora che il diritto. Si rivela vano allora il tentativo di restare ancorati al dato formale, perché in realtà, come si vedrà, ci si muove in senso opposto ad esso.

Il primo tipo comprende i casi in cui le parti non abbiano ancora raggiunto l'accordo sui requisiti essenziali del definitivo che intendono concludere, per cui non discenderà da tale contratto l'obbligo di *contrahere*, bensì di contrattare; il secondo, diversamente, essendo completo nel suo contenuto, è titolo già idoneo alla produzione degli effetti del definitivo, i quali si intendono tuttavia sospesi sino al verificarsi dell'evento dedotto in condizione sospensiva, avente ad oggetto la raccolta della documentazione a tal fine necessaria (la stipulazione del definitivo), ostacolo che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* avrebbe la funzione di rimuovere¹⁴⁴:

¹⁴² COVIELLO, *Dei contratti preliminari*, cit., p. 9.

¹⁴³ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 96 s.

¹⁴⁴ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 84 s., 96 s.; ID., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 523. Ma il definitivo, se stipulato, diviene la mera trasposizione formale di un contratto che non fosse stipulato non metterebbe capo a una sentenza *ex art. 2932 c.c.*, ma ad una sentenza di mero accertamento, funzionale, ove occorra, alla trascrizione.

risulta evidente che mentre il primo tipo delinea null'altro se non un'intesa precontrattuale, pertanto riconducibile alla fase delle trattative, il secondo costituisce già un contratto definitivo.

Partendo dalla prima delle due figure, preme evidenziare che lo stesso autore che la prevede riconosce che, mercé la sua conclusione, le parti intendano definire il raggiungimento della fase delle trattative e obbligarsi a proseguirle, non anche obbligarsi a concludere il contratto, per cui dalla sua conclusione discenderebbe un obbligo di prestazione infungibile¹⁴⁵, al cui inadempimento può far seguito esclusivamente il risarcimento del danno quale effetto della responsabilità derivante, si badi, non dall'inadempimento della prestazione *ex art. 1218* bensì dalla violazione dell'obbligo di buona fede, riferito alla fase delle trattative *ex art. 1337 c.c.* e non di esecuzione del contratto *ex art. 1375 c.c.* Il contratto preliminare varrebbe dunque da un lato a qualificare la prosecuzione delle trattative quale obbligo di prestazione, dall'altro a « fonda(re) su basi contrattuali la responsabilità precontrattuale »¹⁴⁶, il che significa attribuire a un negozio natura contrattuale

¹⁴⁵ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 100, esclude infatti che l'art. 2932 c.c. possa trovare applicazione rispetto a tale *tipo* di preliminare, ricomprendendolo in quelle ipotesi di impossibilità che la previsione legale già contempla quale limite all'emanazione della decisione giudiziale; limite che, tuttavia, non può ritenersi, come si giunge a sostenere, coesistente alla fattispecie (seppure declinata in una delle due tipologie che si ritiene possa assumere), in quanto se così fosse una tale indicazione sarebbe superflua, avendo un senso in ragione della sua eccezionalità.

¹⁴⁶ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 89. È affine a tale teoria la tesi elaborata da NICOLETTI, *Sul significato attuale del contratto preliminare*, cit., p. 414; ID., *Disciplina del preliminare e aspettativa sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 67, che definisce il preliminare "un contratto con riserva di completazione del contratto", espressione che l'A. definisce un neologismo per il linguaggio giuridico. Secondo NICOLETTI la « preliminarità » che connota la fattispecie verrebbe a configurarsi nella riserva tipica di completare il contratto (*Sul significato attuale del contratto preliminare*, cit., p. 401) che è ad essa insita, per cui vale anche qui l'obiezione che abbiamo sollevato alla tesi esposta nel testo circa la natura contrattuale di tale atto, ritenuta dal NICOLETTI frutto di un vizio logico perché « siffatto contratto [...] non è un contratto incompleto [...] è il contratto preliminare » che, prosegue, alla luce degli art. 1351 e 2932, le parti sono legittimate a porre in essere. Secondo l'a. da un lato dunque il contratto preliminare è incompleto, la sua forza essendo il potere di completare il regolamento di interessi finale mediante il definitivo (*Disciplina del preliminare*, cit., p. 69), dall'altro è considerato perfetto, secondo un dubbio parallelismo tra reato tentato e reato compiuto (*Sul significato attuale del contratto preliminare*, cit., p. 405) che, come ci insegnano i penalisti (M. ROMANO, sub *art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I³, Milano, 2004, p. 602 s.), costituiscono titoli autonomi di reato, il primo dei quali sorge dalla combinazione tra l'art. 56 e la norma di parte speciale che disciplina il reato compiuto, rispetto alla quale configura un *quid minoris* (il tentativo si colloca infatti in una fase intermedia che precede la consumazione e segue l'ideazione, ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 586), la cui legittimazione nell'ordinamento trova perciò la sua *ratio* nella norma che lo prevede e ne

riconoscendolo fonte di un obbligo di prestazione che, se violato, obbligherebbe il debitore al risarcimento di un danno corrispondente a quello che consegue alla violazione dell'obbligo senza prestazione (l'osservanza della buona fede nella fase delle trattative). Peraltro se così fosse, il regolamento contrattuale sarebbe incompleto per indeterminatezza dell'oggetto che ne è requisito essenziale, la cui assenza è fonte di nullità *ex art. 1418, co. 2 c.c.* È evidente, allora, che l'atto con cui le parti concordano alcuni degli elementi essenziali del contratto che intendono porre in essere ha natura precontrattuale ed è fonte di obblighi senza prestazione dalla cui violazione discende la responsabilità precontrattuale, in conformità alla corrispondenza tra fattispecie ed effetto¹⁴⁷.

Rispetto alla seconda delle due figure, invece, ne rileviamo sin d'ora la artificiosità, che ci pare in primo luogo discendere dalla evidente lesione del principio di autonomia privata che segue al ritenere gli effetti negoziali sospensivamente condizionati alla produzione della documentazione necessaria al loro prodursi e ciò sotto un duplice profilo. In primo luogo perché gli effetti del definitivo vengono anticipati al preliminare, trasformato nella loro fonte, nonostante dal preliminare risulti la volontà delle parti di concludere un contratto successivo; in secondo luogo perché, com'è noto, la condizione è elemento accidentale e non necessario del contratto, il quale, salve le *condiciones iuris* che

definisce gli elementi costitutivi (ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 588). Orbene, seppure nell'ordinamento civile non viga il principio di legalità, la coerenza del sistema impedisce di applicare a proprio piacimento una categoria a figure che siano prive degli elementi costitutivi che la formano, per cui o il preliminare è completo degli elementi essenziali richiesti dall'art. 1325 o non è un contratto. Inoltre non può condividersi l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. al preliminare, ove incompleto nel suo contenuto, riconoscendo natura strumentale all'obbligo di concludere un contratto ed escludendola solo ove lo scioglimento della riserva di completare il regolamento contrattuale sia impossibile (*Sul significato attuale del contratto preliminare*, cit., p. 406 s.). Se il preliminare è privo degli elementi essenziali del definitivo deve infatti ritenersi invalido *ex art. 1418, co. 2*, e quindi l'esecuzione dovrebbe escludersi a priori, come sostiene MONTESANO, salva l'ipotesi in cui sia prevista espressamente un'integrazione suppletiva, come avviene per il prezzo nella compravendita (art. 1498, co. 2).

¹⁴⁷ Certo, la responsabilità precontrattuale può sorgere anche a contratto concluso, ma pur sempre per la violazione dell'obbligo di buona fede durante le trattative. V. da ult., Cass. 23 marzo 2016, n. 5762, ove si afferma che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative è fonte di responsabilità *ex art. 1337 c.c.* « anche (in caso) di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso ».

tali sono se e in quanto disposte *ex lege*, presuppone che i contraenti abbiano dichiarato di voler subordinare l'efficacia del contratto ad un avvenimento futuro e incerto (secondo il modello della condizione sospensiva al quale l'autore fa riferimento)¹⁴⁸, il che può certamente desumersi in via interpretativa ma, posto che l'*ars interpretandi* in materia contrattuale si risolve in un'indagine sulla volontà (art. 1362), è pur sempre necessario che una volontà in tal senso risulti espressamente o implicitamente dal contratto. In sua assenza, dunque, nulla può dirsi circa la sospensione degli effetti del contratto che, si precisa, secondo la ricostruzione dell'autore, coincidono con quelli del definitivo; ma questi, se effettivamente voluti, si produrranno al momento della sua conclusione, salvo che le parti non abbiano diversamente previsto, e allora non avrebbe senso parlare di preliminare. Lo testimonia l'esperienza tedesca, ove il *Vorvertrag* viene distinto dagli accordi da documentare in seguito (*Abreden späterer Beurkundung*), disciplinati dai §§ 125 II e 154 II BGB, distinzione per la quale diviene imprescindibile l'interpretazione del contratto e che, sul piano degli effetti, si rinviene nell'essere il contratto che segue al *Vorvertrag* costitutivo, il contratto che segue agli accordi da documentare in seguito meramente dichiarativo di una volontà che già in essi trova fonte¹⁴⁹.

Inoltre, ritenendo che il preliminare obblighi a produrre la documentazione necessaria per la produzione dell'effetto, avvenimento futuro ma non incerto che arbitrariamente si sostiene dedotto in condizione, la sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 si trasforma in una pronuncia risolutiva atta a rimuovere la condizione medesima, rendendo così giuridicamente possibile la produzione degli effetti negoziali¹⁵⁰, con evidente violazione del dato normativo che, diversamente, la riconosce quale strumento di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre. Rispetto a tale profilo ci pare di poter cogliere un'affinità con l'ipotesi contemplata dall'art. 8, n. 2 del r.d. 28 marzo 1929 (l. tav.) a proposito dell'iscrizione tavolare

¹⁴⁸ Criticando tale tesi, inoltre, GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 106, correttamente rileva che configurando il preliminare quale definitivo *condizionato* dovrebbe introdursi un'eccezione al principio dell'efficacia retroattiva della condizione *ex art. 1360 c.c.*

¹⁴⁹ SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 147, nt. 2.

¹⁵⁰ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., p. 136.

della prenotazione, prevista dall'art. 35 per gli atti o le sentenze che non abbiano ancora tutti i requisiti prescritti dagli art. 31 e 34 per l'intavolazione¹⁵¹, ma i soli requisiti generali di cui agli art. 26 e 27, onde l'effetto traslativo che, ai sensi dell'art. 2 l. tav., consegue all'iscrizione del diritto nel libro fondiario non potrà prodursi per carenza della documentazione a tal fine necessaria sino all'avvenuta giustificazione della prenotazione *ex art.* 40 e 41. La sentenza, al pari di quanto previsto in materia tavolare, mirerebbe così ad eliminare l'ostacolo puramente formale che si frappone alla produzione dell'effetto traslativo (in tal senso sarebbe parzialmente risolutiva del preliminare)¹⁵², il che se fosse vero eliminerebbe ogni differenza tra la situazione descritta e quella che ha luogo in seguito alla conclusione del contratto preliminare, mentre una tale equivalenza è smentita dalla legge tavolare che, in seguito alla riforma operata dalla l. 24 novembre 2000, n. 34, ha previsto l'annotazione e non la prenotazione del contratto preliminare, mentre la sentenza di cui all'art. 2932 c.c. consente l'intavolazione del diritto annotato, in quanto titolo dell'acquisto.

A conclusione di quanto detto, possiamo rilevare che i due *tipi* di preliminare elaborati da Montesano possono considerarsi l'espressione *in nuce* di quelli che sono oggi divenuti, rispettivamente, il c.d. preliminare di preliminare e il

¹⁵¹ Perché in quell'ordinamento vige il principio dell'iscrizione, in forza del quale « la pubblicità concorre a integrare la fattispecie primaria del mutamento giuridico cui il negozio di alienazione è destinato », così MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, cit., p. 11. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 10 s., rileva inoltre la distinzione tra la prenotazione, prevista dall'ordinamento austriaco – e dalla l. tav. su modello di esso – quando il titolo manca dei requisiti formali o di efficacia che sono necessari per l'intavolazione (ad. es., quando risulta da scrittura privata non autenticata o da sentenza non ancora passata in giudicato o si tratti di titoli condizionati), e la prenotazione dell'ordinamento tedesco, che vale quale iscrizione provvisoria concessa al fine di rafforzare il diritto personale derivante, a titolo esemplificativo, dalla compravendita, costituendo un vincolo di indisponibilità a carico del diritto oggetto dell'obbligazione di trasferire. Guardando alla prenotazione di matrice austriaca, la tesi del Montesano sembra riconoscere al giudice i medesimi poteri che gli competono qualora egli rilevi un difetto formale che ostacoli l'intavolazione, ove, come spiega C. RUSCONI, *La pubblicità tavolare nella moderna circolazione giuridico-economica*, in *Fiat intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta normativa*, a cura di A. Nicolussi-G. Santucci, Trento, 2016, p. 38, « il giudice può consentire l'iscrizione provvisoria, con salvezza del grado, in attesa che l'istante provveda alle dovute integrazioni ».

¹⁵² Perdendo, tra l'altro, la sua natura di sentenza costitutiva dell'obbligo di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *ex art.* 2932 c.c.

preliminare di vendita con effetti definitivi anticipati¹⁵³, secondo le suggestive formule elaborate in dottrina¹⁵⁴: l'uno proiettato all'indietro, verso la fase delle trattative, l'altro in avanti, verso il definitivo, rispetto alla posizione di mezzo che spetta al contratto preliminare.

4.3. *La trasformazione del preliminare di vendita in altro da sé: un'indebita creazione dottrinale.*

Ma la dottrina che genera maggior scompiglio quando si tratta di definire il preliminare e individuarne gli elementi essenziali deve senz'altro individuarsi in quella che, recuperando le teorie sorte sotto la vigenza del codice del 1865, sostiene che da tale contratto nasca un obbligo di prestazione del consenso per la conclusione del definitivo, « i cui effetti tipici verranno in vita solo se e quando... (il) definitivo sarà stipulato »¹⁵⁵, salvo poi precisare che, qualora oggetto dell'obbligo di contrarre sia la compravendita, « l'obbligo che nasce a carico del promittente alienante non è la stipula del definitivo in sé e per sé, ma quello di far conseguire, con esso o altrimenti, la proprietà immediata del bene, esente da vizi »¹⁵⁶. Si tratta di un'affermazione che *prima facie* appare coerente con la nozione di preliminare di cui si è detto *supra*, che pure Francesco Gazzoni accoglie in parte, perché, come già precisato, i contraenti del preliminare vogliono il definitivo e, mediamente, i suoi effetti, i quali nel caso della vendita coincideranno col trasferimento della proprietà, obbligazione che in forza del principio

¹⁵³ Si distingue così tra preliminare *forte*, espressione adoperata per la qualificazione del contratto assistito dal rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, e preliminare *debole*, che tale è in contrapposizione al primo perché l'obbligo di contrarre che ne deriva non è suscettibile di esecuzione *ex art.* 2932 c.c.; tra preliminare *puro*, con cui le parti dilazionano nel tempo la realizzazione dell'operazione economica obbligandosi a concluderla, e preliminare *spurio*, in cui a tale obbligo si aggiunge quello di pagamento del prezzo dovuto per il (futuro) trasferimento della proprietà della cosa.

¹⁵⁴ Formule suggestive di cui in tempi recenti si sono nutrite la nostra dottrina e giurisprudenza. Tra queste si ricordano: la c.d. perdita di *chance* (v. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 322), il danno esistenziale (v. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 342 s.; ID., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 240 ss.), il diritto all'oblio.

¹⁵⁵ GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 885.

¹⁵⁶ *Op. ult. cit.*, p. 891. La teoria esposta si riferisce al preliminare di vendita c.d. puro, mentre il preliminare con effetti definitivi anticipati è considerato la figura che ne proclama il successo (ID., *Il contratto preliminare*, cit., p. 26).

consensualistico conseguirà alla conclusione del definitivo ovvero, in caso di inadempimento, al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c., onde se ciò si volesse intendere si potrebbe concordare col ritenere che dal preliminare nasce l'obbligo di far conseguire gli effetti del definitivo dal definitivo medesimo, trattandosi di una formulazione diversa con la quale si vuol dire pur sempre che dal preliminare discende l'obbligo di contrarre. Senonché ci si avvede ben presto della erroneità di tale lettura rispetto a quel che questa teoria vuole significare. Gazzoni, proseguendo il suo discorso, afferma infatti che « il preliminare di vendita genera l'obbligo non tanto di *prestare* il consenso, quanto di *dare*, con scissione del *titulus* (il preliminare) dal *modus acquirendi* (il definitivo) »¹⁵⁷, come se questa fosse la conclusione naturale di quella premessa su cui ci siamo soffermati e da cui abbiamo ritenuto di non poter trarre (apparentemente) alcun profilo di discriminazione rispetto alla teoria tradizionale che, in omaggio alla natura del preliminare, non ne ammette un distinguo a seconda che il definitivo sia produttivo di effetti reali o meramente obbligatori. Se così fosse, però, non si spiegherebbe perché, come lo stesso autore ritiene, la sentenza con cui si dà esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre costituisca titolo della proprietà, il quale, invece, coerentemente a tale tesi, dovrebbe individuarsi nel preliminare, valendo la suddetta pronuncia esclusivamente a trasferire il diritto in forza dell'atto che ne è il presupposto – il preliminare, appunto – come avviene nel mandato senza rappresentanza avente ad oggetto l'acquisto di beni immobili, ove tale contratto è il titolo su cui si fonda l'effetto traslativo, mentre l'atto di trasferimento funge da elemento integrativo della fattispecie¹⁵⁸ a cui il legislatore ha esteso l'ambito di

¹⁵⁷ *Ibidem*. Nel medesimo senso, B. VARI, *Il contratto preliminare*, in *Lezioni di diritto civile*, Milano, 2013, p. 169 s., che pare tuttavia cadere in contraddizione sostenendo da un lato che il preliminare di vendita riproduce la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, dall'altro che col preliminare le parti si obbligano a concludere il definitivo di compravendita, cui seguirà l'effetto traslativo, ma, naturalmente, l'una tesi esclude l'altra e le due non possono convivere.

Gazzoni riprende la tesi di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 5; ID., *Obbligazione di dare e di fare in diritto comparato e italiano*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 353, secondo cui nel preliminare affiora l'obbligo di dare in forza del quale il promittente è obbligato a fare acquistare la proprietà al promissario, non a *contrahere*.

¹⁵⁸ MENGONI-REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, cit., p. 191. Ne deriva che nel mandato senza rappresentanza il trasferimento della proprietà è effetto di una fattispecie complessa a formazione progressiva, diversamente dalla sequenza preliminare-definitivo ove il definitivo è contratto autonomo, seppure collegato al primo, come meglio chiariremo nel cap. III.

applicazione dell'art. 2932 (art. 1706, co. 2) senza, ciononostante, eliderne le differenze rispetto al preliminare¹⁵⁹.

Nell'argomentare la tesi sostenuta, Gazzoni ne ravvisa una duplice *ratio*. La prima viene individuata nella necessità di rispondere all'esigenza avvertita dai contraenti di sfuggire ai limiti posti all'autonomia privata dal principio consensualistico¹⁶⁰, consentendogli di scegliere quando e come trasferire il diritto e, in particolare, di ricreare quella scissione tra *titulus* e *modus* alla quale il preliminare si sostiene essere preposto; la seconda – e più penetrante – nella inconciliabilità tra il preliminare di vendita, inteso secondo la sua ricostruzione classica, e il principio consensualistico. L'autore, negando che il preliminare di vendita possa obbligare alla sola conclusione del definitivo, si spinge sino a ipotizzare che tale contratto sia in realtà una vendita obbligatoria in senso tecnico, fonte di un obbligo di dare, *alias* di fare acquistare la proprietà¹⁶¹. Egli, dunque, non concepisce un preliminare di vendita che obblighi a concludere un contratto da cui deriverà l'effetto traslativo e individua nella vendita obbligatoria in senso tecnico la sola figura idonea a riconoscere al preliminare un significato proprio e autonomo dalla vendita.

Diverso è il rilievo che deve essere riconosciuto alle due ragioni e, in particolare, se rispetto alla prima si tratta di accertare quali siano i limiti cui va incontro l'autonomia privata nella conclusione di un contratto tipico o nominato al quale intenda imprimere una causa altra da quella che gli è propria, poiché ciò è quanto avviene quando il preliminare viene adoperato per scindere la vendita in due momenti temporalmente e strutturalmente distinti; rispetto alla seconda si tratta

¹⁵⁹ Lo conferma Cass. 11 marzo 1982, n. 1583, ove si legge che il ricorso all'art. 2932 c.c. è consentito, oltre che in caso di inadempimento dell'obbligo di conclusione del definitivo che sorge dal preliminare, anche per ottenere l'esecuzione dell'obbligo del mandatario di trasferire al mandante le cose acquistate per suo conto (art. 1713 c.c.): nel primo caso la sentenza surroga il definitivo, nel secondo un atto di trasferimento (M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica, e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 68; S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, ora in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 415 s.).

¹⁶⁰ Una tale esigenza risulterebbe dall'osservazione della realtà sociale, ove si riscontra l'uso prevalente del contratto preliminare di vendita, il che non ci pare tuttavia elemento sufficiente perché si possa dedurre la trasformazione di tale fattispecie in contratto di vendita obbligatoria in senso tecnico.

¹⁶¹ *Ibidem*.

di accertare se il preliminare di vendita possa a priori qualificarsi quale vendita obbligatoria in senso tecnico nonché, in caso di esito positivo, di acquisire consapevolezza da un lato della incompatibilità tra il preliminare e la compravendita, come prevista e disciplinata nel nostro ordinamento, dall'altro della ammissibilità di una vendita obbligatoria in senso tecnico, denominazione che dovrebbe sostituirsi a quella, divenuta meramente formale e fonte di confusione, di "preliminare di vendita".

Com'è noto, il nostro sistema di vendita è regolato dal principio consensualistico, consacrato dall'art. 1376 c.c., secondo cui il trasferimento del diritto si produce per effetto del consenso manifestato dalle parti al momento della conclusione del contratto, ma in pari tempo ammette forme di vendita obbligatoria con efficacia traslativa mediata nelle quali il trasferimento della proprietà non segue immediatamente alla conclusione del contratto¹⁶², ma è fonte dell'obbligo di fare acquistare il diritto (art. 1476, n. 2), con il che non si deve cadere nell'inganno di ritenere che il contratto produca effetti meramente obbligatori, poiché esso è pur sempre fonte dell'effetto traslativo, la cui produzione è soltanto differita ad un momento successivo, *ex lege* o per volontà delle parti¹⁶³. Nella vendita obbligatoria non si ha dunque un ritorno all'antica scissione tra *titulus* e *modus*, perché il secondo continua ad essere assorbito nel primo, in ossequio al modello di vendita che il nostro legislatore ha inteso accogliere, che in nulla può dirsi derogato, posto che il principio consensualistico, secondo la tesi che sosteniamo, richiede

¹⁶² H. KONKRE, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato*³, Bologna, 2003, p. 106, afferma che il legislatore italiano ha compiuto un « compromesso saggio » rispetto ai modelli francese e tedesco, avendo previsto forme di vendita obbligatoria e con effetti reali, ma ciò, occorre precisarlo, non è da intendersi nel senso che il nostro ordinamento ammetta l'uno e l'altro modello perché la vendita obbligatoria resta comunque distinta dal modello di vendita germanico, non ammettendo una scissione tra *titulus* e *modus*.

¹⁶³ L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto "a non domino"*, in *Scritti*, II, Milano, 2011 (già in *Riv. dir. comm.*, 1946), p. 446; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, 7, I, 1, Torino, 1993, p. 93 s.; A. LUMINOSO, *La compravendita*⁸, Torino, 2015, p. 4; M. GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 2; D. RUBINO, *La compravendita*², in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1962, p. 300, 309, individua il punto saliente del contratto con effetti reali nell'essere il trasferimento « effetto diretto del puro e semplice consenso », anche se differito nel tempo (*op. ult. cit.*, p. 299). Secondo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentato* dir. da P. Schlensinger, II, Milano, 2013, p. 363 s., invece, deroga all'art. 1376 c.c. la vendita obbligatoria, oltre che la trasmissione della proprietà per effetto di un atto successivo al contratto concluso.

l'unitarietà di *titulus* e *modus*, ma non impone altresì che la *translatio* sia contestuale al perfezionamento del contratto¹⁶⁴. Secondo una lettura alternativa dell'art. 1376 c.c., invece, la proposizione normativa varrebbe a significare esclusivamente che il consenso debba essere *fonte* (necessaria e imprescindibile), *regolamento e ragione giustificatrice* di un trasferimento che le parti possono prevedere anche quale effetto di un atto futuro¹⁶⁵ e la scissione tra *titulus* e *modus* sarebbe in ogni caso ad esso conforme purché sorretta dal consenso manifestato a monte¹⁶⁶. Ma, così sostenendo, l'art. 1376 c.c. perderebbe il suo significato originario, divenendo mera ripetizione del principio della volontà che governa la materia contrattuale, ricavabile dagli art. 1321 e 1325 c.c., i quali, rispettivamente, qualificano il contratto "accordo" e annoverano il consenso tra i suoi requisiti essenziali, oltre che dall'art. 1322 c.c. dedicato all'autonomia contrattuale. Inoltre è indubbio che, nei rapporti tra privati, qualsiasi effetto – e *a fortiori* l'effetto traslativo – possa prodursi nella sfera giuridica di un soggetto se e in quanto da lui voluto, come dimostra la disciplina in materia di donazione, di contratto con obbligazioni del solo proponente e con effetti a favore del terzo, da cui può trarsi

¹⁶⁴ Il significato intrinseco dell'art. 1376 c.c. è svelato da L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, ora in Scritti, II, cit., p. 61, nt. 23, e consiste nell'escludere che il trasferimento della proprietà si produca con l'adempimento dell'obbligazione di dare. Afferma l'A., infatti, che il principio consensualistico « comporta che tutti i contratti diretti a promuovere uno spostamento patrimoniale sono contratti con efficacia reale, cioè idonei a produrre il trasferimento, o immediatamente o in quanto integrati da un fatto o atto successivo » (MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, cit., p. 199). Nel medesimo senso, v. F. AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, in *I quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 2013, p. 54; ID., *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *La contrattazione preliminare*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017, p. 69. Entro tali confini, dunque, l'autonomia privata non incontra alcun limite, come dimostra l'applicazione alla vendita immobiliare della disciplina dettata dagli art. 1523 s. c.c. in materia di vendita con riservato dominio dei beni mobili, promossa dalla dottrina e accolta dalla giurisprudenza (A. ALBANESE, *La riserva della proprietà nella vendita immobiliare con particolare riguardo ai rapporti tra coniugi e tra coeredi*, in *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, a cura di A. Albanese e S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 125 s.; ID., *La vendita con riserva della proprietà*, in *Trattato dei contratti*, I, Milano, 2014, p. 472; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 584; per la giurisprudenza, v. Cass. 3 aprile 1980, n. 2167; Cass. 15 aprile 1988, n. 2975; Cass. 8 aprile 1999, n. 3415).

¹⁶⁵ CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, cit., p. 589.

¹⁶⁶ L. ALBERTINI, *Esecuzione del preliminare di vendita tramite atto unilaterale e tutela del promissario acquirente contro i vizi del bene acquistato*, in *Jus civile*, 2014, p. 450; CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, cit.

il principio generale dell'intangibilità della sfera giuridica altrui. Pertanto, se l'art. 1376 c.c. valesse esclusivamente a garantire che il trasferimento della proprietà sia effetto del volere delle parti, da un lato perderebbe ogni utilità riducendosi, anzi, in una mera ripetizione dei suddetti principi generali, dall'altro si creerebbe fittiziamente una lacuna *legis* e la volontà del legislatore risulterebbe tradita. Il principio consensualistico è di fatti espressione di una scelta di politica legislativa alla quale il legislatore non avrebbe potuto sottrarsi, data la pluralità di modelli di vendita astrattamente prevedibili¹⁶⁷ e il rilievo che riveste la determinazione del momento in cui si produce l'effetto traslativo ai fini della regolamentazione dei rapporti privati e della circolazione della ricchezza, in conformità all'approccio c.d. unitario che caratterizza i paesi dell'Europa continentale e la Gran Bretagna, in contrapposizione all'approccio c.d. funzionale, in cui si ammette la coesistenza di sistemi diversi, tipico dei paesi del Nord Europa, a noi lontani quanto a cultura e tradizione giuridica¹⁶⁸.

4.3.1. *Riflessioni critiche.*

Chiarito il significato proprio del principio consensualistico, si tratta di valutare la derogabilità o meno dell'art. 1376 c.c., problema che da tempo impegna la dottrina e che non ha riguardo alla mera possibilità di differire il prodursi dell'effetto ad un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto, pacificamente ammessa, bensì alla possibilità di far discendere l'effetto traslativo da un negozio altro rispetto al contratto obbligatorio¹⁶⁹, ovvero alla configurabilità

¹⁶⁷ Ne fornisce una esaustiva ricognizione F. GALGANO, *Il negozio giuridico*², in *Tratt. dir. civ.*, dir. da A. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2002, p. 172 s. che distingue tra sistemi nei quali, ai fini del trasferimento della proprietà, si richiedono il consenso, la causa e la consegna (Olanda, Svizzera, Spagna); sistemi nei quali si prescinde dal secondo, mentre è richiesta la coesistenza del primo e del terzo (Germania); altri in cui si richiedono il consenso e la causa (Francia, Italia).

¹⁶⁸ Di questi diversi approcci dà atto il commento all'art. VIII-2:101 del *Draft Common Frame of Reference*, München, 2009, ed. CHR. V. BAR-E. CLIVE, p. 4380, rilevando il tratto che connota l'approccio unitario nella individuazione del momento di trasferimento della proprietà, cui è riconosciuto un ruolo decisivo per la risoluzione di varie relazioni, di contro all'approccio funzionale.

¹⁶⁹ G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, 2013, I, p. 225, nt. 606.

di un'obbligazione di dare in senso tecnico¹⁷⁰. La questione pare oramai essersi sopita in dottrina, ove è prevalsa la tesi positiva, secondo la quale il principio consensualistico non merita di essere annoverato tra i principi di ordine pubblico¹⁷¹, per cui non sussiste alcuna plausibile ragione per limitare la libertà dei privati in materia contrattuale, in omaggio al dogma della volontà. Eppure da tale premessa

¹⁷⁰ Si pronuncia in senso contrario CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 231, nt. 40, per il quale il valore del principio consensualistico va oltre l'ordine pubblico, essendo essenziale alla vendita.

¹⁷¹ A favore della derogabilità del principio consensualistico, si sono pronunciati in dottrina BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, cit., p. 21; F. DELFINI, *Principio consensualistico e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 188 s.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 360 s., che nega la natura imperativa della norma perché il sistema stesso vi deroga (nel sistema tavolare e ogni qual volta il trasferimento della proprietà non sia immediato effetto della manifestazione del consenso, ovvero in caso di vendita obbligatoria); A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1984, p. 316, riduce il valore della disposizione a mera regola pratica; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*³, Milano, 1952, p. 379, annovera tra i casi in cui tale deroga si realizza il contratto con riserva della proprietà e quello stipulato sotto condizione sospensiva o termine iniziale; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. dir. soc.*, 1970, p. 936 s., ne ammette la derogabilità in forza della superata obiezione circa la violazione del principio di causalità che ne conseguirebbe.

Se da un lato è oramai tendenzialmente indiscussa in dottrina la natura dispositiva dell'art. 1376 c.c., dall'altro la dottrina maggioritaria non deduce da ciò la possibilità di ripristinare un modello di vendita analogo a quello romanistico. Tra chi ritiene diversamente si ricorda CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 45; ID., *Obbligazione di dare e di fare in diritto comparato e italiano*, cit., p. 359, il quale, dopo aver affermato che il principio consensualistico obbliga solo se e in quanto voluto dalle parti, ammette il sorgere di un obbligo di dare, rispetto al quale l'impegno a trasferire è ritenuto preparatorio del negozio traslativo (ID., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 51); DELFINI, *Principio consensualistico e autonomia privata*, cit., p. 191, che si spinge a ritenere che riconoscere la derogabilità del principio consensualistico significhi affermare il potere delle parti di scindere la vendita in due atti, il secondo dei quali con funzione di modo di acquisto della proprietà; A. LUMINOSO, *La compravendita: realtà e prospettive*, in *Riv. not.*, 2015, p. 498, che riconosce cittadinanza all'obbligo di dare, secondo il modello di vendita tedesco, nonché alle prestazioni isolate, tra le quali si ricorda l'art. 1706, cpv., 651 c.c.; E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 137, secondo il quale il preliminare rappresenta un'ipotesi tipica di deroga all'art. 1376 c.c. Da quanto detto risulta quel duplice significato dell'art. 1376 c.c., rilevato da GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 96, e riferito da un lato alla valutazione secondo cui il verificarsi dell'effetto reale è conseguenza immediata dell'accordo, dall'altro alla valutazione che con la norma il legislatore compie circa la sufficienza dell'accordo causale per la produzione dell'effetto reale, senza che a tal fine occorra un'integrazione mediante ulteriori strumenti giuridici di acquisto: la prima derogabile (si pensi alla vendita obbligatoria), la seconda no. L'inderogabilità del principio del consenso traslativo rispetto a questo profilo, secondo G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 56 s., dipenderebbe dalla tutela dell'affidamento del terzo, interesse ritenuto prevalente dal legislatore, a salvaguardia del quale i contraenti trovano un limite nella conclusione dei contratti con effetti reali che, pur potendo essere stipulati mediante procedimenti diversi, non si ammette che possano essere volti a differire il trasferimento del diritto, se non mediante un meccanismo che risulti coerente col sistema. Secondo l'A., dunque, il preliminare mirerebbe a colmare lo spazio lasciato vuoto dall'art. 1376 c.c.

non discende il riconoscimento della libertà dei privati di strutturare la vendita in *titulus* e *modus*, ammessa solo da una parte minoritaria della dottrina, quanto il riconoscimento del potere di differire il prodursi dell'effetto traslativo ad un momento diverso e successivo alla conclusione del contratto, che resta pur sempre l'unico elemento da cui il trasferimento dipende, inglobando titolo e modo di acquisto, mentre ammettere la scissione della vendita in *titulus* e *modus* significa reintrodurre la categoria delle obbligazioni di dare, ovvero di trasferire il diritto. A tal proposito non si può trascurare che le ipotesi di obbligazione di dare note al nostro ordinamento trovano fonte nella legge¹⁷², la qual cosa non può ritenersi priva di significato, dovendo indurre a ritenere, *a contrario*, che se una qualche sopravvivenza all'obbligo di dare possa riconoscersi, questa deve trovare nell'ordinamento espressa legittimazione, e così non è in materia di vendita. Infine, merita di essere ricordato che nel nostro ordinamento vige altresì il principio causalistico, seppure i più, e noi insieme a loro, ritengono che si tratti di un ostacolo solo apparente, facilmente superabile mediante la teoria del negozio di disposizione con causa esterna¹⁷³ che esclude l'astrattezza dell'atto di trasferimento mediante il riferimento al contratto che ne costituisce titolo¹⁷⁴. La combinazione tra principio

¹⁷² Tra queste vengono generalmente ricondotte le obbligazioni che sorgono dal contratto di mandato senza rappresentanza avente ad oggetto l'acquisto di un bene immobile (art. 1706, co. 2), il legato di cosa di un terzo (art. 651, co. 1), la donazione qualora con essa ci si obblighi al trasferimento della proprietà (art. 769). Manifesta il suo favore all'estensione dell'obbligo di dare a ipotesi non direttamente previste dalla legge, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi* solvendi causa, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 242 s.

¹⁷³ L'elemento causale, infatti, non è interno all'atto, ma trova fondamento nel rapporto che lo precede. L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con « causa esterna »*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, p. 385; ID., *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 204, spiega che l'esigenza della causa è soddisfatta qualora dal regolamento contrattuale risulti l'interesse alla cui realizzazione è preordinato il negozio concluso. In merito al negozio astratto, PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, cit., p. 421, ritiene invece che sia sempre necessario rinvenire una giustificazione *ab extrinseco* dell'atto, che esprima la funzione dell'attribuzione patrimoniale, coerentemente a quanto già sostenuto da R. NICOLÒ, *L'adempimento del terzo*, Milano, 1936, p. 191, il quale riconosce alla funzione l'assolvimento di un ruolo analogo a quello della *causa contractus*. Ma ciò non deroga alla tesi secondo cui la causa del negozio astratto si ricava da altro negozio che vi sia collegato, poiché nell'una e nell'altra tesi si guarda agli interessi che le parti intendono realizzare, trattandosi solo di verificare quale sia la fonte da cui risulta (il regolamento contrattuale o la funzione che del regolamento è parte integrante).

¹⁷⁴ PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, cit., p. 939 s., sul punto afferma che « i negozi dispositivi esecutivi, cui viene ad essere connesso l'effetto reale, seppure atipici non sono astratti, dato che per essere validi esigono un esplicito riferimento causale (scopo di adempiere un preesistente rapporto obbligatorio), senza il quale non potrebbero produrre

di separazione e elemento causale, d'altra parte, è nota anche ad altri ordinamenti, nei quali tuttavia il principio suddetto opera a pieno e non parzialmente, come sarebbe nel nostro. Non possiamo dimenticare, infatti, che la vendita è un contratto con prestazioni corrispettive¹⁷⁵, in quegli ordinamenti in cui il contratto non trasferisce *ex se* il diritto, infatti, ad esso seguono due atti dispositivi: l'uno trasferisce la proprietà, l'altro il prezzo da pagare quale corrispettivo per l'acquisto. E però se il definitivo viene ridotto a *modus acquirendi* e vale dunque esclusivamente a trasferire il diritto, tale prestazione diviene monca e il nesso di sinallagmaticità che lega strutturalmente e funzionalmente le prestazioni tipiche della vendita spezzato. Al preliminare, inteso quale contratto che obbliga a trasferire, occorre pertanto che facciano seguito due contratti, l'uno di trasferimento e l'altro di pagamento, mentre non vi è spazio per quest'ultimo nella sequenza preliminare-definitivo. Lo dimostra la figura del preliminare con effetti definitivi anticipati¹⁷⁶, in cui l'obbligazione di pagamento del prezzo viene anticipata alla conclusione del preliminare.

Qualificando il preliminare di vendita quale vendita obbligatoria in senso tecnico, pertanto, si creerebbe un sistema di vendita nuovo, privo di un suo corrispondente in alcuno di quelli già noti, il che pone dinanzi ad una duplice alternativa: o il pagamento che segue il *titulus* appare causalmente non giustificato o avviene prima e a prescindere dal trasferimento, a seconda che si abbia un preliminare c.d. puro o con effetti definitivi anticipati, ma in entrambi i casi il nesso di sinallagmaticità delle prestazioni risulta irrimediabilmente alterato. Non è casuale, allora, che tra le ipotesi in cui si afferma l'esistenza di un'obbligazione di dare, pur non espressamente prevista dal legislatore, vi sia la donazione meramente

i propri effetti » (*op. ult. cit.*, p. 937). Nel senso della incompatibilità tra principio causalistico e obbligazione di dare, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 404.

¹⁷⁵ Come afferma R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 803, la natura tipica della vendita è legata alla struttura di entrambe le prestazioni, del venditore e dell'acquirente.

¹⁷⁶ Espressione coniata da CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare*, cit., p. 40, in luogo di quella di "contratto preliminare con effetti anticipati", ritenuta ellittica poiché omette l'aggettivo *definitivi*, onde sia per completezza sia per l'accentuazione che da essa deriva del profilo dell'anticipazione degli effetti del definitivo, sul quale si incentra la problematicità della fattispecie, riteniamo più appropriata l'espressione elaborata da CASTRONOVO "preliminare con effetti *definitivi* anticipati".

obbligatoria e, in particolare, la donazione di cosa altrui, sulla validità della quale si sono recentemente espresse in senso favorevole le Sezioni unite¹⁷⁷, quale contratto con prestazioni unilaterali. E infatti il donante assume l'obbligo di trasferire la proprietà della cosa, effetto che non può prodursi automaticamente in seguito all'avvenuto acquisto del diritto ai sensi dell'art. 1478, co. 2 c.c.¹⁷⁸: sarà dunque necessario, ai fini del trasferimento, un atto successivo con causa esterna.

Tali ragioni, diversamente da quanto sostenuto da Gazzoni¹⁷⁹, ci inducono a trarre ulteriori argomenti contrari alla ammissibilità della trasformazione del preliminare in vendita obbligatoria in senso tecnico, a favore della quale non vale neppure avvalersi del richiamo alla giurisprudenza di legittimità.

L'espressione "obbligo di dare" che pur si rinviene di frequente nelle decisioni della Corte assume un significato diverso da quello che le è proprio, come risulta dalla seguente affermazione, secondo cui « consistendo l'obbligazione fondamentale del venditore in un *dare*, costui, una volta adempiutovi con la consegna della cosa, non può essere costretto ad un *facere* per eliminare gli eventuali vizi esistenti ma può soggiacere soltanto alla risoluzione del contratto o, alternativamente, alla riduzione del prezzo, salvo, ovviamente, che non sia diversamente pattuito »¹⁸⁰. Il significato delle parole della Corte non deve indurre in fraintendimenti, poiché non si vuole naturalmente disconoscere il principio consensualistico, il che renderebbe rivoluzionaria tale decisione, bensì individuare quale sia la prestazione al cui adempimento è tenuta la parte venditrice, posto che il trasferimento della proprietà si realizza automaticamente, al momento della formazione del contratto, per effetto del solo consenso, ai sensi dell'art. 1376 c.c. Si parla dunque di "dare" nel significato di "consegnare", secondo un uso diffuso, frutto da un lato dell'adeguamento naturale all'attuale sistema della vendita,

¹⁷⁷ Cass., sez. un. 15 marzo 2016, n. 5068.

¹⁷⁸ MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, cit., p. 28.

¹⁷⁹ *Il contratto preliminare*, cit., p. 12, 17.

¹⁸⁰ Cass. 17 agosto 2005, n. 16969. Nel medesimo senso: Cass. 5 febbraio 2000, n. 1296; Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, ove "dare" è inteso nell'accezione di consegnare che, come autorevole dottrina ha affermato (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 153), si sostituisce a quella propria di trasferimento della proprietà. Secondo BRECCIA, infatti, la *species* delle obbligazioni di dare nel nostro ordinamento si è arricchita del significato nuovo e prevalente di *consegna della cosa trasferita*, che si affianca a quello tradizionale di *trasferimento di un diritto* (*op. ult. cit.*, p. 146)

dall'altro della resistenza all'abbandono di figure giuridiche di matrice romanistica che, una volta superate, sarebbe preferibile ricordare solo in letteratura, evitando di riportarle in vita sotto una nuova veste in ragione della confusione terminologica che ne consegue, tanto più nel periodo storico attuale ove si prospetta in dottrina la reviviscenza della suddetta obbligazione.

Spetta all'interprete, dunque, accertare di volta in volta il significato che l'espressione "obbligo di dare" assuma nella giurisprudenza, non cadendo in preconcetti che inducano a riferirla automaticamente alla consegna o al trasferimento del diritto. Quest'ultimo pare essere il senso al quale le Sezioni unite della Cassazione tendono, invece, nella nota decisione 18 maggio 2006, n. 11624, ove si afferma che « il contratto preliminare non è più visto come un semplice *pactum de contrahendo*, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti ».

La decisione verte sulla risolubilità del preliminare di vendita di cosa altrui, questione decisa in senso negativo, escludendo l'applicazione analogica del disposto dell'art. 1479 c.c. al contratto preliminare di vendita perché, si dice, l'altruità della *res* non incide sul sinallagma del preliminare, destinato a produrre effetti meramente obbligatori¹⁸¹, essendo il trasferimento subordinato alla conclusione del definitivo. Ma tale argomentazione, pur corretta, risulta in contraddizione con la qualificazione del preliminare quale fonte di un obbligo di dare nonché con l'applicazione analogica al caso di specie – questa volta consentita – dell'art. 1478, co. 2 c.c. in forza del quale « il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa ». Tale proposizione origina dal presupposto per cui il contratto di compravendita è fonte

¹⁸¹ In tal senso, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 384, secondo cui il preliminare produce solo effetti obbligatori, mentre « l'effetto reale dipenderà sempre da un ulteriore contratto che richiede una causa traslativa ».

del trasferimento della proprietà, effetto che, qualora non possa prodursi immediatamente al momento della conclusione del contratto, è differito fino al verificarsi delle condizioni giuridiche e naturali necessarie perché ciò avvenga, gravando sull'alienante l'obbligo di fare acquistare la proprietà al compratore (art. 1476, n. 2)¹⁸². Ma per ciò non occorre un atto successivo di trasferimento della proprietà, poiché l'acquisto del diritto si produce in forza del contratto concluso a monte nel momento in cui l'acquirente, divenuto proprietario, acquista la legittimazione a disporre. L'effetto traslativo dunque è mediato da un atto di esecuzione del contratto, ma il trasferimento, mediato o immediato che sia, si produce pur sempre in forza del contratto di compravendita¹⁸³. Non può dirsi lo stesso in caso di preliminare, perché il trasferimento della proprietà, come affermano le Sezioni unite, non è effetto di tale contratto ma del definitivo, eppure si riconosce al promittente alienante la possibilità di adempiere la prestazione dovuta « acquistando il bene e ritrasferendolo al promissario, oppure facendoglielo alienare direttamente dal reale proprietario »¹⁸⁴, evitando così la doppia alienazione dal proprietario al promittente e da questi al promissario acquirente. Quanto sostenuto si conforma alla c.d. *nuova* concezione del preliminare, alla quale si rifà la Corte, ove il preliminare è fonte di un obbligo di *facere* e di dare, e sul promittente grava l'obbligo di concludere il definitivo e di procurare al promissario l'acquisto della proprietà della cosa. Ciononostante, vi è motivo di ritenere che l'intento perseguito dalle Sezioni unite non sia stato quello di trasformare il preliminare in una vendita obbligatoria in senso tecnico ma di tutelare le ragioni del promissario acquirente. Infatti, il promissario che sia venuto a conoscenza dell'altruità della *res* prima della stipula del definitivo, da un lato non può agire per ottenerne la risoluzione, dall'altro è vincolato alla conclusione di un contratto che si rivelerà inidoneo alla produzione dell'effetto voluto. Ci è stato insegnato che « il *non dominus*, per definizione, non può essere termine *a quo* di un acquisto

¹⁸² E, infatti, come ci è stato autorevolmente insegnato da MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, cit., p. 22, « se il diritto non appartiene all'alienante, la buona fede dell'acquirente è un indice di qualificazione del contratto come promessa di trasferimento immediato, cioè come programma negoziale modellato dalle parti sullo schema dell'art. 1376 ».

¹⁸³ MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, cit., p. 198 s.

¹⁸⁴ Cass., sez. un. 11624/06, cit.

derivativo del diritto oggetto dell'atto di alienazione da lui compiuto »¹⁸⁵, pertanto, in seguito alla conclusione del definitivo, o il promissario risolverà il contratto o il venditore agirà per procurargli il diritto, ma in entrambi i casi la sequenza preliminare-definitivo si rivelerà inidonea a garantire una tutela efficace delle ragioni del promissario qualora il promittente, non agendo diligentemente, non provveda *medio tempore* all'acquisto del bene promesso in vendita. È per ovviare a tale *impasse*, allora, che la giurisprudenza fa gravare sul promittente alienante l'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà della cosa, anticipandola rispetto al momento della conclusione del definitivo al quale naturalmente consegue *ex art.* 1476, n. 2 c.c. Ma se consideriamo che l'obbligo di procurare la proprietà della cosa è previsto in funzione dell'obbligo di concludere il definitivo, della cui necessità la giurisprudenza non discute, allora possiamo ritenere superfluo il richiamo all'obbligo di dare, perché il trasferimento è effetto del contratto di vendita, per la cui efficacia si è reso necessario il previo acquisto del diritto da trasferire. Infatti, mentre l'obbligo di dare ha ad oggetto il trasmettere la proprietà, l'obbligazione che grava sul promittente dovrebbe essere quella di procurarsi la proprietà della cosa in funzione del futuro trasferimento al promissario. Qualora il trasferimento si produca per effetto del contratto concluso tra il promissario e il proprietario del bene¹⁸⁶, invece, il preliminare è trasformato in *titulus* e trattato al pari di un contratto (definitivo) di compravendita rispetto al quale la Corte suprema afferma che « l'obbligo posto a carico del venditore di procurare al compratore l'acquisto della proprietà della cosa può essere adempiuto [...] (anche) mediante vendita diretta della cosa stessa dal terzo al compratore, purché tale trasferimento abbia luogo in conseguenza di una attività svolta dallo stesso venditore nell'ambito dei suoi rapporti con il proprietario e quest'ultimo manifesti, in modo chiaro e inequivoco, la volontà di vendere il bene al compratore »¹⁸⁷.

¹⁸⁵ MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, cit., p. 2.

¹⁸⁶ Secondo RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 340, se il promittente si era obbligato in tal senso, allora, non si ha né un preliminare né una vendita, ma si è in presenza di una promessa del fatto del terzo.

¹⁸⁷ Cass. 26 giugno 2006, n. 14751.

Evidentemente le Sezioni unite, il cui orientamento è oramai divenuto granitico¹⁸⁸, non si accorgono delle contraddizioni che abbiamo rilevate, né la dottrina percepisce che, nonostante il preliminare sia riconosciuto formalmente quale fonte dell'obbligo di dare, non si ammette la scissione della vendita in *titulus* e *modus*. Infatti, seppure la giurisprudenza di legittimità abbia consentito l'applicazione analogica degli art. 1476, n. 2 e 1478, co. 2 c.c. al preliminare di vendita, ciò ha disposto per il solo preliminare di vendita altrui in ragione degli interessi specifici che ne discendono e di cui abbiamo già detto, e non se ne può quindi dedurre l'estensione all'obbligo di trasferire mediante un atto che funga da modalità di acquisto del diritto, proposta da Gazzoni¹⁸⁹, perché se un tale effetto trovasse titolo nel preliminare, pur non conseguendo da esso, quell'*intima penetrazione* tra *titulus* e *modus* che il legislatore ha voluto caratterizzasse il nostro sistema di vendita¹⁹⁰ sin dal codice del 1865 verrebbe meno, mentre la Corte pare volerla preservare applicando al preliminare gli art. 1476, n. 2 e 1478 co. 2 c.c. nel loro significato originario, seppure una tale applicazione tradisca la natura propria di questo contratto.

Peraltro, un'interpretazione estensiva dell'art. 1476, n. 2 c.c. all'obbligo di dare sarebbe stata azzardata, perché presupposto necessario al fine della estensione di una norma a casi altri da quelli che questa disciplina è la sussistenza, alternativamente, di un *argumentum a simili* o *a fortiori* che la giustifichi¹⁹¹; e per

¹⁸⁸ *Ex plurimis*, v. Cass. 2 marzo 2015, n. 4164; Cass. 29 dicembre 2010, n. 26367; Cass. 10 giugno 2010, n. 13987; Cass. 23 novembre 2007, n. 24448.

¹⁸⁹ GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 891; ID., *Il contratto preliminare*, cit., p. 12; ID., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19. La differenza, secondo l'a., deve ravvisarsi nell'essere l'obbligo di dare effetto diretto e immediato del contratto preliminare, mentre l'effetto reale si correla al definitivo, diversamente da quanto avviene nella vendita con efficacia reale mediata, ove si avrebbe un obbligo di dare *strumentale*, derivando l'effetto finale dallo stesso contratto di vendita. Ma, come sappiamo, la differenza è altra, perché dalla vendita con effetti reali differiti non sorge un'obbligazione di dare (contrariamente a quanto sostenuto da CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 93 secondo il quale l'obbligo di dare scompare ex art. 1376, ma riprende magicamente vita ex art. 1476, n. 2 e 1478), configurabile nei soli casi previsti *ex lege*, tra i quali non rientra quello richiamato. Si esprime in senso contrario all'applicazione dell'art. 1476 n. 2 c.c. alla vendita obbligatoria in senso tecnico RUBINO, *La compravendita*², cit., p. 309, dando rilievo alla scelta dell'espressione linguistica *fare acquistare* in luogo di *trasmettere* che, diversamente dalla prima, avrebbe potuto far sorgere il dubbio della sua riferibilità ad un negozio di disposizione.

¹⁹⁰ MENGONI-REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, cit., p. 190.

¹⁹¹ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 369.

ciò è necessario che i suddetti casi « presentino elementi integralmente corrispondenti alla fattispecie data, ma forniti di un ulteriore elemento specificante »¹⁹². Poiché non ricorre alcuna “maggior ragione” che giustifichi l’applicazione dell’art. 1476 n. 2 c.c. all’obbligo di dare rispetto all’obbligo di fare acquistare la proprietà, merita di essere esclusa l’applicazione dell’*argumentum a fortiori*, circa la quale non ci pare necessario indugiare. Rispetto all’*argumentum a simili*, invece, si tratta di verificare se tra la fattispecie oggetto della disposizione normativa e quella alla quale si tratta di dare disciplina sussista un tratto comune essenziale che legittimi l’unitarietà di regolazione che si intende raggiungere in via interpretativa¹⁹³, il che, nel caso di specie, sosteniamo di dover rigorosamente escludere. Tra l’obbligo di fare acquistare la proprietà e l’obbligo di dare, infatti, non vi è un rapporto di complementarità o simiglianza, come sarebbe se sussistesse un elemento comune alle due figure, bensì di alternatività, l’una riferendosi ad un modello di vendita incardinato sul principio consensualistico, l’altra sul principio di separazione, i quali, come dimostra l’esperienza degli ordinamenti nazionali, si escludono reciprocamente¹⁹⁴. Non si coglie allora come la chiara scelta operata dal nostro legislatore a favore del primo dei principi richiamati possa superarsi

¹⁹² CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 34.

¹⁹³ *Op. ult. cit.*, p. 371.

¹⁹⁴ Così anche C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili. Artt. 1153-1157*, in *Comm. c.c. dir.* P. Schlesinger, Milano, 1988, p. 198, secondo il quale il principio dell’efficacia reale del contratto traslativo non tollera eccezioni. Il DCFR non opta per una soluzione univoca, ma prevede che « The transfer of ownership of goods under this Chapter requires that: (e) the transferee is entitled as against the transferor to the transfer of ownership by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law » [art. VIII-2:101 (1)]. Tale scelta, tuttavia, non può richiamarsi per affermare la conciliabilità in un ordinamento nazionale di sistemi diversi (fatta eccezione, come detto, per i paesi dell’Europa del Nord, appartenenti ad una tradizione giuridica altra dalla nostra) e risulta coerente con lo scopo del DCFR che, almeno per quanto concerne la parte relativa alla disciplina dei contratti, consente all’autonomia privata di scegliere il modello da adottare nella regolamentazione di rapporti transfrontalieri, offrendone uno di riferimento per risolvere « la difficoltà della legge nazionale di un contraente imposta o comunque subita dall’altro » (C. CASTRONOVO, *L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 840 s.), per cui nulla osta alla astratta ammissibilità, in tal caso, di due modelli di vendita alternativi tra loro. Ugualmente, la Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita 11 ottobre 2011 definisce “contratto di vendita” il contratto che trasferisce o obbliga a trasferire la proprietà della cosa, non esprimendo una preferenza verso l’uno o l’altro sistema. Quanto detto conferma che la scelta circa il modello di vendita da adottare è espressione della volontà del legislatore nazionale, nella quale si manifesta l’indirizzo di politica legislativa perseguito in ragione del diverso bilanciamento degli interessi che ciascun modello realizza.

mediante l'interpretazione di una norma che, lungi dall'essere estensiva, come si asserisce, risulta antiletterale e, per di più, contraria al sistema¹⁹⁵.

Orbene, nonostante la decisione delle Sezioni unite *supra* commentata susciti perplessità, non se ne può trarre un elemento a favore della tesi secondo cui il preliminare di vendita sarebbe oramai da inquadrarsi nella figura della vendita obbligatoria in senso tecnico, tanto più che ove tale scissione si presenta con maggiore prepotenza, ovvero nel preliminare con effetti definitivi anticipati, la Cassazione non si è mai spinta a tal punto¹⁹⁶. Il preliminare di vendita c.d. puro resta dunque un contratto con effetti meramente obbligatori da cui deriva l'obbligo di concludere il definitivo, ove il "definitivo" è la compravendita, che in pari tempo trasferisce il diritto e obbliga al pagamento del prezzo *ex art.* 1470 c.c., essendo *titulus e modus acquirendi* secondo il disposto dell'*art.* 1376 c.c. Quest'ultimo profilo, talvolta trascurato, riteniamo che debba essere adeguatamente messo in risalto, perché le disposizioni sul preliminare ribadiscono che l'obbligo che ne consegue afferisce al contratto definitivo, laddove il negozio dispositivo con cui si trasferisce la proprietà della cosa, secondo il modello della vendita obbligatoria in senso tecnico che si ipotizza, potrebbe anche essere un atto unilaterale¹⁹⁷. Tanto è vero che, secondo Gazzoni, la sentenza *ex art.* 2932 c.c. è imprescindibile solo se ad agire in giudizio al fine di ottenere l'adempimento del preliminare sia il promissario acquirente, mentre il promittente alienante, anche qualora controparte sia inadempiente, potrà trasferire la proprietà da sé mediante un atto unilaterale.

¹⁹⁵ Del modo in cui si manifesta tale contrarietà e delle perplessità che suscita per ciò l'ammissibilità di una vendita basata sulla scissione tra *titulus* e *modus* nel nostro ordinamento diremo nel cap. II, lì dove ci soffermeremo sullo studio del c.d. preliminare con effetti definitivi anticipati il cui modo di atteggiarsi induce a ritenere che tale scissione sia l'unica in grado di spiegare questa bizzarra figura nata nella prassi. Riteniamo infatti che il problema meriti di essere analizzato da una prospettiva più ampia rispetto a quella della derogabilità o meno dell'*art.* 1376 c.c., perché la vendita, per l'importanza che tale operazione economica riveste nel mercato trova una disciplina nutrita, della quale il principio consensualistico è il presupposto. Si pensi alle disposizioni che regolano la proprietà, il conflitto tra più acquirenti del medesimo diritto, il passaggio dei rischi, la trascrizione. Al momento riteniamo dunque sufficiente, per coerenza con il tema dedicato al presente capitolo, limitarci ad analizzare la possibilità di una trasformazione del preliminare di vendita (c.d. puro) in vendita obbligatoria in senso tecnico.

¹⁹⁶ Cass. 21 marzo 2017, n. 7216; Cass. 15 maggio 2015, n. 10009; Cass. 09 maggio 2013, n. 10987; Cass. 1 marzo 2010, n. 4863; Cass., sez. un. 27 marzo 2008, n. 7939.

¹⁹⁷ Nel medesimo senso, v. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, cit., p. 118.

Com'è noto, nel nostro ordinamento, ex art. 922 c.c., « la proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge », elencazione tassativa, come chiaramente si evince dalla clausola residuale di rinvio agli “altri modi stabiliti dalla legge” che chiude il disposto normativo, rispetto alla quale è precluso ogni spazio di libera determinazione all'autonomia dei privati, i quali non potrebbero accordarsi perché l'effetto traslativo discenda da un atto diverso da quelli tassativamente previsti, pena la sua nullità per violazione di norme imperative (art. 1324, 1418)¹⁹⁸, mentre può discutersi della sussistenza o meno in capo ai privati del potere di trasferire la proprietà mediante la conclusione di un contratto atipico ovvero diverso da quelli preposti dal legislatore alla produzione di tale effetto. Ma tralasciando quest'ultima ipotesi e soffermandoci sulla prima, se non è ammesso altro modo di acquisto della proprietà oltre quelli contemplati dall'art. 922 c.c., l'effetto traslativo non può discendere da un atto unilaterale, poiché l'ordinamento, in caso di acquisto a titolo derivativo, qual è quello che consegue dal preliminare, riconosce quale unico titolo idoneo al trasferimento il contratto e di ciò si trae ulteriore conferma dall'art. 1376 c.c. Dalla proposizione normativa possiamo ricavare, prima e a prescindere dall'accoglimento del principio del consenso traslativo, del quale ci siamo già occupati, in un'ipotetica lettura integrata di questa norma con l'art. 922 c.c., che tale è il solo *contratto* con effetti reali.

A tal proposito giova ricordare, inoltre, le norme in materia di contratto con obbligazioni del solo proponente e di contratto con effetti a favore del terzo. Pur trattandosi di fattispecie contrattuali con prestazioni unilaterali, dirette ad apportare un vantaggio nella sfera giuridica della controparte senza alcun apparente sacrificio, l'ordinamento non ammette che tali effetti possano prodursi contro il proprio volere e però, tenuto conto del diverso che corre tra questi contratti e i contratti sinallagmatici, ritiene sufficiente un *quid minoris* rispetto all'accettazione

¹⁹⁸ Tra i modi di acquisto della proprietà, già prima dell'entrata in vigore del codice vigente, si riteneva escluso il pagamento, realizzabile nelle forme dell'atto materiale, del negozio unilaterale o bilaterale, come ricorda M. GIORGIANNI, *Pagamento (dir. civ.)*, in *Nuov. Dig. it.*, Milano, 1975, p. 323 s.

della proposta, che si traduce nel mancato rifiuto (art. 1333, co. 2¹⁹⁹; art. 1411, co. 2, 3), mentre è pur sempre necessaria l'accettazione nel contratto di donazione ex art. 782 c.c. ove, a maggior ragione, data la causa di liberalità che spinge il donante ad alienare il suo bene, se il legislatore avesse voluto avrebbe potuto far discendere il trasferimento dal solo atto unilaterale.

Un atto unilaterale di trasferimento della proprietà inoltre contrasterebbe col principio di intangibilità della sfera giuridica altrui²⁰⁰, perché il promissario acquirente potrebbe divenire proprietario di un bene senza saperlo, essendo privato del potere di manifestare il proprio volere rispetto al prodursi dell'effetto, situazione che le norme richiamate sono dirette ad evitare.

Gazzoni, pur consapevole delle difficoltà che l'accoglimento della tesi da lui proposta comporta, sostiene di poterle superare affermando che « il problema della struttura bilaterale si pone [...] solo in termini di garanzia in favore dell'alienante » mentre « nulla (gli) impedisce [...] qualora voglia rischiare, di adempiere con atto unilaterale »²⁰¹, potendo condizionare il trasferimento al pagamento del prezzo²⁰² o dar vita a promesse condizionate ad una prestazione del promissario. L'imbarazzo avvertito dall'autore rispetto alla necessaria conservazione del nesso di corrispettività tra la prestazione di trasferimento del diritto e il pagamento del

¹⁹⁹ FERRI, *La nozione di contratto*, cit., p. 25, escludendo ogni rilievo alla tesi secondo cui la fattispecie disciplinata dall'art. 1333 configurerebbe un negozio unilaterale ovvero un negozio a formazione unilaterale, ma con struttura a rilievo bilaterale, afferma che il contratto con obbligazioni del solo proponente si conclude per effetto della proposta e di un contegno al quale la legge riconosce il valore giuridico di accettazione, il mancato rifiuto: trattasi quindi di silenzio qualificato.

²⁰⁰ *Contra* BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, cit., p. 21, secondo cui tale principio non opera quando la produzione dell'effetto reale trova giustificazione nella precedente obbligazione: nel caso di specie la prestazione del definitivo trova fonte nel preliminare. Ma ciò non toglie che il destinatario degli effetti debba essere messo a conoscenza del loro prodursi, stante le conseguenze che ne discendono sul piano del diritto, perché l'esistenza di un'obbligazione a monte esclude soltanto che il destinatario dei suoi effetti possa opporsi ad essa.

²⁰¹ GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., p. 43 s.; ID., *La trascrizione immobiliare*, sub art. 2645-bis, in *Comm. c.c.*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 713.

²⁰² Ma, come sostiene GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 173, « ovunque è superfluo, agli effetti del trasferimento della proprietà, l'avvenuto pagamento del prezzo ». Una tale scelta, infatti, garantirebbe una massima tutela al proprietario, il quale conserverebbe la proprietà fino all'integrale pagamento del prezzo, il che, secondo l'A., potrebbe ammettersi solo in una società in cui il pagamento avvenga al momento della formazione del contratto, in evidente contrasto con il nostro sistema economico, ove primeggia l'esigenza opposta di acquistare a credito (*op. ult. cit.*, p. 174).

prezzo, tratto tipico e imprescindibile della vendita²⁰³, lo induce dunque a prevedere vie nuove che consentano di coordinare col nostro sistema la figura della vendita obbligatoria in senso tecnico, quale Egli dichiara essere il preliminare di vendita. Ma tali vie non ci sembrano agevolmente percorribili, perché in primo luogo il condizionamento dell'effetto traslativo al pagamento del prezzo risolve il problema materiale della tutela dell'alienante, mentre lascia insoluto quello dogmatico della (ri)costruzione unitaria della vendita all'interno del sistema e si traduce nella tutela eccessiva dell'alienante, esponendo la controparte ad una posizione di debolezza; in secondo luogo la conclusione di promesse unilaterali atipiche è ostacolata dall'art. 1987 c.c. che ne consacra la tassatività, dettando un principio inderogabile dall'autonomia privata²⁰⁴.

Quanto poi al problema che ad esso si accompagna, quello cioè della tutela del promissario acquirente, Gazzoni ritiene che rifiutando la tesi che costruisce i

²⁰³ Tale corrispettività è garantita anche dall'ordinamento tedesco. Seppure l'adempimento delle prestazioni sia affidato ad atti distinti e autonomi rispetto al contratto obbligatorio che sta a monte, il § 320 BGB prevede che le parti procedano alla loro esecuzione contestualmente. Si tratta di una forma di garanzia riconosciuta in capo all'acquirente che tuttavia, avverte V. SANGIOVANNI, *Contratto di compravendita e riserva di proprietà nell'ordinamento tedesco*, in *Contratti*, 2005, p. 512, non sempre trova riscontro nella prassi. La riserva di proprietà è stata prevista proprio per rispondere a quelle esigenze che il sistema di vendita germanico non è in grado di soddisfare, ma limitatamente ai beni mobili.

²⁰⁴ Ricordiamo che secondo parte della dottrina tale principio dovrebbe ritenersi superato dal disposto dell'art. 1333 c.c. Si ritiene che, nonostante la norma parli di *contratti* con obbligazioni del solo proponente, dal punto di vista strutturale il riferimento debba essere più correttamente rivolto alle promesse unilaterali e così verrebbe meno il limite apparentemente posto all'autonomia privata dall'art. 1987 c.c. (A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 128 s., purché la promessa sia *interessata*, il che secondo l'A. vale certamente se di *facere*, mentre maggiori perplessità manifesta rispetto alla promessa unilaterale di dare; *contra*, G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 24 s.), perché, afferma G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. 2007, p. 186, « si tratta [...] contrariamente alla qualificazione legale, di negozio unilaterale esposto al rifiuto del destinatario ». Ma, rileva R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 163, l'errore di metodo derivante dall'identificare la natura e la struttura del negozio a partire dal meccanismo di formazione che rispetto ad essa è naturalmente un *posterius*. Inoltre, accogliendo la tesi del BENEDETTI, dovrebbe riconoscersi nel disposto degli art. 1333 e 1987 un'ipotesi di mal coordinamento tra norme, laddove la loro formulazione letterale e la loro collocazione escludono tale eventualità. Lo conferma la Relazione al c.c. (n. 606), ove si legge: « il nostro codice regola separatamente il contratto unilaterale (due o più dichiarazioni) e l'atto unilaterale (unica dichiarazione produttiva di effetti). L'accettazione della proposta è sempre necessaria per la conclusione del contratto. Vi è dunque sempre un incontro di consensi presso il proponente ». Ci sembra pertanto preferibile la tesi che riferisce l'art. 1333 c.c. al contratto, come imposto dal canone ermeneutico della interpretazione letterale e sistematica, preservando il significato dell'art. 1987 c.c., che altrimenti sarebbe lettera morta.

rapporti preliminare-definitivo nei termini di *titulus-modus acquirendi* « si farebbe dipendere l'adempimento del preliminare, ad opera del promittente alienante, dalla volontà del promittente acquirente, anche quando questa volontà, trattandosi di produrre un effetto, quello traslativo, che opera sul piano strettamente giuridico, senza dunque la necessità di una cooperazione del creditore, non è minimamente necessaria »²⁰⁵. Tali osservazioni, oltre a ridurre il preliminare a mera fonte dell'obbligo di trasferire, dimenticando nuovamente la prestazione di pagamento del prezzo che deve corrispondervi, non sembrano plausibili per l'estraneità del promissario acquirente rispetto alla produzione dell'effetto che ne deriva e che è destinato ad incidere la propria sfera giuridica, dimenticando inoltre che l'atto traslativo, anche in quegli ordinamenti in cui è previsto, comprende pur sempre due dichiarazioni, l'una di messa a disposizione del diritto; l'altra di appropriazione, onde è sempre garantito il coinvolgimento della parte acquirente, nonostante il trasferimento della proprietà sia effetto di un atto unilaterale²⁰⁶. Perché si aderisca a quanto detto non è persuasivo neppure far leva sulla natura di atto dovuto del negozio di trasferimento²⁰⁷; e infatti, come si è già dimostrato, l'obbligo di trasferire non esclude la natura contrattuale del definitivo e il consenso espresso al momento della conclusione del preliminare non può comprendere la manifestazione di volontà necessaria per la conclusione del definitivo, né sostituire la dichiarazione di accettazione o il mancato rifiuto dell'effetto che l'ordinamento richiede anche in caso di donazione, contratto con prestazioni unilaterali o a favore di terzo, a salvaguardia del destinatario. Ne dà conferma anche la più recente giurisprudenza di legittimità relativa all'obbligo di trasferimento assunto dal coniuge a favore del figlio e previsto nei verbali di separazione ovvero nella sentenza di divorzio quale modalità di adempimento in un'unica soluzione dell'obbligo di mantenimento che grava *ex lege* sul genitore nei confronti della

²⁰⁵ GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., p. 44.

²⁰⁶ PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, cit., p. 424.

²⁰⁷ Il trasferimento della proprietà, seppure a scopo solutorio, è invece espressione del volere del dante causa, che si struttura come complessa, in quanto in forza del principio consensualistico e del superamento della causa dell'obbligazione a favore della causa del contratto, comprende due distinti voluti: quello traslativo e quello solutorio (R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1971, p. 504).

prole; un atto dovuto pure in tal caso, dunque, e tuttavia eseguibile esclusivamente mediante la conclusione di un contratto che, afferma la Corte, è atipico, gratuito e « si perfeziona per effetto del mancato rifiuto » secondo il modello di cui agli art. 1333 e 1411 c.c.²⁰⁸

Ora, ritornando all'ipotesi del trasferimento unilaterale della proprietà dell'immobile oggetto del preliminare di vendita, ricordiamo che il consenso espresso a monte, ovvero al momento della sua conclusione, non può valere a valle, rispetto al definitivo, perché varie possono essere le ragioni che legittimano il promissario acquirente a rifiutare il trasferimento chiedendo la risoluzione del preliminare ovvero la riduzione del prezzo (si pensi alla presenza di vizi). Queste ultime osservazioni spiegano anche il motivo per cui al definitivo possa sostituirsi la sentenza, non anche l'atto unilaterale.

Infine, affermare che il trasferimento possa seguire ad un atto unilaterale non giova neppure all'alienante. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre resta infatti rimedio imprescindibile per entrambe le parti. Due sono le ipotesi astrattamente verificabili nella prassi: o il prezzo è già stato pagato – in tal caso ricorre la figura del preliminare con effetti definitivi anticipati – e dunque il trasferimento della proprietà è interesse del promissario acquirente, prima ancora che del promittente alienante; ovvero il prezzo non è stato ancora pagato, o lo è stato in parte, e allora il promittente alienante non avrà interesse a dismettere il proprio diritto con atto unilaterale, prima e a prescindere dall'adempimento della prestazione dovuta dalla controparte. Ma anche nell'ipotesi – che riteniamo poco realistica – in cui lo faccia, rischiando di perdere il suo diritto e di vedere in pari tempo insoddisfatto il proprio credito, perché, ad esempio, nutre un interesse specifico a sottrarre l'immobile alle possibili aggressioni dei suoi debitori che sul suo patrimonio godono della garanzia generica sancita dall'art. 2740 c.c., non potrà agire per ottenere la condanna all'adempimento della prestazione né la sua esecuzione forzata²⁰⁹. Il preliminare infatti non costituisce titolo idoneo ad agire in giudizio al fine di ottenere la condanna al pagamento del prezzo, perché non è fonte

²⁰⁸ Cass. 20 agosto 2014, n. 18066.

²⁰⁹ Reputa diversamente GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, sub art. 2645-bis, cit., p. 714.

dell'obbligo di pagare, né può valere quale titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.* L'unico rimedio utile a disposizione del promittente alienante resta dunque quello di cui all'art. 2932 c.c., il cui capoverso vale tra l'altro a garantire la sinallagmaticità delle prestazioni dell'acquirente e del venditore²¹⁰.

Apparentemente più persuasiva rispetto alle argomentazioni illustrate è quella che si basa sul disposto dell'art. 2645-*bis* c.c., il quale annovera tra gli atti di esecuzione del contratto preliminare, oltre al contratto definitivo, “qualsiasi altro atto”, con formulazione generica e imprecisa che, penetrando nel dibattito sulla definizione del preliminare, ne accentua le difficoltà. Per cogliere il significato assunto dalla nuova norma nel nostro ordinamento e la sua incidenza rispetto alla nozione di preliminare di vendita, secondo Gazzoni definitivamente proiettata verso la vendita obbligatoria in senso tecnico²¹¹, riteniamo opportuno procedere alla previa ricognizione della disciplina dedicata al preliminare, perché è partendo dal diritto positivo che l'interprete deve ricostruire tale nozione, la quale entro i confini tracciati dalla legge deve essere ricompresa – ed eventualmente estesa – rispetto alla concezione tradizionale. Si tratta dunque di verificare quale sia la nozione che debba oggi darsi a tale contratto, il che è presupposto necessario per una consapevole risoluzione delle questioni di cui stiamo trattando.

4.3.2. *La ricostruzione del preliminare a partire dal diritto positivo.*

Quanto abbiamo potuto cogliere sin d'ora merita di essere letto (o riletto) in relazione agli art. 1351, 2932 e, da ultimo, 2645-*bis* e 2775-*bis* c.c. alla luce del significato che può trarsene a settantasei anni di distanza dall'entrata in vigore del

²¹⁰ Il fatto che la norma si riferisca all'ipotesi in cui la domanda sia stata proposta dal promissario acquirente si spiega in quanto la sentenza produrrà l'effetto traslativo, mentre l'obbligazione di pagamento del prezzo avrà titolo nella sentenza che surroga il definitivo ma la sua esecuzione è affidata al debitore (cfr. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 86). A garanzia del suo adempimento, dunque, se ne chiede l'offerta, ma ciò non toglie che dalla norma possa ricavarsi l'ossequio al principio generale della necessaria sinallagmaticità delle prestazioni nei contratti corrispettivi, qual è la vendita.

²¹¹ Nel medesimo senso, DELFINI, *Principio consensualistico e autonomia privata*, cit., p. 200; ID., *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del d.l. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, p. 182.

codice perché, come sappiamo, il diritto si evolve e di tale evoluzione l'interprete è partecipe²¹².

L'art. 1351 dispone: « il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo ». Con tale norma il legislatore dà per acquisita la nozione di preliminare e non lascia trasparire alcun dato utile per ricostruirla, al di là della necessaria successione tra contratto preliminare e contratto definitivo. Questo vale ad escludere che al preliminare possa far seguito un atto unilaterale, come suggerisce la collocazione della disposizione in seno al titolo II del libro IV, in coda all'art. 1350 che elenca i contratti (definitivi) da farsi per iscritto sotto pena di nullità, e tra questi quelli che trasferiscono la proprietà (n. 1), per cui l'ambito di applicazione dell'art. 1351 si determina *per relationem* ad esso. Che l'ambito di applicazione dell'art. 1351 sia stato esteso dalla giurisprudenza al *pactum fiduciae* con cui il fiduciario si obbliga a trasferire al fiduciante la proprietà dell'immobile²¹³ in ragione della sostanziale equivalenza tra questo e il preliminare²¹⁴, non basta a far ritenere che l'effetto traslativo possa discendere da un atto unilaterale con causa esterna, nel *pactum fiduciae*²¹⁵ come nel preliminare, giacché l'applicazione analogica che si fa dell'art. 1351 al caso di specie è naturalmente suscettibile di adattamenti e variazioni, trattandosi di adeguarla ad una fattispecie altra da quella per la quale è stata prevista. L'identità di *ratio* che legittima l'analogia si ravvisa, invece, nell'essere entrambi i contratti fonte di un'obbligazione suscettibile di esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. il quale, diversamente dall'art. 1351, presenta un ambito di

²¹² Il superamento dell'idea secondo cui l'opera dell'interprete si riduca a mera parafrasi, come afferma CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 453, non ne ammette il ritorno, « tanto più quando, come accade particolarmente nel momento presente, le previsioni specifiche della legge sono insufficienti e si tratta di individuare il criterio o i criteri che, opportunamente riferiti a fatti non specificamente previsti, consentono la soluzione più adeguata e più conforme al sistema stesso ». L'interprete assolve dunque un duplice compito: ricercare il significato originario della norma di legge, valutare se la norma abbia maturato in un esito sociale ulteriore perché « il testo letterale della legge [...] resta solo formalmente immutato, ma si integra e si riempie di uno spirito diverso conforme allo spirito del tempo e della società per cui la norma è destinata a valere » (E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in Jus, 1959, p. 200).

²¹³ Cass. 29 maggio 1993, n. 6024; Cass. 7 aprile 2000, n. 9489; Cass. 19 luglio 2011, n. 8001; Cass. 25 maggio 2017, n. 13216.

²¹⁴ Cass. n. 13216/2017, cit.

²¹⁵ Ricordiamo che il negozio fiduciario quale fattispecie tipica di *civil law* si distingue dal *trust* (C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1335 s.).

applicazione più ampio, generalmente identificato mediante il riferimento all'“obbligo di concludere un contratto”. Ciononostante la disposizione risponde al fine precipuo di fornire un utile strumento di attuazione del diritto di credito alla conclusione del contratto definitivo che discende dal preliminare, il che risulta dal dibattito dottrinale che si accompagna all'introduzione della norma e, nuovamente, dalla Relazione al codice che di tale dibattito dà espressamente atto, soffermandosi sull'ipotesi – non unica ma principale – dell'esecuzione in forma specifica del preliminare. Oltre che a tale contratto, come emerge dalla formulazione letterale dell'art. 2932, ove non si parla espressamente di *preliminare*, la disposizione si applica a tutte le ipotesi di obbligazione di concludere un contratto, anche quelle che trovano fonte nella legge. Il riferimento è in particolare all'obbligo del concessionario di un servizio di linea per il trasporto di persone o cose (art. 1679) e del monopolista (art. 2597)²¹⁶, mentre sono originariamente estranei al suo ambito di applicazione i casi in cui l'obbligo da eseguire non sia la conclusione di un contratto, ma di altro atto, pur sempre dovuto, finalizzato a produrre l'effetto traslativo. Lo dimostra l'art. 1706, co. 2, in cui si dispone espressamente che in caso di inadempimento dell'obbligo del mandatario di trasferire al mandante il bene immobile acquistato in forza del mandato « si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre », precisazione necessaria per garantirne l'applicazione al caso di specie, ove l'adempimento si ha mediante atto unilaterale, mentre l'art. 2932 parla espressamente di “contratto”²¹⁷. Neppure quest'ultima

²¹⁶ L'art. 1679 c.c. prevede l'obbligo di accettare le richieste di trasporto compatibili coi mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico, per coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o cose; l'art. 2657 l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni oggetto dell'impresa per l'esercente un'impresa in condizione di monopolio legale. Alla medesima *ratio* risponde l'applicazione della norma ai contratti con la pubblica amministrazione, qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A., nell'ambito di un accordo di urbanizzazione (Cass., sez. un. 9 marzo 2015, n. 4683).

²¹⁷ Dal disposto dell'art. 1706, co. 2 c.c. può trarsi la *ratio* che ha consentito l'applicazione dell'art. 2932 c.c. al legato di cosa dell'onerato o di un terzo che, se il testatore fosse a conoscenza dell'alterità della *res*, obbliga l'onerato ad acquistare e a ritrasferire la *res* al legatario *ex art.* 651 c.c.; all'ipotesi contemplata dall'art. 849, secondo cui il proprietario di terreni entro i quali sono compresi appezzamenti di terreni appartenenti ad altri può domandare che gli sia trasferita la proprietà di questi ultimi; nonché dall'art. 1032, in forza del quale la costituzione di una servitù da parte del proprietario di un fondo a favore di un altro fondo, in mancanza di contratto, è costituita con sentenza. Si tratta, infatti, di norme che prevedono un obbligo la cui esecuzione può essere disposta mediante atto unilaterale.

norma, dunque, lascia margini di discrezionalità all'interprete per ammettere una definizione di preliminare diversa da quella a noi nota, perché dalla lettura delle disposizioni analizzate risulta che il legislatore ha riconosciuto in tale fattispecie il contratto che obbliga alla conclusione di un contratto successivo, così individuandone l'oggetto, e i cui effetti sono pertanto meramente obbligatori, anche qualora il definitivo sia un contratto con effetti reali.

Ma, come accennavamo, oggi l'interprete deve fare i conti con le nuove norme sul preliminare, introdotte in seguito alla novella del 1997 (in particolare l'art. 2645-*bis*), che, si legge nella Relazione illustrativa al d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, conv. nella l. 28 febbraio 1997, n. 30, intendono porre rimedio alla situazione di disequilibrio che segue alla conclusione del preliminare di vendita, tutta volta a vantaggio del promittente alienante, il quale da un lato conserva la disponibilità del bene, dall'altro dispone spesso di un'anticipazione del pagamento del prezzo rispetto al momento della conclusione del definitivo con cui si trasferisce la proprietà della cosa, secondo il modello del preliminare con effetti definitivi anticipati. Se questa è stata la preoccupazione avvertita in dottrina e accolta dal legislatore, ci si spiega il perché dell'introduzione coeva delle due norme, l'una sulla trascrizione del preliminare con effetti prenotativi del grado della futura trascrizione, secondo il modello austriaco dell'annotazione, proposto in dottrina, pur senza voler conferire natura reale a tale contratto, per garantire una forma di tutela al promissario titolare del diritto di credito alla conclusione del contratto con effetti reali²¹⁸; l'altra sul privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare per i crediti del promissario acquirente che, spiega la Relazione, si

²¹⁸ MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 14 s. In seguito alla riforma, l'A. nel saggio *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1998, p. 995, conferma il pensiero già espresso secondo cui « non è una specie di "vendita obbligatoria" il contratto preliminare, che è un contratto obbligatorio nel senso proprio che obbliga le parti (o una di esse) a stipulare un successivo contratto (traslativo) di vendita », negando che la trascrizione di tale contratto possa assolvere la funzione tipica di cui all'art. 2644 c.c., ma riconoscendone la funzione di prenotazione degli effetti della trascrizione del definitivo o della sentenza *ex art.* 2932 c.c. Nel medesimo senso: L. BALESTRA, *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 994; CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., p. 215, 217; V. RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999, p. 112; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 442 s.

riferiscono essenzialmente alla restituzione del prezzo e al risarcimento del danno, introdotta anch'essa su sollecitazione della dottrina che proponeva di garantire al promissario acquirente un diritto di prelazione sugli altri creditori del promittente alienante, riducendo il rischio di perdita delle somme anticipatamente corrisposte, in caso di inadempimento dell'obbligo di concludere il definitivo²¹⁹. Ma, ancora una volta, né le norme richiamate né la Relazione di accompagnamento alla novella legislativa dicono nulla a proposito della nozione del preliminare²²⁰, dalla quale il legislatore non pare volersi discostare, chiarendosi anzi che « il contratto preliminare è un negozio ad effetti obbligatori » e che « la trascrizione determina una sorta di prenotazione, che varrà ai fini della pubblicità soltanto nel momento in cui l'intera vicenda traslativa, nella completezza degli effetti reali, si sarà verificata ». È rimesso all'interprete, pertanto, il compito di risalire al significato del sintagma “altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari”²²¹. Procedendo alla ricognizione delle altre disposizioni in cui si rinviene l'uso del medesimo termine (art. 428, 1324, 1350, n. 5, 2643, n. 5), Gazzoni afferma che tale è l'atto unilaterale e che, quindi, il preliminare può essere eseguito mediante la conclusione di un atto di trasferimento della proprietà: « in tal modo si ripudia finalmente uno dei tanti dogmi che ancora resistono e cioè quello del principio del consenso traslativo, in virtù del quale per il trasferimento della proprietà sarebbe sempre necessario l'accordo delle parti »²²². Secondo tale interpretazione, l'atto di esecuzione del preliminare null'altro sarebbe che un atto unilaterale non negoziale, perché dovuto in forza del consenso manifestato al

²¹⁹ C.M. BIANCA, *Nozioni per una disciplina particolare in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, p. 17 s.

²²⁰ La dottrina che riconosce nel preliminare un negozio di configurazione avente ad oggetto la programmazione con effetti *inter partes* della condotta che le parti intendono assumere *pro futuro* ritiene che la nuova norma e, in particolare, il disposto del comma terzo, abbiano mutato la natura del preliminare estendendone gli effetti nei confronti dei terzi e riconoscendole dignità pari a quella della promessa contrattualmente impegnativa (PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., p. 141).

²²¹ Due le tesi emerse in dottrina: l'una, di cui stiamo discorrendo, riteneva che il riferimento fosse all'atto unilaterale e da ciò traeva spunto per affermare l'ammissibilità di una scissione della vendita in *titulus* e *modus*; l'altra lo riferiva alle ipotesi in cui tra il preliminare e l'atto che dava esecuzione all'obbligo di contrarre non vi fosse coincidenza contenutistica (GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 539).

²²² F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. dir. da P. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 710.

momento della conclusione del preliminare, che trasferisce la proprietà della cosa (*modus acquirendi*) a prescindere dal pagamento del prezzo²²³.

Tuttavia noi riteniamo che dal solo art. 2645-*bis* non possa trarsi alcun argomento decisivo per sostenere che il preliminare di vendita sia da intendere quale vendita obbligatoria in senso tecnico dalla quale sorge un obbligo di dare eseguibile anche mediante un atto unilaterale di trasferimento della proprietà²²⁴. Se ne trae conferma anche dalla Relazione, per la quale « il contratto preliminare (è) un contratto sostanzialmente prodromico di una vicenda negoziale intesa al raggiungimento di effetti reali » la cui trascrizione produce effetti di mera prenotazione. Affermando ciò si esclude che il preliminare di un contratto con effetti reali debba intendersi quale titolo di trasferimento cui può far seguito un atto unilaterale di trasferimento della proprietà e se ne ribadisce la funzione preparatoria rispetto alla futura vendita e la necessità di una successione contratto preliminare - contratto definitivo, già espressa negli art. 1351, 2932 c.c. Vero è che il riferimento all'«atto» crea disordine, dando adito a chi ritiene che sia consentita, alternativamente, la *consecutio* preliminare-contratto e preliminare-atto unilaterale di trasferimento, ma una lettura di sistema basta a ripristinare l'ordine violato. L'impatto che l'ammissibilità della scissione della vendita in *titulus* (preliminare) e *modus* (atto unilaterale) avrebbe avuto rispetto al nostro modello di vendita, imperniato sul principio consensualistico, ne avrebbe anzitutto reso necessario il raccordo con la disciplina codicistica che, invece, non è stato ritenuto necessario in

²²³ GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 712.

²²⁴ Secondo M. FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 424, la norma non può significare che « il preliminare è già compravendita », perché la trascrizione non incide sugli effetti del preliminare in ragione della funzione propria dell'istituto, che rileva rispetto alla opponibilità dell'atto nei confronti dei terzi (ID., *Degli effetti del contratto*, cit., p. 382). Aderisce a tale tesi anche A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Torino, 1998, p. 14; ID., *La compravendita*, cit., p. 443. Secondo PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita*, cit., p. 4, inoltre, il nuovo art. 2645-*bis* c.c., pur trovando applicazione anche nei confronti del preliminare c.d. puro, fattispecie che resta ciononostante invariata, ha inteso recepire la prassi oramai dilagante del preliminare con effetti definitivi anticipati e, quindi, secondo la ricostruzione che intendiamo darle (v. oltre, cap. II), della scissione tra titolo e modo di acquisto della proprietà, che pare l'unica forma giuridica in grado di giustificarla. Nel senso della sopravvivenza di un preliminare di contratto con effetti obbligatori o reali che obblighi a contrarre, si esprime altresì CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, cit., p. 148 s.

ragione della conservazione della natura del preliminare quale negozio con effetti meramente obbligatori che apre una sequenza destinata a trovare attuazione con la conclusione di un negozio con effetti reali, come lo definisce la Relazione²²⁵, nella quale significativamente non si parla di “atto”. E infatti, se davvero la novella avesse inteso con tale vago riferimento aderire alla tesi secondo cui il preliminare di vendita nasconde una vendita obbligatoria in senso tecnico, verosimilmente la Relazione non ne avrebbe trascurato il significato, ma avrebbe provveduto ad esplicitarlo. Inoltre, bisogna ricordare che la trascrizione è materia di ordine pubblico, pertanto non derogabile dall'autonomia dei privati, il che vale ad escludere una lettura della norma che miri a riconoscere ai contraenti la libera scelta dell'atto, contrattuale o meno, da cui far discendere l'effetto traslativo, posto che, se così fosse, il principio della tassatività degli atti trascrivibili ne risulterebbe violato²²⁶, mentre il rinvio ai n. 1, 2, 3, 4 dell'art. 2643 c.c. che, si ricorda, prevedono la trascrizione di *contratti* con effetti costitutivi o modificativi dei diritti reali, mira a garantirne l'osservanza. Ancora, se il preliminare fosse davvero il titolo di trasferimento della proprietà, un intervento legislativo *ad hoc* non sarebbe necessario perché la trascrizione in primo luogo avrebbe ad oggetto l'atto che trasferisce (il *modus*, dunque, e non il *titulus*), in secondo luogo questa sarebbe già ammissibile ai sensi dell'art. 2645 c.c., previsto al fine precipuo di consentire la trascrizione di « ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 » e, viepiù, gli effetti derivanti dalla trascrizione sarebbero dichiarativi, secondo la regola generale di cui all'art. 2644 c.c., e non meramente prenotativi dell'ordine di grado, come invece è stato correttamente previsto dal legislatore, il quale ha optato per tale soluzione in luogo della prima a voler ulteriormente

²²⁵ Così, la Relazione di accompagnamento alla l. n. 30/97 di conversione del d.l. n. 669/96, *sub* art. 3.

²²⁶ E, pure a voler ritenere diversamente, richiamando il principio affermato in giurisprudenza secondo cui in materia di trascrizione vige il principio di tipicità degli effetti e non degli atti, per cui « va trascritto – come adempimento di un onere – qualsiasi atto che, pur non rientrando nello schema dei contratti, degli atti o provvedimenti o delle sentenze indicati nell'art. 2643 c.c., tuttavia produca uno o più degli stessi effetti » (Cass. 12 novembre 1997, n. 11180), si presuppone comunque che l'atto in questione sia idoneo a trasferire la proprietà, il che, come chiarito, deve dirsi categoricamente escluso nel nostro ordinamento.

confermare che il preliminare non è titolo del trasferimento della proprietà e non può dunque valere quale titolo per regolare la circolazione dei diritti il che presuppone, appunto, il trasferimento²²⁷. Nel nostro ordinamento, infatti, vige il principio per cui « la trascrizione è chiamata a intervenire tutte le volte che c'è un mutamento di legittimazione da segnalare »²²⁸, mutamento che il preliminare non è idoneo a produrre. Infine, come osserva autorevole dottrina, « in materia di trascrizione, quando la legge intende parlare di costituzione o trasferimento di diritti in capo ad altri soggetti provvede testualmente, come è giusto che sia »²²⁹, per cui, laddove un riferimento a tale effetto manchi, deve ritenersi esclusa l'idoneità dell'atto a produrlo.

Certo, resta ancora dubbio il significato da riconoscere all'«altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari», in aggiunta al definitivo e alla domanda giudiziale *ex art. 2652, co. 1 n. 2*. In dottrina, contrariamente a chi ha inteso dar rilievo al profilo strutturale, interpretando l'atto (unilaterale) in contrapposizione al contratto (bilaterale o plurilaterale), vi è stato chi, viceversa, ha voluto dar risalto all'elemento funzionale e al rapporto che lega preliminare-definitivo, considerando l'atto quale *contratto* che dal definitivo si distingue perché non corrispondente a quanto pattuito nel preliminare e comunque

²²⁷ Degli effetti della trascrizione del preliminare diremo meglio in seguito (cap. II), ma sin da ora è bene rilevare che non può ritenersi meritevole di accoglimento la tesi del GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, sub *art. 2645-bis*, cit., p. 132, secondo il quale la trascrizione del preliminare produce un effetto di opponibilità risolutivamente condizionato alla trascrizione dell'atto successivo. Si vorrebbe così equiparare sotto il profilo degli effetti la trascrizione del preliminare alla trascrizione della vendita ad efficacia reale mediata, pacificamente ammessa dalla giurisprudenza (v. Cass. 10 luglio 1986, n. 4497; Cass. 16 luglio 1983, n. 4901), ma mentre la prima trova disciplina nell'*art. 2645-bis*, la seconda viene compresa nel disposto dell'*art. 2643, n. 1* e i suoi effetti sono regolati dall'*art. 2644*.

²²⁸ L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, p. 40.

²²⁹ CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 166. L'osservazione è svolta con riguardo all'*art. 2645-ter c.c.* avente ad oggetto la trascrizione degli atti di destinazione che, in ragione del mancato riferimento all'effetto traslativo o costitutivo, non possono ritenersi idonei a produrlo per le ragioni anzidette, il che vale ad escluderne l'applicazione al *trust*. Tale istituto, infatti, produce essenzialmente – seppure non esclusivamente – effetti traslativi ed è quindi estraneo al *genus* degli atti di destinazione disciplinati dalla norma. La medesima argomentazione, per cui l'ordinamento prevede espressamente l'effetto traslativo degli atti soggetti a trascrizione ove intenda riconoscerne tale natura, per la sua omessa indicazione deve intendersi nel senso della sua esclusione, può valere anche per il caso di cui ci occupiamo al fine di affermare l'inidoneità del preliminare a produrre effetti traslativi.

diretto a darvi esecuzione²³⁰. Ma, escluso l'accoglimento della prima tesi, neppure quest'ultima appare soddisfacente perché raggira il problema, posto che l'atto al quale si guarda è in ogni caso il contratto definitivo. La mancata corrispondenza di quest'ultimo a quanto originariamente pattuito, infatti, non esclude che sia tale il diverso contratto concluso se le parti abbiano così voluto nell'esercizio della loro libertà negoziale e, anzi, tale aspetto resta irrilevante per l'ordinamento fin quando la modifica sia stata pattuita dai contraenti di comune accordo. Quel che rileva ai fini della trascrizione e della possibilità di avvalersi dell'anticipazione di grado derivante dalla previa trascrizione del preliminare è soltanto che si tratti di un contratto produttivo di effetti reali *ex art.* 2643, n. 1, 2, 3, 4 e che il bene immobile che ne risulta inciso sia il medesimo che si prefigurava nel preliminare quale oggetto del definitivo.

Volendo proporre una lettura alternativa a quelle sino ad ora prospettate in dottrina, possiamo avvalerci del disposto dell'art. 2645 ove si parla espressamente di atti e provvedimenti per disporre l'assoggettamento al regime della pubblicità immobiliare, in quanto produttivi dei medesimi effetti derivanti dai contratti trascrivibili *ex art.* 2643 c.c. La norma rappresentò una novità per l'ordinamento, non trovando un corrispondente nel codice del 1865 ove l'art. 1932, che pur adoperava la parola "atti", era unanimemente riferito ai contratti²³¹, interpretazione oggi superata dal disposto degli art. 2643 e 2645, il primo dedicato principalmente ai contratti²³², il secondo agli atti e ai provvedimenti amministrativi. Interrogandosi

²³⁰ I profili di diversità tra il definitivo pattuito e il definitivo concluso possono essere vari. Secondo parte della dottrina (GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare*, cit., p. 460 s.), il contratto concluso può qualificarsi "altro atto" ed essere equiparato sul piano degli effetti al definitivo qualora il bene oggetto del trasferimento risulti quantitativamente diverso da quanto pattuito nel preliminare. Meno rigida è la tesi di chi (CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., p. 218), invece, dà rilievo all'atto anche qualora differisca dal preliminare rispetto all'estensione del bene e al suo valore, purché si tratti pur sempre della stessa *res*; all'ammontare o alle modalità di adempimento dell'obbligo di pagamento del prezzo, nonché al caso in cui diversa sia la causa del definitivo e dell'"altro atto": si pensi all'ipotesi in cui le parti si accordano per la conclusione di una permuta in luogo della compravendita originariamente prevista. Contrario a tale orientamento è LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., p. 20 s., il quale non ammette che la diversità tra i due atti si spinga sino al mutamento dell'elemento causale.

²³¹ B. MARIANI, *L'art. 2645 del codice civile*, in *Riv. not.*, 1947, p. 481.

²³² Non manca tuttavia il riferimento alle sentenze o agli atti negoziali non contrattuali e così si spiega perché il legislatore, nel definire gli effetti che derivano dalla loro trascrizione (art. 2644), parla genericamente di "atti enunciati all'articolo precedente", non optando per alcuna

sul significato da riconoscere a questi ultimi e in particolare agli “atti”, di cui il provvedimento è una *species*, la dottrina li ha riferiti agli atti bilaterali non compresi nel novero dell’art. 2643 e agli atti unilaterali di cui ha tentato di predisporre un elenco²³³, nel quale non è naturalmente compreso l’atto unilaterale di trasferimento. Però il riferimento a tali atti non può valere per l’art. 2645-*bis*, nell’interpretare il quale deve tenersi conto dell’ambito di applicazione che gli è proprio, non genericamente riferito agli atti trascrivibili purché produttivi di effetti reali analoghi a quelli derivanti dai contratti contemplati dall’art. 2643, bensì specificamente al contratto preliminare che sia fonte dell’obbligo di concludere uno dei contratti di cui ai n. 1, 2, 3, 4 dell’articolo *supra* evocato e dell’atto che di tale obbligo sia esecuzione. Escluso il contratto definitivo, nel quale abbiamo inteso comprendere altresì quello non corrispondente al regolamento contrattuale previsto nel preliminare che, per accordo delle parti, assolva comunque la funzione di adempimento dell’obbligo di prestazione; escluso parimenti il provvedimento, al quale l’atto potrebbe pur riferirsi sottintendendo la qualifica “amministrativo”, perché quando l’amministrazione conclude un preliminare agisce *iure privatorum* e non nell’esercizio dei poteri autoritativi che ne connotano l’attività *iure imperii* e pertanto non può incidere unilateralmente la sfera giuridica del privato e l’atto di esecuzione del preliminare non può avere natura diversa da quella contrattuale²³⁴;

qualificazione formale e prediligendo l’uso di un’espressione generica e pertanto idonea a comprenderli tutti.

²³³ Tra questi, MARIANI, *L’art. 2645 del codice civile*, cit., p. 481 s., annovera: gli atti di riconversione, cioè, spiega l’A., quegli atti che servono a fare tornare il diritto di proprietà o altro diritto reale nello stato giuridico in cui si trovava prima che venisse trascritto un atto o un provvedimento che ne alterò la fisionomia giuridica; l’atto col quale un debitore si obbliga a non cedere i fitti provenienti da locazione o da altra forma di godimento dell’immobile ipotecato o di non vendere né ipotecare lo stesso immobile per la durata del mutuo; la cessione di una locazione ultranovennale; l’acquisto del legato di un immobile, le migliorie agricole, l’immissione nel possesso definitivo dei beni dell’assente, le concessioni della p.a., il patto di futura vendita convenuta in una locazione, le concessioni di precario fatte dai comuni, la rinuncia all’eredità, gli obblighi di contributo per migliorie stradali, la modificazione della denominazione di società civili o commerciali, la convenzione per regolamento di confini, l’atto di assegnazione di una determinata quota di usufrutto di un immobile, i regolamenti di condominio che vincolano l’uso dei locali a determinati fini, l’atto col quale una persona fa adesione alle disposizioni testamentarie che dapprima aveva dichiarato di non volere riconoscere o che aveva impugnato, l’atto con cui una persona chiarisce che mediante il suo intervento personale o quello del suo procuratore ha inteso cedere taluni diritti che vengono meglio precisati o che nessun altro vanta.

²³⁴ L’art. 1, co. 1-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241 recita infatti: « la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che

escluso altresì l'atto unilaterale, residua un ultimo significato che il termine *atto* può assumere e questo è quello di *atto giurisdizionale*²³⁵. Certo, si potrebbe dire che il legislatore non abbia volutamente inserito un riferimento espresso alla sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre perché, nell'enunciare la regola secondo cui l'effetto di prenotazione che discende dalla trascrizione del preliminare cessa se, entro i termini di cui al co. 3 dell'art. 2645-*bis*, ad essa non segue la trascrizione della domanda con cui l'attore chiede al giudice di pronunciare la sentenza costitutiva, ha equiparato, dal punto di vista degli effetti, la trascrizione del definitivo e quella della domanda, che dovrebbe naturalmente precedere la trascrizione della sentenza. Ma, com'è noto, il nostro ordinamento non prevede un obbligo di trascrizione, ma un mero onere, non valendo in senso contrario l'uso del verbo *dovere* nella formulazione dell'art. 2652 c.c., e ciò conforta la tesi secondo cui l'atto di esecuzione del preliminare ben potrebbe essere la sentenza, la cui trascrizione conserverebbe una rilevanza autonoma dalla trascrizione della domanda ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-*bis*, co. 3, ove quest'ultima non venisse trascritta²³⁶. Del resto, il legislatore prevede la trascrizione della domanda, insieme alla trascrizione del definitivo ovvero di altro atto che ne sia esecuzione, al fine di tutelare le ragioni dell'attore che, nelle more del processo, potrebbe vedere neutralizzata l'efficacia prenotativa del preliminare per il decorso dei termini entro i quali opera, mentre dal punto di vista della funzione sarebbe stato più corretto il richiamo, accanto al definitivo, alla sentenza che siffatto contratto è idonea a surrogare. Un altro significato che potremmo riconoscere all'atto è quello riferibile al contratto concluso tra il promissario acquirente e il proprietario del bene che il promittente *non dominus* abbia promesso in vendita al primo procurandogliene in seguito l'acquisto. In tale

la legge disponga diversamente » e l'art. 11, co. 2, secondo periodo, del medesimo testo normativo prevede che agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento « si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili ».

²³⁵ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1989, p. 446, intende così il riferimento all'atto di cui all'art. 2645 c.c.

²³⁶ In tal senso può ricordarsi che, come afferma A. ORESTANO, *Principi generali*, in *Trattato della trascrizione*, II, Torino, 2014, p. 12, la trascrizione della domanda è possibile per tutta la durata del processo e anche in seguito alla pronuncia della sentenza, sino al passaggio in giudicato.

ipotesi, infatti, il contratto non può dirsi “definitivo” già solo per il fatto che diverse sono le parti contraenti, eppure, ove sia stato trascritto il preliminare di vendita di cosa altrui, dovrà ammettersi che dei suoi effetti possa giovare il promissario che abbia acquistato il bene in forza di un altro atto, qual è quest’altro contratto, mediante il quale il promittente dà esecuzione al preliminare, secondo quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità.

Chiarito che è da escludersi la possibilità di far seguire al preliminare un atto unilaterale di trasferimento della proprietà, possiamo adesso risolvere l’altra questione che pone la teoria di Gazzoni: la definizione dei limiti che l’autonomia privata incontra nella conclusione del preliminare.

Rileviamo a tal riguardo che qualora la scelta del contratto concluso ricada su una fattispecie tipica o nominata deve ritenersi che le parti, agendo consapevolmente, abbiano optato per quella in luogo di altre, tipiche o atipiche, volendo che si producano nelle loro sfere giuridiche quegli effetti che *ex lege* ne derivano e ai quali dunque si vincolano. L’autonomia negoziale, seppur libera rispetto alla scelta del contratto da concludere (art. 1322, co. 1 c.c.), è vincolata al suo rispetto, il che esclude la possibilità che i paciscenti derogino alla disciplina che lo regola la quale, seppure generalmente dispositiva, non è tale quanto ai requisiti e agli effetti²³⁷. Il nesso tra gli uni e gli altri, quali elementi di cui si compone la norma, è facilmente intuibile, perché i primi sono previsti in funzione dei secondi, il cui prodursi esige il rispetto dell’oggetto previsto *ex lege* quale elemento indefettibile della fattispecie²³⁸, fatta salva, entro tali limiti, la libertà di definire il contenuto del contratto, espressamente contemplata dall’art. 1322, co. 2 c.c. Mutato l’oggetto, dunque, mutano gli effetti che il legislatore ha voluto

²³⁷ In tal senso, SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 799, secondo il quale la tipizzazione sarebbe inutile se priva di conseguenze, le quali necessitano di essere individuate nei *naturalia negotii*, cioè negli effetti che, pur non dipendendo dalla volontà delle parti, discendono dalla scelta della fattispecie legale. Per vero, se così non fosse, la disciplina dei contratti tipici perderebbe la propria *ratio*, al pari della distinzione tra questi e i contratti atipici, e il medesimo effetto – il trasferimento della proprietà nel caso di specie – potrebbe essere realizzato mediante contratti diversi, il che, oltre ad essere contrario ai limiti che incontra la libertà contrattuale, ci pare irrealistico. E infatti i contratti tipici nascono dalla recezione di modelli nati nella prassi e divenuti d’uso comune, sicché è alla compravendita, disciplinata dagli art. 1470 s. c.c., che ci si riferisce ogni qual volta si tratta di concludere un contratto di trasferimento “cosa contro prezzo”.

²³⁸ BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 71 s.

derivassero dalla fattispecie legale, la quale ne risulta stravolta perché assoggettata a scopi diversi da quelli per i quali è stata prevista²³⁹. Ma l'individuazione dell'oggetto e degli effetti di una certa fattispecie contrattuale è affidata dal legislatore alla norma definitoria, alla luce della quale si procede all'accertamento circa la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta. In sua assenza potrebbe sostenersi che le parti, nel concludere il preliminare, siano scevre di vincoli e libere di individuarne l'oggetto e gli effetti in funzione dei soli interessi cui intendono dare soddisfacimento, il che se fosse vero esporrebbe il preliminare ad un trattamento analogo a quello dei contratti atipici, frutto della creatività dei privati, rendendo vana la scelta del legislatore di procedere alla sua disciplina e in evidente controtendenza rispetto a quanto avviene per i contratti atipici²⁴⁰. Mentre rispetto a questi ultimi, infatti, l'attitudine è nel senso di ricercare la disciplina legale del contratto tipico che meglio si adatti alla loro regolamentazione, rispetto al preliminare, viceversa, l'attitudine sarebbe nel senso di sfuggire da essa. Eppure tale esito non può essere consentito, perché l'art. 1322, co. 2 c.c. vincola le parti al rispetto dei *limiti imposti dalla legge* e tali limiti vanno rintracciati procedendo all'analisi della normativa codicistica in materia di contratto preliminare.

Possiamo dunque trarre le seguenti conclusioni. L'ordinamento riconosce all'autonomia privata il potere di concludere un contratto preliminare che le obblighi alla sola conclusione del definitivo, secondo la natura che gli è propria, ovvero un preliminare con effetti definitivi anticipati che, al di là del *nomen iuris*, si distanzia dalla prima fattispecie all'interno della quale un legislatore poco attento all'unità del sistema e premuroso di rispondere alle esigenze della prassi ha inteso ricondurlo, e ciò, come meglio vedremo oltre, lo deduciamo dall'art. 2775-bis. Non vi è spazio, invece, perché le parti si accordino nel senso di far discendere dal

²³⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Operazioni bancarie*, I, 1978, p. 498 s. C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 45, afferma, a proposito del preliminare con effetti definitivi anticipati, « (l')inidoneità sul piano formale e (l')inopportunità su quello di politica del diritto di un contratto preliminare gravato di funzioni altre dalla creazione dell'obbligo per le parti di contrarre ulteriormente secondo il tipo contrattuale che il preliminare medesimo ha individuato ». La medesima obiezione può sollevarsi *a fortiori* alla tesi esposta nel testo, ove, nonostante la mancata anticipazione degli effetti, si giunge ad un esito analogo: l'alterazione delle funzioni del preliminare, trasformato da fonte dell'obbligo di contrarre in fonte dell'obbligo di trasferire.

²⁴⁰ Di tale *modus operandi* dà conto SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 790 s., 796.

preliminare c.d. puro l'obbligo di trasferire la proprietà della cosa, in quanto la scissione della vendita in *titulus* e *modus* continua ad incontrare gli ostacoli suddetti²⁴¹. Resta perciò da escludere la tesi di Gazzoni secondo cui il preliminare di vendita coincide con una vendita obbligatoria in senso tecnico e l'erroneo presupposto che vi è sottinteso della contraddittorietà logica tra principio consensualistico e contratto preliminare, per risolvere il quale è utile procedere ad uno studio comparatistico che dimostri in pari tempo la compatibilità tra questo e il preliminare nonché la compatibilità di quest'ultimo col principio di separazione perché, qualificando il preliminare di vendita quale vendita obbligatoria in senso tecnico, ne verrebbe a sua volta esclusa ogni rilevanza in quegli ordinamenti in cui tale principio vige. Esito inevitabile di tal modo di pensare sarebbe dunque il superamento del preliminare.

5. Quando il diritto comparato illumina il diritto interno: l'apparente contraddizione tra principio consensualistico, principio di separazione e contratto preliminare.

Fermo il rispetto del diritto interno, qualora sorgano dubbi sulla sua interpretazione, può risultare utile procedere alla sua comparazione col diritto straniero al fine di eliminarne le incertezze, senza con ciò tralasciare i criteri di interpretazione tradizionali (art. 12 disp. prel. c.c.), bensì integrandoli al fine di confermare la soluzione cui la sua applicazione conduce²⁴². È questa la funzione

²⁴¹ Va oltre DELFINI, *Principio consensualistico e autonomia privata*, cit., p. 201, secondo il quale « non vi sono dunque difficoltà ad estendere codesta scissione, così esplicitamente considerata nel tipo traslativo più paradigmatico, quello della vendita, ad ulteriori ipotesi di operazioni negoziali caratterizzate dalla presenza di un terminale traslativo ».

²⁴² *Op. ult. cit.*, p. 22. Non ci riferiamo, dunque, a quell'uso del diritto straniero consistente nel « prendere come modello esperienze giuridiche straniere al fine di recepire figure e istituti appartenenti ad altro ordinamento giuridico per sostenere o anche solo rafforzare l'iter argomentativo adottato dal giudice » (M.P. MANTOVANI, *Usa dell'argomento comparativo a fini ermeneutici*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 552), bensì quale strumento che orienti il diritto interno e ne favorisca l'evoluzione (*op. ult. cit.*, p. 567), consentendo all'interprete, come diceva A. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 45, al cui pensiero l'autrice si rifà, « di rendersi cosciente delle connessioni fra il sistema giuridico e la storia del proprio paese e così del perché di determinati indirizzi interpretativi, di determinati orientamenti della giurisprudenza e della prassi, del ricorso ad una piuttosto che ad altra dogmatica, tornando a porre il diritto nella storia e sfuggendo all'illusione di considerarlo come un sistema a sé, fuori della storia o dentro una sua storia isolata ».

ermeneutica del diritto comparato, il cui uso, seppure ancora da valorizzare, ha talvolta trovato accoglimento nella nostra giurisprudenza di legittimità²⁴³. A titolo meramente esemplificativo si ricordano, tra le ultime, la decisione delle Sezioni unite che ha dichiarato rilevabile d'ufficio la nullità contrattuale²⁴⁴, ove l'argomento comparatistico è stato adoperato per asseverare la soluzione prospettabile alla luce del diritto interno²⁴⁵, e la recente sentenza sulla natura della responsabilità precontrattuale²⁴⁶, nella quale l'affermazione della natura contrattuale segue alla ricostruzione della teoria del contatto sociale, le cui origini risalgono allo scoperta della *culpa in contrahendo* a partire dalla quale ha avuto sviluppo, dapprima nell'ordinamento tedesco, per trovare in seguito autonoma espansione nel nostro ordinamento grazie agli studi svolti da autorevole dottrina, che invero la Corte suprema si limita a recepire. Di siffatto modo di procedere si avvale ben più spesso, invece, la letteratura civilistica e riteniamo a nostra volta di potervi ricorrere per dar sostegno alla soluzione cui siamo giunti alla luce del diritto interno.

Com'è noto, diversa è la tradizione giuridica del principio di separazione e consensualistico: il primo, di matrice romanistica, si sviluppa a partire da un sostrato storico solido, fondato sul principio *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*; il secondo, di matrice

²⁴³ G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 223 s. A favore di una valorizzazione della funzione ermeneutica del diritto comparato, v. ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., p. 20.

²⁴⁴ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

²⁴⁵ Cass., *ult. cit.*, n. 3.5., dichiara che « anche in ordinamenti che non disciplinano espressamente il rilievo officioso della nullità il connesso potere-dovere del giudice sia tradizionalmente ammesso, in quanto posto a tutela di interessi superindividuali ». Nel caso di specie, tuttavia, l'opportunità del richiamo al diritto comparato è discutibile perché volta ad avvalorare una soluzione che, come rileva CASTRONOVO, *L'aporia*, cit., p. 1009; ID., *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 789, poteva già attestarsi sul piano del diritto positivo e, in particolare, dell'art. 1421 c.c.

²⁴⁶ Cass. 12 luglio 2016, n. 14188. Nell'annotare la decisione, A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1131, riconosce che la Corte, ripercorrendo la dottrina tedesca e italiana degli obblighi senza prestazione, è infine giunta a riconoscere in essa « l'elemento ordinante in grado di ricondurre ad unità molteplici ipotesi di responsabilità, tutte accomunate dall'essere il danno conseguenza della violazione di obblighi che esistono "già a monte della lesione" ».

giusnaturalistica, trova la sua culla in Francia ove si afferma quale corollario del principio *solus consensus obligat* a cominciare da Grozio.

Nel diritto romano, il trasferimento della proprietà si articolava nel modello binario che distingueva tra *titulus* e *modus acquirendi*, il primo, costituito da un accordo ad effetti meramente obbligatori che impegnava la parte venditrice a trasferire il bene e la parte acquirente a pagarne il prezzo, fungeva da causa giustificativa – titolo, appunto – del secondo, modo formale d'acquisto, costituito alternativamente dalla *in iure cessio* ovvero dalla *mancipatio* in caso di *res mancipi*, dalla *traditio* in caso di *res nec mancipi*, quest'ultima divenuta nel diritto giustiniano modalità di trasferimento esclusiva delle *res*, a prescindere dalla loro specie. La *ratio* della scissione è facilmente intuibile tenendo conto del formalismo che connotava il diritto romano, anche contrattuale, il quale non ammetteva che il trasferimento della proprietà potesse discendere dal mero consenso delle parti²⁴⁷, pertanto vincolato ad una estrinsecazione materialmente percepibile della loro volontà, qual era il *modus*. Non stupisce, allora, che al graduale attenuarsi dell'attenzione verso la forma si sia accompagnata la spiritualizzazione delle modalità di acquisto, sfociata nel diritto medievale nella *traditio per chartam*²⁴⁸.

Alla luce dell'*iter* brevemente illustrato, possiamo affermare che il principio di separazione rispecchia un modello di vendita in auge nel diritto romano antico e in seguito superato, mentre il principio consensualistico sviluppa quella che fu l'ultima diramazione del modello romanistico, disvelando la natura fittizia della *traditio*²⁴⁹. Da questo punto di vista il principio consensualistico può essere ritenuto

²⁴⁷ Secondo B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1965, p. 454, le *obligationes consensu*, produttive di effetti nei soli contratti da cui sorge un rapporto riconosciuto dalla legge, purché ne rispettino le forme solenni (*op. ult. cit.*, p. 458), hanno in sé il germe della nozione moderna di contratto quale accordo produttivo di effetti giuridici e bisognoso di una causa, secondo il modello dell'ordinamento italiano, austriaco, elvetico e francese.

²⁴⁸ F. RANIERI, *Negozio reale ed astratto*, in *TR - Review d'histoire du droit*, 1970, p. 329; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 11. Di tale evoluzione dà atto W.M. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by traditio*, Aberdeen, 1970, p. 62 s., il quale riconosce in Giustiniano il creatore della *traditio ficta*, chiara espressione di un'accettazione meramente formale del principio di separazione dietro la quale si cela « the triumph of property by mere agreement » (*op. ult. cit.*, p. 72).

²⁴⁹ Nel medesimo senso, v. SACCO, *Le transferts de la propriété*, cit., p. 471, che riconosce nel modello di vendita francese e tedesco lo sviluppo, ma in senso opposto, del diritto comune.

espressione della volontà del legislatore di adeguare il diritto alla realtà²⁵⁰ e soddisfare l'esigenza emersa nella prassi di liberarsi di clausole formali oramai prive di qualsivoglia significato giuridico per favorire la semplicità e rendere più agevole la circolazione dei diritti. Nell'ordinamento francese che per primo lo accolse, inoltre, sottesa all'art. 1583 *code civil*, dedicato alla vendita, vi era la chiara affermazione del potere della volontà di creare obbligazioni²⁵¹ e di produrre effetti, tra questi il trasferimento del diritto²⁵², per il quale non si rendeva necessario null'altro che il consenso, in conformità agli insegnamenti di Domat e Pothier. Al fine di comprendere il significato dell'art. 1589 *code civil* che si accompagna all'affermazione del principio consensualistico, dunque, è imprescindibile il riferimento alla loro dottrina. Pothier, in particolare, nel suo *Traite du contrat de vente* parla della promessa di vendita distinguendola dal contratto, perché questo è fonte di obbligazioni reciproche per le parti, mentre la promessa è unilaterale e non obbliga colui a favore del quale è fatta, ma ove vi fosse un accordo con cui le parti dichiarano di “voler vendere” allora quella sarebbe già una vendita²⁵³, quindi un contratto e non una promessa. Nel suo significato originario, dunque, l'art. 1589 si riferiva alle sole promesse unilaterali e, in particolare, alla promessa unilaterale di vendita (seppure Pothier ammettesse altresì la promessa di acquisto), in seguito il suo ambito di applicazione è stato esteso anche alla promessa di vendita sinallagmatica, pur non mancando chi ne esclude la applicabilità, preferendo una

²⁵⁰ Così C.M. BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 542.

²⁵¹ CHARPENTIER, *Un paradoxe de la théorie du contrat*, cit., p. 276; R.T. TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, III, Bruxelles, 1844-1855, trad. it. Palermo, 1847, p. 48 s., il cui pensiero è ben enunciato dalle seguenti parole: « la volontà espressa positivamente di trasferire la proprietà da una persona all'altra non ha bisogno di un fatto esteriore di acquisto del possesso [...]. La volontà genera il diritto senza il concorso del fatto ». Siffatte scelte legislative, inoltre, subirono indubbiamente l'influenza del periodo storico nel quale nacque il codice Napoleonico. Il ruolo sovrano riconosciuto alla volontà risponde, infatti, allo spirito della rivoluzione francese e, in particolare, al superamento del rapporto di sudditanza che legava il cittadino al sovrano.

²⁵² Dal punto di vista sistematico, come rilevano ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 114, ciò spiega perché le norme relative al trasferimento della proprietà trovano disciplina nella parte relativa al contratto di vendita e non al diritto di proprietà.

²⁵³ R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente. Selon les regles tant dufor de la conscience, que du for extérieur*, Paris, 1768, p. 2 s., 8, 32.

interpretazione storica e non evolutiva del dato normativo²⁵⁴. A tal fine è stata coniata la categoria dell'*avant-contrat*²⁵⁵, la quale si è tuttavia rivelata incapace di assolvere la funzione per la quale è stata creata, quella cioè di estrarre la promessa sinallagmatica di vendita dal *genus* delle promesse *ex art. 1589*²⁵⁶, essendovi confluite altre figure tra loro eterogenee e per lo più a carattere unilaterale, quali l'opzione e il patto di preferenza²⁵⁷.

²⁵⁴ Così M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*³, II, Paris, 1949, p. 752 s.; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, cit., p. 158.

²⁵⁵ Secondo PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*³, II, cit., p. 127 s., l'*avant-contrat* o promessa di contratto è la convenzione mediante la quale una parte si obbliga verso l'altra a concludere un contratto le cui condizioni sono già determinate. Secondo la dottrina francese, infatti, l'*avant-contrat* deve contenere gli elementi essenziali del contratto che si intende concludere (v. G. MARTY-P. RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, Paris, 1962, p. 99), perché prefigura il contratto futuro e ne garantisce la conclusione. Si ribadisce così la tesi secondo cui le promesse bilaterali di vendita restano estranee all'ambito di applicazione dell'art. 1589 *code civil* (PLANIOL, *op. ult. cit.*, p. 152 s.).

²⁵⁶ SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 165. Il distinguo tra la promessa bilaterale di vendita, intesa quale *avant-contrat*, e la vendita, è riconosciuto nell'ordinamento francese qualora la formazione di quest'ultima sia subordinata ad una certa forma (*op. ult. cit.*, p. 165), ma in tal caso si è comunque lontani dalla fattispecie del preliminare, giacché il secondo contratto è una mera ripetizione in altra forma del primo e di ciò tiene conto anche la giurisprudenza francese che ne riconosce il *discrimen* solo quando le parti « aient voulu faire de cette modalité accessoire un élément constitutif de leur consentement; que par ces seuls motifs, l'arrêt est légalement justifié » (*Cour de Cassation*, 14 janvier 1987).

²⁵⁷ MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, cit., p. 97. Mediante la recente riforma delle obbligazioni e dei contratti, il legislatore francese ha inteso sopperire alle carenze del *code civil* relative alle modalità di formazione del contratto e disciplinare quelle fattispecie d'ampio uso nella prassi commerciale, sì da garantire maggiore sicurezza nella circolazione dei diritti (*Rapport au Président*, in *Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil*, in *Dalloz*, p. VI). Come risulta dal rapporto 11 febbraio 2016, il riferimento si intende a « le deux avant-contrats le plus fréquents que sont le pact de préférence et la promesse unilatérale » (p. 4), oggi disciplinati, rispettivamente, agli art. 1123 e 1224 del *code*. Quest'ultima norma dispone che « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire » (co. 1): si tratta quindi di una fattispecie assimilabile al contratto di opzione, non al preliminare unilaterale. La lettura dell'art. 1124 del *code civil* e del commento ad esso annesso inducono quindi ad escludere che con la norma il legislatore abbia inteso disciplinare un preliminare unilaterale, inteso come noi lo intendiamo, trattandosi invece di un contratto di opzione col quale una parte riconosce all'altra il *droit d'opter pour la conclusion d'un contrat*, la cui conclusione segue alla sola manifestazione del consenso di quest'ultimo di concluderlo. Le novità introdotte dalla riforma, da un lato orientata al superamento di categorie antiche e non più adatte ai tempi odierni, dall'altro all'inserimento di categorie nuove nate nella prassi e ritenute *essentiels pour le praticiens*, seppure lontane dal superamento dei limiti che incontra il preliminare di vendita, riconoscono espreso rilievo ad alcuni tra gli *avant-contrats* che nella prassi hanno trovato maggiore applicazione e rappresentano una prima apertura verso fattispecie dapprima viste con sfavore dal legislatore, in tal senso spinto dalla dottrina, oltre che dalla realtà effettuale.

Alla vacuità di tali tentativi si accompagna una netta prevalenza in dottrina e giurisprudenza per un'interpretazione evolutiva dell'art. 1589 e si spiega così il rifiuto (quasi) unanime del contratto preliminare²⁵⁸. Una volta che tale fattispecie ha preso forma, infatti, non è stato difficile ritenere che l'art. 1589 fungesse da ostacolo al suo ingresso nell'ordinamento napoleonico, giacché l'assenza dell'aggettivo "unilaterale" rende in astratto e letteralmente possibile l'applicazione della disposizione al preliminare di vendita. Ai nostri fini è indicativo che il divieto del preliminare di vendita si erga sul principio *promesse de vente vaut vente* e non sul principio consensualistico, enunciato dall'art. 1583, perché ci consente di cogliere che quest'ultimo non è sufficiente ad escluderne l'ammissibilità²⁵⁹. Pertanto, la scelta del legislatore italiano di non recepire il disposto dell'art. 1589 del *code civil*, consapevole o no che sia stata, riflette oggi, nel dibattito sul contratto preliminare, un'importanza fondamentale per comprendere che il principio consensualistico e il principio *promesse de vente vaut vente* non sono l'uno conseguenza dell'altro, ma l'uno e l'altro rispondono ad una scelta di politica legislativa²⁶⁰ che, seppure comune in radice, non può dirsi univoca. Mentre l'art. 1589 presuppone e dipende dall'art. 1583, perché equiparare la promessa di vendita alla vendita qualora il trasferimento della proprietà non dipendesse dal mero consenso sarebbe una contraddizione in termini, l'art. 1583 è in grado di sopravvivere a prescindere dall'altra norma – lo dimostra l'ordinamento italiano – la quale ne integra il contenuto *ab externo*, non incidendo sul suo intrinseco significato, che tale è anche qualora alla promessa bilaterale si riconosca

²⁵⁸ Nella giurisprudenza francese più recente si ricordano, *Cass. civ.*, 12 ottobre 2017; *Cass. civ.*, 18 maggio 2017; *Cass. civ.*, 9 marzo 2017; *Cass. civ.*, 9 luglio 2013, d'accordo nel ritenere che « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix; que l'objet de la vente doit être déterminable; qu'en considérant qu'il existait un accord entre les parties portant sur la chose et sur le prix sans rechercher ».

²⁵⁹ Concorde nel ritenere che in Francia lo sviluppo del preliminare sia stato impedito dall'art. 1589 *code civil*, CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 100. Il consenso traslativo, ritenuto in Francia espressione di un principio di ordine pubblico, non vale infatti ad escludere il preliminare di vendita, contrariamente a quanto afferma R. SACCO, *Relazione di sintesi*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, II, p. 868, che ciò ritiene perché in questo contratto vede un « perfetto surrogato della vendita obbligatoria di modello tedesco », mentre così non è, secondo la tesi che riteniamo di sostenere.

²⁶⁰ Cfr. A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 932.

il significato suo proprio e non si ricorra alla *fictio iuris* di cui all'art. 1589. Riteniamo dunque di non poter aderire alla tesi sostenuta dalla civilistica francese, secondo cui la *ratio* dell'art. 1583 starebbe nell'escludere che l'autonomia negoziale possa riconoscere alla promessa di vendita un significato altro dall'unico vero che essa ha perché "volere vendere" equivale a "vendere"²⁶¹, tanto è vero che, se così fosse, il legislatore francese cadrebbe in un evidente fraintendimento logico, ammettendo la conciliabilità tra ciò che si afferma inconciliabile. La disciplina dettata dalla l. 3 gennaio 1967 n. 67-3 relativa *aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction*, dal *Code de la construction et de la habitation* e dalla l. 12 luglio 1984 n. 84-595 relativa a *la location-accession à la propriété immobilière* deroga infatti al principio *promesse de vente vaut vente*, non anche, però, al principio del consenso traslativo. I testi di legge richiamati dedicano una disposizione *ad hoc* al preliminare di vendita, rispettivamente agli art. 11, 261-15 e 3, ma la fattispecie continua ad essere configurata quale promessa unilaterale. In materia di vendita di immobili da costruire, infatti, si legge che « la vente prévue à l'article 6 ci-dessus peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble » (art. 11, co. 1 l. n. 67-3, cui corrisponde l'art. l. 261-15 del *Code de la construction*), per cui fonte del preliminare sarà l'obbligo di vendere che grava in capo al futuro alienante e l'obbligo di depositare a titolo di garanzia dell'acquisto una somma di denaro indisponibile (co. 3), che grava in capo al futuro acquirente; analogamente, in materia di locazione finanziaria immobiliare, è prevista la possibilità di far precedere la conclusione del contratto di *location-accession* che obbliga il futuro alienante al trasferimento della proprietà

²⁶¹ F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Paris, 1983, p. 91; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, cit., p. 98; POTHIER, *Traite*, cit., p. 32. Nel senso della non applicabilità dell'art. 1589 *code civil* alla promessa sinallagmatica, si ricorda PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*³, cit., p. 127 s., 752 s., il quale sostiene che la promessa sinallagmatica sia un contratto con cui le parti si prefigurano la conclusione di un contratto futuro, di cui la parte titolare del diritto può chiedere la conclusione in sede giudiziale in quanto titolare di un diritto di opzione. Diversamente, TROP LONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, cit., p. 160, afferma che sia irragionevole sostenere che la proprietà si trasmetta attualmente in base ad un patto da cui risulta che il trasferimento dipende da un fatto futuro, perché le parti non lo vogliono attualmente.

del bene e il futuro acquirente al pagamento frazionato o differito del prezzo di vendita, oltre che ad una somma di denaro dovuta a titolo di corrispettivo per il godimento fino al giorno dell'opzione (art. 1 l. n. 84-595)²⁶² da « un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué par l'accédant à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à l'accédant un immeuble ou une partie d'immeuble » (art. 3)²⁶³. A fronte di tali formulazioni letterali, non esplicite nel senso del riconoscimento del preliminare quale fonte reciproca dell'obbligo di contrarre, la dottrina e la giurisprudenza hanno favorito una lettura estensiva delle proposizioni normative, le quali si ritengono applicabili anche alla promessa sinallagmatica²⁶⁴, in deroga all'art. 1589 *code civil*, superato il quale deve riconoscersi la diversità logica e giuridica tra la promessa di vendita e la vendita, seppure, in forza dell'art. 1583 *code civil*, il trasferimento è pur sempre effetto immediato del consenso manifestato dalle parti al momento della conclusione del definitivo *de vente*.

²⁶² CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 44, rileva la differenza tra tale fattispecie e il preliminare con effetti definitivi anticipati, affidata al meccanismo di produzione dell'effetto traslativo, conseguenza dell'esercizio del diritto di opzione nel primo caso, della conclusione di un nuovo contratto nel secondo, il che giustifica l'anticipazione del prezzo nella *location-accession*, non anche nella figura italiana del preliminare con effetti definitivi anticipati. Oggi il nostro ordinamento contempla una fattispecie che si avvicina a quella francese. Si tratta del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, disciplinato dall'art. 23 d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. l. 11 novembre 2014, n. 164, che conferisce al conduttore, oltre all'immediato godimento del bene, il diritto di acquistarlo entro un termine determinato imputando il corrispettivo in parte al canone, in parte al pagamento anticipato del prezzo. Ma, come diremo meglio nel cap. II in cui ci occuperemo *funditus* della fattispecie, qui vi è una combinazione tra locazione e preliminare di vendita, non tra locazione e opzione, com'è nel diritto francese.

²⁶³ Dalla normativa francese ha tratto ispirazione il Progetto di legge 22 novembre 1972, d'iniziativa dei senatori Carraro e Follieri, non confluito in legge, che, afferma CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 34, 45, pur mirando a tutelare l'acquirente della casa di abitazione prevedendo una disciplina più congrua rispetto all'evolversi del mercato, risultò manchevole e inidoneo a tale scopo, al quale ha rivolto un'attenzione inferiore rispetto a quella che gli è stata riconosciuta dalla legislazione francese presa ad esempio, nel momento in cui ha previsto uno spostamento in avanti rispetto alla stipulazione e un'anticipazione del prezzo entro il 20%, limite applicabile solo ai contratti stipulati con scrittura privata semplice (*op. ult. cit.*, p. 38).

²⁶⁴ Cfr. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 170 s. A proposito dell'art. l. 261-15 del codice delle costruzioni, C. DREVEAU, *Qualification et régime du contrat préliminaire*, 21 novembre 2011, in *Dalloz - Actualité*, nel commentare la sentenza *Cass. civ.* 30 novembre 2011, secondo la quale la norma non prevede un contratto preliminare ma un contratto *sui generis*, rileva che è esclusa la realizzazione forzata della vendita in caso di inadempimento dell'obbligo di costruire perché « le réservant ne s'était engagé ni à construire ni à vendre. Dès lors, seule une faute du promoteur à l'origine de la défaillance du projet pouvait engager sa responsabilité ».

Dalla prospettiva comparatistica risulta dunque l'immeritevolezza della tesi elaborata dalla nostra dottrina che, recuperando il principio francese *promesse de vente vaut vente*, vuole equiparare il preliminare di vendita alla vendita, non riconoscendone il *discrimen* e ritenendo che diversamente si derogherebbe al disposto dell'art. 1376 c.c.²⁶⁵ Valorizzando la funzione ermeneutica del diritto comparato, possiamo dunque ricavare dall'esperienza francese lo spunto per superare la pretesa inconciliabilità, nel nostro ordinamento, tra preliminare di vendita e principio consensualistico, dimostrata la quale occorre smentire la tesi secondo cui il preliminare abbia un senso solo se trasformato in titolo del trasferimento della proprietà. Per questo si rende necessario spostare lo sguardo verso quei paesi in cui tale scissione è intrinseca alla vendita, eppure il preliminare conserva una propria autonomia.

Il principio di separazione presenta una duplice declinazione, diversa a seconda che l'ordinamento in cui trova accoglimento accolga il principio di astrazione o quello di causalità²⁶⁶. Lì dove si prescinda dall'elemento della causa, come avviene in Germania, la vendita si struttura nei seguenti atti: il contratto obbligatorio, da cui sorge in capo all'alienante l'obbligo di consegna e trasferimento della proprietà e in capo all'acquirente l'obbligo di corrispondere il prezzo pattuito (§ 433 BGB²⁶⁷), il negozio dispositivo relativo al trasferimento del bene e al pagamento del corrispettivo dovuto e, infine, la consegna del prezzo e della cosa mobile (§ 929 BGB) ovvero, in caso di immobili, l'intavolazione²⁶⁸ (§§ 873, 925

²⁶⁵ G. PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 128.

²⁶⁶ R. SACCO, *Le transferts de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 463 s.: mentre il principio di astrazione trova applicazione esclusivamente in Germania e Gran Bretagna, in Austria e Svizzera, ove pure vige il principio di separazione, la causa è, come in Italia, elemento costitutivo del contratto.

²⁶⁷ Così recita: « In virtù del contratto di compravendita, il venditore di una cosa è tenuto a consegnare la cosa al compratore e a procurargliene la proprietà. Il venditore di un diritto è tenuto a procurare al compratore il diritto e, se questo dà diritto al possesso di una cosa, a consegnare la cosa (co. 1). Il compratore è tenuto a pagare al venditore il prezzo convenuto e a prendere in consegna la cosa comprata (co. 2) ».

²⁶⁸ Com'è noto, infatti, nell'ordinamento tedesco l'iscrizione nei registri pubblici immobiliari assolve funzione costitutiva del diritto, al pari di quanto avviene negli altri ordinamenti di tradizione germanica (austriaco e svizzero, in particolare) e diversamente dal nostro.

BGB)²⁶⁹. Rispetto al diritto romano, dunque, si conserva formalmente la successione tra *titulus* e *modus acquirendi*, ma il primo, in forza del principio di astrazione, non assolve la funzione causale che gli era riconosciuta²⁷⁰. Se così è, allora, l'effetto traslativo discende dal solo *modus*, che diviene elemento a tal fine sufficiente. In tal senso si può ritenere che l'ordinamento tedesco e gli ordinamenti francese e italiano si allontanino dal diritto romano, apportandovi una semplificazione che passa per il superamento della necessaria coesistenza del titolo e del modo, ma in senso inverso: nel primo ritenendosi sufficiente il *modus*, nei secondi il *titulus*²⁷¹. Tuttavia è evidente che il modello di vendita tedesco, lungi dal semplificare la disciplina romanistica in materia di trasferimento della proprietà, ne ha appesantito il realizzarsi, al punto da essere stata ritenuta « avulsa dalla realtà »²⁷² nel suo susseguirsi al contratto obbligatorio di due atti dispositivi le cui sorti sono scisse dal primo. Di certo, un tale modello, combinato col principio di astrazione, è in grado di meglio tutelare la sicurezza dei traffici economici, facilitando la circolazione dei diritti²⁷³, e ciononostante non si ritiene efficiente,

²⁶⁹ R. KNÜTEL, *Vendita nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, p. 288; KONKRE, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, cit., p. 103 s. Ma se le parti adempiono immediatamente le prestazioni che sorgono dal contratto obbligatorio di vendita, le differenze rispetto al modello francese e italiano si assottigliano sino ad annullarsi, salva però l'applicazione del diverso principio di astrazione (KNÜTEL, *op. ult. cit.*, p. 302). Tuttavia si tratta di una forma di manifestazione dell'autonomia privata dalla quale non può trarsi altro dato se non la concreta configurabilità, anche in Germania, di una vendita con effetti immediati.

²⁷⁰ Circa la diversità del modo in cui operano la teoria dell'astrattezza e della causalità, MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con « causa esterna »*, cit., p. 396, afferma che la prima riconosce validità al contratto traslativo indipendentemente da qualsiasi vizio del rapporto sottostante, sia la causa non esistente o illecita; la seconda ammette invece la validità del contratto indipendentemente dall'esistenza oggettiva del rapporto obbligatorio, purché tale rapporto rappresenti causa idonea a giustificare l'atto di disposizione del titolo.

²⁷¹ A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1990, p. 313; R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, c. 1385. Ne deriva che diverso è il significato da riconoscere al *titulus* nei due ordinamenti. In particolare, MENGONI, *Gli « acquisti a non domino »*³, Milano, 1994, p. 122, nt. 22, rileva che il titolo in senso proprio è il negozio causale che giustifica l'effetto traslativo, il quale negli ordinamenti in cui vige il principio consensualistico « è in parti tempo modo di acquisto, cioè non solo giustifica il trasferimento, ma lo attua senz'altro »; nell'ordinamento germanico, invece, il titolo è il negozio costitutivo dell'obbligo di trasferire, distinto dal *modus*, « ossia da un accordo *de dominio transferendo* ».

²⁷² KONKRE, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, cit., p. 105.

²⁷³ KNÜTEL, *Vendita nel diritto tedesco*, cit., p. 290, già solo per il fatto che l'acquirente non deve preoccuparsi di verificare la validità del titolo d'acquisto del suo dante causa, salvo che egli

come si afferma espressamente nel commento all'art. VIII-2:101 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)²⁷⁴. Tali considerazioni, valutate congiuntamente a quella che fu la naturale evoluzione della vendita, ci inducono a ritenere che sarebbe quantomeno anacronistico pensare che l'ordinamento italiano abbia inteso da un lato superare il principio di separazione e dall'altra reintrodurlo sotto mentite spoglie mediante il preliminare, tanto più che le origini storiche di tale contratto risalgono all'ordinamento tedesco nel quale la vendita si struttura già in *titulus e modus*, per cui al *Vorvertrag* non potrebbe riconoscersi quella stessa funzione, pena la sua inutilità²⁷⁵, ma altra, la quale merita di essere identificata nella capacità del preliminare di soddisfare interessi *strumentali* rispetto a quelli *sostanziali* perseguiti col definitivo²⁷⁶. Il fatto che in quell'ordinamento sia intrinseca alla vendita la separazione in due momenti scissi tra loro, oltre che per struttura e per funzione, anche cronologicamente, non consente di escludere a priori che le parti traggano utilità dall'anteporre ad essa un preliminare, data la pluralità

abbia acquistato a titolo gratuito (§ 822 BGB). L'A., tuttavia, dà atto del dibattito sorto durante i lavori preparatori del BGB a proposito del principio dell'astrattezza, le cui critiche, che sinteticamente ricordiamo, riguardavano: il suo essere avulso dalla realtà; superfluo rispetto all'esigenza di protezione dei traffici giuridici, già garantita dalla possibilità di un acquisto di buona fede; negativamente incidente sul regime del fallimento (*op. cit.*, p. 297 s.). Tuttavia, KNÜTEL, *op. cit.*, p. 302 s., si esprime a favore del suddetto principio che, anzi, ritiene « funzion(i) veramente bene ».

²⁷⁴ V. BAR-CLIVE (eds.), *Draft*, cit., p. 4427.

²⁷⁵ Della quale oggi non è più dato dubitare, come dimostra l'uso nella realtà effettuale tedesca di tale contratto, finalizzato, come abbiamo evidenziato, a differire nel tempo la realizzazione dell'operazione economica voluta dai contraenti mediante il definitivo (D. HENRICH, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 692). Al pari di quanto accade in Italia, inoltre, l'uso del *Vorvertrag* in Germania riguarda principalmente i contratti di compravendita, seppure se ne registri una diffusione inferiore rispetto a quella che se ne ha nel nostro ordinamento (*op. ult. cit.*, p. 693).

²⁷⁶ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 48, classifica gli interessi perseguiti dai contraenti in *sostanziali* e *strumentali*, distinzione che ben può richiamarsi con riguardo alla sequenza preliminare-definitivo. Così anche C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1993, p. 141. La strumentalità del preliminare rispetto all'interesse sostanziale che il definitivo è destinato a produrre risulta dal coacervo di interessi che il primo è idoneo a soddisfare, individuati dalla dottrina nella sua capacità di spostare in avanti la realizzazione dell'affare, garantendone la conclusione, ma, al tempo stesso, riservando alle parti un lasso di tempo per procurarsi le risorse necessarie all'adempimento delle prestazioni derivanti dal definitivo ovvero per esercitare un controllo sulle sopravvenienze, così da valutarne, mediante un giudizio prognostico, il futuro esito (in tal senso v. F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 11 s.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 32; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 434, 436; M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realtà'*, Milano, 2007, p. 111, in cui si ricorda il comune pensiero espresso sul punto dalla dottrina tedesca).

e varietà delle esigenze che possono nascere nella realtà sociale, ma vale solo a giustificare l'uso ridotto che in quell'ordinamento se ne fa rispetto al nostro²⁷⁷. Ne consegue che, il preliminare di vendita, in ossequio alla natura che gli è propria, obbligherà a stipulare un contratto con effetti obbligatori (c.d. *Hauptvertrag*)²⁷⁸, di cui predetermina gli elementi essenziali²⁷⁹, non già al trasferimento della proprietà. È questo dunque l'elemento di discriminazione tra il preliminare e la vendita obbligatoria in senso tecnico, superato il quale viene meno la distinzione tra le due, il che avverrebbe al costo di eliminare ogni rilievo giuridico ad una fattispecie che preserva una propria autonomia e funzione se e in quanto obbliga a contrarre, non anche alla produzione dell'effetto che discenderà dal contratto definitivo.

D'altra parte, ciò risulta *per tabulas* dalla disciplina dedicata al *Vorvertrag* dall'ordinamento austriaco e svizzero, nei quali pur opera il principio di separazione, ma combinato col principio di causalità²⁸⁰, secondo il modello di vendita proprio del diritto romano. In particolare, l'art. 22 del codice delle obbligazioni svizzero disciplina la "promessa di contrattare". Nonostante l'ambiguità dell'espressione, ogni dubbio che da essa possa sorgere all'interprete circa la natura precontrattuale o contrattuale della promessa è fugato dal disposto normativo²⁸¹. Nel sancire che « mediante contratto si può assumere l'obbligazione di stipulare un contratto futuro », infatti, il legislatore riconosce

²⁷⁷ Una di tali cause si individua nel requisito della determinatezza del regolamento contrattuale del preliminare rispetto al definitivo, che la giurisprudenza esige con eccessiva rigidità, riducendo così quel margine di utilità che le parti potrebbero trarre dalla sua conclusione, ove fosse consentita una maggiore elasticità rispetto alla sua determinazione, come rileva SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 155 s.

²⁷⁸ A rigore, dunque, il titolare di un diritto di credito alla stipula di un contratto di vendita obbligatoria non potrà agire per ottenere il trasferimento, poiché se da un lato è vero che, in virtù del principio di astrazione, l'effetto traslativo può prodursi a prescindere dalla presenza di un valido titolo che lo sorregga causalmente, non può altresì ritenersi che tale effetto possa essere disposto da chiunque lo pretenda senza il previo accertamento di un diritto che lo giustifichi e che il preliminare non è idoneo a produrre, obbligando a contrarre e non a trasferire.

²⁷⁹ MENGONI, *La pubblicità del contratto preliminare*, cit., p. 995.

²⁸⁰ SACCO, *Le transferts de la propriété*, cit., p. 464, e B. SCHMIDLIN, *Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, cit., p. 317 s., a proposito dell'ordinamento svizzero.

²⁸¹ Come rilevato da R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 6, nt. 8, la scelta del legislatore svizzero di introdurre una norma sul contratto preliminare, nonostante in quegli anni nella dottrina elvetica si discutesse dell'opportunità o meno della fattispecie, è indicativa dell'attenzione rivolta alle esigenze della prassi, manifestatesi nell'uso frequente della fattispecie.

inequivocabilmente natura contrattuale alla promessa di contrattare ovvero, a scanso di equivoci, al preliminare. A tale disposizione di portata generale seguono, in coda alla nozione dei singoli contratti tipici, delle norme *ad hoc* sulla promessa delle parti di concluderli²⁸² e tra queste l'art. 216, co. 2, introdotto dalla legge federale del 4 ottobre 1991, il quale con riferimento alla compera e vendita dei fondi contempla espressamente il preliminare e la promessa di vendita richiedendone la forma per atto pubblico *ad substantiam*, così specificando quanto già disposto in termini generali dal co. 2 dell'art. 22.

A sua volta, l'ABGB disciplina il contratto preliminare, disponendo al § 936, allogato nel capito decimosettimo della sezione II *Dei contratti in genere*, che « la convenzione di volere solo in avvenire concludere un contratto è obbligatoria solo se le parti abbiano stabilito il tempo entro il quale concluderlo, in ogni caso non superiore ad un anno, e i punti essenziali, salvo che nel periodo intercorso tra la conclusione del preliminare e il momento di conclusione del definitivo non siano mutate le circostanze o sia cessata la fiducia nutrita da una parte verso l'altra ». La collocazione della norma ne consacra la portata generale e la rende applicabile indistintamente a tutti i contratti, compresa la vendita, per la quale non si registra alcuna deroga espressa, con il che si smentisce nuovamente la possibilità di ritenere il preliminare di vendita quale vendita obbligatoria in senso tecnico, pena la inconciliabilità tra tale contratto e un sistema in cui il trasferimento è effetto della *traditio*.

6. Conclusioni: dal preliminare ai preliminari (di vendita).

Alla luce di quanto illustrato in queste pagine, possiamo tentare di dar risposta alla domanda primigenia cui l'interprete è esposto nel trattare del contratto preliminare, essendo presupposto imprescindibile perché si addivenga consapevolmente al riconoscimento della forma giuridica che tale fattispecie

²⁸² L'art. 165 disciplina la promessa di stipulare una cessione; l'art. 785 la promessa di stipulare una cessione di quote societarie. Ma la norma che manifesta maggior interesse, oltre a quanto si dirà con riferimento all'art. 216, è a nostro avviso l'art. 239, che disciplina la promessa di donazione.

riveste l'individuazione della nozione, dell'oggetto e degli effetti che vi discendono.

Seppure di ciò si discuta da oltre un secolo ormai, i dubbi che circondano il preliminare risorgono o non muoiono mai, e così l'interesse al suo studio. E mentre la dottrina, tormentata nella ricerca della migliore soluzione che sia in grado di dar forma alla realtà, oscilla tra chi si propone di abbandonare il sentiero di analisi fino ad oggi tracciato per percorrerne di nuovi entro i quali dar vita al preliminare e chi intende invece rimanervi ancorato, la giurisprudenza, come si è visto, da un lato si attesta su una linea di tendenziale continuità con la tradizione, dall'altro apre uno squarcio verso l'accoglimento di altre concezioni, alle quali tuttavia non cede se non ove lo ritenga necessario per il soddisfacimento degli interessi che si accompagnano al caso *decidendum*, orientata com'è a sostituire « alla sussunzione del fatto nella fattispecie [...] l'apprezzamento di esso alla stregua di un valore »²⁸³.

Ma se le incertezze della giurisprudenza, che pur sarebbe meglio evitare, possono pur sempre giustificarsi in ragione « dell'impellenza del decidere » di cui le sentenze sono frutto, parimenti non può dirsi della dottrina che, viceversa, di tali impellenze è libera e « può adoperarsi con maggiore ponderatezza a sviluppare criteri che servano alla giurisprudenza per future decisioni »²⁸⁴. Nello svolgere il proprio magistero, la dottrina non potrà di certo mostrarsi cieca rispetto all'evolvere della realtà sociale, consapevole come deve essere che « una certa categoria o qualificazione può fini(re) con l'essere riferita a fattispecie non immaginate o ignote a colui che originariamente le teorizzò, e magari con miglior profitto di quello originariamente ipotizzato »²⁸⁵. Così è in potenza ammissibile che il preliminare assuma una connotazione diversa da quella originaria, purché la realtà cui si tratta di dar forma giuridica trovi nel diritto la propria legittimazione. Lì dove ciò non sia consentito, l'interprete non potrà sostituirsi né al legislatore né alle parti che, in materia contrattuale, sono legislatori a se stesse (art. 1372 c.c.),

²⁸³ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 11.

²⁸⁴ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 77, nt. 108.

²⁸⁵ C. CASTRONOVO, *La « civilizzazione » della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 645.

ma dovrà ricercare risposte che siano, in pari tempo, coerenti con l'ordinamento e idonee a soddisfare i bisogni dei consociati.

Ci sentiamo perciò di rigettare quella tesi che equipara il preliminare al definitivo, riconoscendolo fonte delle prestazioni *finali*; nonché quella, che di questa è l'estrema propaggine, che trasforma il preliminare di vendita in una vendita (definitiva) in senso tecnico; e ancora la tesi che, contrariamente alle prime due, riduce il preliminare ad un precontratto²⁸⁶, pur conservandone formalmente la natura contrattuale. Questi orientamenti, riducibili a due, si pongono agli antipodi l'uno dall'altro, il primo equiparando il preliminare al definitivo, il secondo alle intese precontrattuali. Eppure, analogo è l'esito cui pervengono: il superamento del preliminare. Potrebbe allora affermarsi che si tratti di una fattispecie oramai vetusta, pertanto destinata a scomparire, ma si verrebbe chiaramente smentiti dalla realtà effettuale che sin dagli anni precedenti all'entrata in vigore del codice del 1865 del preliminare ha fatto ampio uso.

Se così è, l'interprete non può non riconoscere *in primis* che il preliminare, in quanto previsto e disciplinato dal legislatore, presenta una forma giuridica propria e non ci si può nascondere dietro la sua apparente neutralità per dare giustificazione²⁸⁷ a quegli orientamenti che lo trattano al pari di una scatola vuota riempibile dei più vari contenuti che di volta in volta appaia utile inserirvi dentro; *in secundis* che se una forma giuridica gli si deve attribuire questa è quella di

²⁸⁶ A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069 s., ritiene che Cass., sez. un. 6 marzo 2015, n. 4628, nell'ammettere il preliminare di preliminare abbia segnato un ritorno alle origini del preliminare, origini che l'autore rinviene nell'essere esso una mera intesa precontrattuale e non un contratto. Si tratta di una tesi che guarda a tale fattispecie quale *pactum*, dimenticando che non è mai stato tale poiché, prima che Thöl lo elaborasse, qualificandolo *contratto*, aveva trovato applicazione nella prassi, non anche nel mondo del diritto. Ciononostante, l'idea che il preliminare sia un *precontratto* ritorna talvolta in dottrina. Sul punto si ricorda la tesi di PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., p. 119, che qualifica il preliminare quale negozio di configurazione, con cui si determinano, secondo la natura propria di tale atto, « i meccanismi di formazione o la struttura sostanziale di future vicende contrattuali, il cui svolgersi rimane libero per le parti stesse » [A. ORESTANO, *Dei contratti in generale (art. 1387, 1424)*, sub *art. 1414*, in *Comm. c.c.*, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 384 s.], libertà che viene meno nel preliminare, come chiaramente risulta dalla disciplina codicistica e, in particolare, dall'art. 2932 c.c.

²⁸⁷ Afferma la neutralità della forma giuridica del preliminare, R. DE MATTEIS, *La sequenza preliminare-definitivo e la modularità del vincolo nelle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre*, in *La contrattazione preliminare*, cit., p. 20.

contratto e schema di formazione del consenso²⁸⁸, l'unica in grado di preservarne l'autonomia rispetto alle intese precontrattuali e al definitivo, compatibile con la sola nozione tradizionale di "contratto che obbliga" a *contrahere*. Eppure tali affermazioni trovano oggi un limite ineluttabile, perché di fonte legale.

All'accezione tradizionale di preliminare, alla quale riconosciamo valore generale e che confermiamo come l'unica capace di cogliere l'essenza della fattispecie, se ne accompagna una nuova, la cui validità è tuttavia circoscritta al solo preliminare di vendita con effetti definitivi anticipati, il che ne dimostra l'incapacità di definire il preliminare, assorbendo la nozione tradizionale. L'assurdità derivante dalla doppia nozione di preliminare, che diventa un contratto altro a seconda che sia finalizzato alla realizzazione di una vendita o meno e, nel primo caso, che le parti si siano accordate o no per l'anticipazione dei suoi effetti, è il riflesso di un uso poco attento delle categorie, che si rivela nel qualificare "preliminare" fattispecie che di questo contratto conservano il *nomen iuris* e null'altro²⁸⁹. Questa conclusione sarà dunque il punto di partenza dell'analisi che ci occuperà nei capitoli successivi, ove tratteremo dapprima delle due manifestazioni dell'autonomia privata rispetto alle quali il distacco tra diritto positivo e diritto vivente si fa più netto, procedendo in seguito alla ricostruzione della fattispecie, frantumata dall'"uno" che era nei "centomila" che oggi si pretende essere divenuta, nel tentativo di un recupero della sua unità.

²⁸⁸ Così anche PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., p. 116, il quale tuttavia va oltre a quanto noi riteniamo riconoscendo nel preliminare l'espressione della libertà delle parti di creare procedimenti di formazione del contratto atipici (*op. ult. cit.*, p. 126).

²⁸⁹ Tale confusione è riflessa dalle parole di CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, cit., p. 137, 145, che seguono: « i privati [...] potranno scegliere o di ricorrere al contratto di vendita che produce direttamente gli effetti reali, ovvero di operare la vendita in forma preliminare scindendo così il *titulus* del trasferimento (il c.d. preliminare di vendita, appunto) dalla successiva attuazione di questo, ottenuta con il definitivo *solvendi causa (modus acquirendi)* ». È chiaro che l'alternativa è tra due diverse modalità di conclusione del medesimo contratto di vendita, ma nell'uno e nell'altro si ha dunque un definitivo.

CAPITOLO II

Contratto preliminare e realtà sociale:

esiti infelici dell'incontro-scontro tra diritto positivo e diritto vivente.

SOMMARIO: 1. Premessa. – Sezione I. Quando il preliminare diventa definitivo: il preliminare di vendita con effetti *definitivi* anticipati. – 2. I mobili confini dell'autonomia privata: entro e oltre l'art. 1376 c.c. – 3. Il preliminare di vendita con effetti *definitivi* anticipati. – 3.1. Dalla prassi al diritto: il *favor* della dottrina. – 3.2. *Segue*. La decisione cauta (ma irrisolta) della giurisprudenza. – 3.3. *Segue*. La risposta ambigua del legislatore. – 4. Dubbi e perplessità intorno al “preliminare con effetti *definitivi* anticipati” – 5. Verso un nuovo modello di vendita? – Sezione II. Quando il preliminare diventa precontratto: il preliminare di preliminare. – 6. La formazione del contratto e la triade precontratto, preliminare, definitivo. – 7. Il preliminare di preliminare: una figura controversa. – 7.1. Autonomia privata procedimentale: *quid iuris?* – 7.2. Dalla nullità per difetto di causa alla riscoperta utilità: pura illusione? – 8. Un tentativo di riordino.

1. Premessa.

Dal preliminare quale contratto che obbliga alla conclusione di un contratto successivo si discostano quelle fattispecie nate nella realtà sociale e note come preliminare con effetti definitivi anticipati e preliminare di preliminare. L'una e l'altra mirano a soddisfare le esigenze dei contraenti, che si manifestano con maggior vigore quando debba essere realizzata una compravendita, sia per l'importanza che tale operazione economica riveste all'interno del mercato, sia per l'avvertita inadeguatezza di un sistema che trasferisca *illico et immediate* la proprietà della cosa, ma obblighi a pagare il prezzo in un momento successivo. Così, se il preliminare con effetti definitivi anticipati consente di posticipare il trasferimento della proprietà alla conclusione del definitivo, anticipando l'obbligo di pagamento del prezzo e di consegna; il preliminare di preliminare permette invece di postergare il sorgere dell'obbligo di concludere il definitivo,

introducendo un *vinculum iuris* intermedio, avente ad oggetto la conclusione di un secondo preliminare.

La dottrina e la giurisprudenza, nel qualificare tali fattispecie, si ostinano a ricondurle al preliminare, il che riflette un approccio metodologico basato sulla sussunzione entro una fattispecie legale del contratto concluso dalle parti o, al più, volto ad affermarne la natura mista, ogni qual volta se ne rinvenivano elementi riconducibili a tipi diversi²⁹⁰.

Risulta tuttavia con evidenza la distanza che intercorre tra il preliminare – come da noi definito – e tali altre figure, per cui se da un lato non bisogna cedere alla trappola *tipologica* riducendo i contratti atipici ad una funzione meramente nominalistica²⁹¹, con il che risulterebbe frustrato il potere di autonomia privata; dall'altro occorre individuare « i limiti entro i quali l'operazione economica » che le parti intendono realizzare con la conclusione di questi contratti possa « trovare la sua tutela nell'ordine giuridico, e quindi gli strumenti di realizzazione degli interessi che attraverso di essa le parti perseguono »²⁹². Invero, nell'esercizio del potere di autonomia contrattuale loro riconosciuto, i contraenti ben potrebbero piegare una fattispecie tipica alla realizzazione di interessi altri rispetto a quelli ai quali è preposta²⁹³, colorandone la causa, in ossequio alla teoria che identifica tale

²⁹⁰ G. DE NOVA, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 159, 161; C. FERRARI, *Il rapporto tra contenuto ed effetti del contratto nell'ottica della compatibilità*, Milano, 2015, p. 66 s. Come spiega DE NOVA, *Ibidem*, il ricorso a tale metodo in funzione estensiva permette di applicare ad un contratto le norme relative ad un determinato tipo legale e quelle relative ad un tipo diverso, procedendo ad una commistione tra i due, di cui è esempio, in particolare, il contratto misto. In contrapposizione all'approccio metodologico, che tende alla tipizzazione dei contratti conclusi dalle parti, riducendo lo spazio riconosciuto alla atipicità, P. SIRENA, *Tipo contrattuale e tipologie della vendita*, in *Trattato dei contratti*, dir. da V. Roppo, Milano, 2014, p. 121, afferma che « ogni contratto è a suo modo atipico » perché adeguato dai contraenti alle proprie esigenze, osservazione naturalmente condivisibile e intrinseca all'essere un atto di autonomia privata e, in senso conforme, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 357, ritiene che il tipo resta pur sempre un modo di organizzarsi degli interessi privati. Ma nel qualificare il contratto, l'interprete dovrebbe assumere una posizione neutrale, non cedendo né all'intento di ricomprendere ogni fattispecie in quelle tipiche, né a quello opposto, riconoscendo agli elementi di atipicità un peso maggiore rispetto a quello che essi sono in grado di assumere.

²⁹¹ G. DATTOLO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 781.

²⁹² FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 8.

²⁹³ A tal riguardo si potrebbe discorrere della tipicità del contratto preliminare, perché la scarsa disciplina che gli è dedicata fa propendere in senso opposto, potendo compiersi una valutazione analoga a quella che attiene ad un'altra fattispecie contrattuale, qual è la cessione *ex art.* 1406 ss. c.c. Tuttavia, come si è avuto modo di rilevare, il preliminare, seppure voglia ritenersi nominato e non tipico, presenta quei requisiti minimi necessari che connotano i contratti tipici, essendo

elemento nella funzione economico-individuale²⁹⁴, ma tale potere non è scevro di limiti e tra questi vi è l'impossibilità di alterare lo scopo cui è preordinata la fattispecie²⁹⁵, il che limita altresì la scelta del tipo. Ne deriva che la libertà di scegliere il contratto da concludere²⁹⁶, sia esso tipico o atipico, non può spingersi sino a contrarre una fattispecie legale per poi stravolgerla, assoggettandola a scopi diversi da quelli ai quali è volta²⁹⁷: si cadrebbe infatti in un *abuso del tipo*²⁹⁸, mentre le finalità che la regola contrattuale, considerata nella sua unitarietà strutturale e

determinabili dalla legge gli elementi essenziali di questo contratto (si veda sul punto cap. I, par. 4.3.2.), il che è quanto rileva perché possa discutersi dei limiti che l'autonomia privata incontra nella sua conclusione.

²⁹⁴ Com'è noto il riferimento è alla teoria elaborata da FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 250 ss., il quale ha contrapposto alla nozione di causa *astratta* elaborata da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, rist. 2002, p. 175 ss., quella di causa *concreta*, così definita in quanto dà rilievo a interessi nuovi e diversi, suscettibili di attuazione, insieme a quelli che corrispondono agli interessi tipici perseguiti dal contratto, purché meritevoli di tutela. Dunque, afferma FERRI, *Ibidem*, « ad una struttura tipica corrisponde un interesse tipico, che viene, cioè, con essa normalmente realizzato, ma nulla vieta ai privati di introdurre nel negozio tipico altri elementi extratipici », nei limiti in cui questi non cozzino con quelli tipici del negozio concluso. Questa accezione della causa ha trovato oramai accoglimento anche nella giurisprudenza di legittimità. Si ricordano, *ex multis*, la decisione sul preliminare di preliminare (Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628), di cui avremo modo di occuparci in seguito; sulle clausole *claims made* (da ult., v. Cass., 24 settembre 2018, n. 22437, nonché Cass., 4 maggio 2018, n. 10612, ove si legge che « la qualificazione giuridica della natura del rapporto negoziale deve essere effettuata sulla base della cd. causa concreta, ovvero degli interessi che il negozio è concretamente diretto a realizzare e, inoltre, nell'impossibilità di un'interpretazione testuale, deve farsi riferimento alla tipica funzione economico-sociale del contratto », così riconoscendo rilievo in primo luogo alla causa concreta e in via residuale a quella astratta).

²⁹⁵ Una tale alterazione avviene tipicamente nel negozio indiretto, figura di matrice dottrinale con la quale si individua il contratto adoperato per raggiungere uno scopo ulteriore o diverso da quello cui è tipicamente preordinato. Tuttavia il riferimento a tale fattispecie non appare appropriato con riguardo né al preliminare con effetti definitivi anticipati, né al preliminare di preliminare, perché nel negozio indiretto il raggiungimento dello scopo resta a livello di motivo individuale, al di fuori dunque del profilo causale (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2018, p. 828 s.), mentre in tali contratti penetra nella causa e la altera, come emerge dalla generalizzata applicazione delle due figure.

²⁹⁶ G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 128 s. La necessaria corrispondenza tra l'interesse perseguito in concreto dalle parti e l'intento pratico tipico del contratto concluso funge quindi da limite alla libertà di scelta del tipo: A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 72; D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., p. 130.

²⁹⁷ Così, C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Operazioni bancarie*, 1978, p. 498 s. Contra P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 539, secondo il quale rientra nella legittima manifestazione dell'autonomia privata anche piegare un contratto al perseguimento di interessi diversi da quelli che è volto a perseguire secondo la *voluntas legis*.

²⁹⁸ CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 38; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 452.; G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Laterza, 2013, p. 225.

funzionale, è volta a soddisfare²⁹⁹ devono essere coerenti e adeguate a quelle che il contratto scelto è preordinato a realizzare³⁰⁰.

Ma se la qualificazione è un'operazione di diritto, in quanto tale riservata al giudice che nel procedervi non è vincolato al *nomen iuris* dato dalle parti al contratto concluso, allora la valutazione dell'atto negoziale dovrà compiersi avuto riguardo esclusivamente alla natura dell'interesse che le parti perseguono e alla sua meritevolezza, al fine di accertare « se l'interesse *concretamente* perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto »³⁰¹. Ebbene, volgendo lo sguardo verso il preliminare, possiamo affermare che se l'interesse in concreto perseguito dalle parti non si esaurisce nel mero obbligarsi in futuro a concludere un contratto³⁰² e a realizzare, con esso, l'operazione economica voluta, o il preliminare è stato oramai irrimediabilmente plasmato dal diritto vivente sino a divenire altro da sé o deve abbandonarsi ogni riferimento a tale contratto, giacché sarebbe fuorviante continuare a farlo, una volta assunto che si sia al di fuori di esso. Piuttosto si tratta di accertare se le figure del preliminare con effetti definitivi anticipati e del preliminare di preliminare meritino di trovare riconoscimento giuridico all'interno del nostro ordinamento e, qualora così si ritenga, di individuare la forma giuridica meglio in grado di definirle³⁰³.

²⁹⁹ G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 460.

³⁰⁰ Per la tesi secondo cui la causa è elemento distintivo del tipo e funge da limite all'autonomia privata, la quale, nel determinare il contenuto del contratto, non può spingersi sino alla sua alterazione, v. A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, p. 184; P.E. CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1010; C. FERRARI, *Il tipo elastico e il tipo super-elastico*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1234; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 114, secondo cui il problema si riduce ad un controllo *postea* del contratto concluso, che mira a verificare se questo sia da ricondurre entro una fattispecie tipica o atipica.

³⁰¹ FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 358.

³⁰² Anche di recente la giurisprudenza di legittimità ha confermato che tale è la funzione rivestita nel nostro ordinamento da questo contratto e è stato infatti disposto da Cass. 14 marzo 2018, n. 6223 che « il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva ».

³⁰³ Non può accogliersi, infatti, quell'approccio metodologico, avallato da R. FRANCO, *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell'autonomia privata*, in ID. (a cura di), *Rent to buy tra fattispecie e procedimento*, Napoli, 2017, p. 33, secondo cui dovrebbe cedere a « rinnovate prospettive di indagine [...] che veicolano un intrinseco valore qualificante degli interessi

Sezione I

Quando il preliminare diventa definitivo:
il preliminare di vendita con effetti *definitivi* anticipati.

2. *I mobili confini dell'autonomia privata: entro e oltre l'art. 1376 c.c.*

Com'è noto, nel nostro ordinamento ha trovato accoglimento il principio del consenso traslativo, per cui la proprietà si trasferisce al momento della conclusione del contratto, per effetto del consenso legittimamente manifestato dalle parti (art. 1376), mentre il pagamento del prezzo, che è la prestazione principale che grava sul compratore, legata da un nesso di sinallagmaticità a quella di trasferimento del diritto³⁰⁴, deve eseguirsi nel termine e nel luogo fissati dal contratto ovvero, in mancanza di pattuizione e salvi gli usi diversi, al momento e nel luogo in cui deve avvenire la consegna (art. 1498), il che avvantaggia la parte acquirente, a discapito della parte venditrice. Quest'ultima è esposta, infatti, al rischio del mancato pagamento, dal quale potrebbe difendersi solo *postea*, agendo in via esecutiva al fine di ottenere il soddisfacimento coattivo del credito insoddisfatto *ex art. 474 c.p.c.*, seppure, sul piano giuridico, la posizione delle parti sia riequilibrata dall'art. 1465, che enuncia il principio *res perit domino*, in forza del quale il perimento del bene non libera l'acquirente dell'obbligo di pagamento del prezzo, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata; e, sul piano economico, dal disposto dell'art. 1498 c.c., che prevede il diritto alla corresponsione di interessi compensativi, ove la cosa venduta e

dei privati, di là dalla fattispecie e dalla rigidità dello schema negoziale se è vero che la complessa operazione negoziale “*si tipizza da sé*” », perché ciò non significa « “ritorno al diritto” ed alla sua “essenza ordinativa” “più che a quella normativa” », come l.'a. afferma (p. 30), ma abbandono al fatto.

³⁰⁴ Come spiega A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 536, il rapporto sinallagmatico non ricorre necessariamente tra due obbligazioni. Ne è prova la disciplina della compravendita. Il trasferimento della proprietà, infatti, è un effetto contrattuale cui non si accompagna un obbligo, eppure non può dubitarsi della natura sinallagmatica di tale contratto.

consegnata produca frutti o altri proventi, nonostante il prezzo non sia ancora esigibile.

Com'è stato avvertito in dottrina³⁰⁵, affinché questo modello – elaborato in un'epoca diversa da quella attuale – possa operare correttamente è necessario che il mercato sia in grado di garantire ai consociati la possibilità di reperire le risorse economiche che gli occorrono per far fronte all'affare che intendono realizzare, perché « il diritto è concepito come parte costitutiva della realtà sociale strettamente legata da un rapporto di interdipendenza con le altre parti, cioè con la sfera dell'economia, la sfera del costume »³⁰⁶, ed ecco allora che la crisi degli ultimi anni, la carenza di liquidità e la difficoltà di ottenere prestiti bancari, ha fortemente inciso sull'andamento del mercato immobiliare, rispetto al quale il sistema giuridico è risultato incapace di soddisfare gli interessi dei consociati. Per superare tale immobilizzo e fornire una risposta efficiente ai bisogni dei privati, la realtà effettuale, prima e a prescindere da un intervento legislativo, si è mossa alla ricerca di modelli alternativi a quello disegnato dagli artt. 1376, 1470 c.c., connotati dal differimento dell'effetto traslativo ad un momento successivo alla conclusione del contratto³⁰⁷, seppure fosse già riconosciuta all'autonomia privata,

³⁰⁵ MIRZIA BIANCA, *La vendita con riserva della proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 842; A. LUMINOSO, *La compravendita: realtà e prospettive*, in *Riv. not.*, 2015, p. 498; A. MUSIO, *Della vendita di cose immobili*, in *Comm. c.c.*, dir. da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2015, p. 7, il quale ricorda che il legislatore del 1942 ha introdotto un modello di vendita – il riferimento è, in particolare, alla vendita immobiliare – pensato per una società semplice, fondata su un'economia agricola e artigianale, lontana dunque da quella attuale, sempre più complessa e proiettata verso un mercato globale, il che, se pur vero, non può indurre a sostenere che la disciplina vigente debba mutare di pari passo al sistema economico di riferimento; si tratta piuttosto di offrire ai consociati validi strumenti per far fronte alla crisi del mercato, tra i quali può ricordarsi il credito al consumo di cui agli artt. 120-*quinquies* ss. TUB (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), introdotto dal d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, in attuazione della direttiva UE 4 febbraio 2014, n. 17.

³⁰⁶ L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Scritti*, I, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 152.

³⁰⁷ R. CALVO, *I contratti di godimento preordinati alla vendita immobiliare (rent to buy)*, in *Rent to buy tra fattispecie e procedimento*, cit., p. 65; A. MUSIO, *Il mercato immobiliare tra vecchi e nuovi schemi contrattuali*, in *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, a cura di R. Clarizia, V. Cuffaro, A. Musio, Milano, 2017, p. 1 ss.; D. POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 32 s.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, a cura di A. Albanese, S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 1; ID., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 287, il quale evidenzia l'incapacità dell'ordinamento giuridico di far fronte alla crisi del mercato, cui si sono accompagnate « le deficienze di una libertà esercitata al di fuori di direttrici fissate dal legislatore

regina in materia contrattuale, la possibilità di modulare gli effetti del contratto di compravendita subordinando il trasferimento della proprietà al pagamento del prezzo, prevedendo un termine decorso il quale tale effetto si produca o subordinandolo all'avveramento di una condizione sospensiva, così tutelando il venditore dal rischio di inadempimento dell'obbligo di prestazione che grava sull'acquirente³⁰⁸.

Su tale scia si collocano, nel diritto vivente, la nascita del preliminare con effetti definitivi anticipati; nel diritto positivo, la vendita con riserva della proprietà (art. 1523 c.c.)³⁰⁹, il *rent to buy*³¹⁰, il contratto di locazione finanziaria di immobile da

e, quindi, all'insegna della rinuncia all'analisi a priori da parte delle regole del sistema ». Il preliminare con effetti definitivi anticipati può essere preso quale esempio lampante di tale atteggiamento.

³⁰⁸ A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1994, p. 47 ss.; P. SIRENA, *La nozione della vendita: gli effetti traslativi*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 78 s.; P. SPADA, *Consensus e indici di circolazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 400.

³⁰⁹ Limitata nella *voluntas legis* alla vendita mobiliare – cui il codice del 1942 ha inteso riconoscere maggior rilievo, come si precisa nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, Roma, 1942, n. 667 – è stata estesa dalla giurisprudenza anche alla vendita immobiliare, in seguito all'ampio uso che se ne è riscontrato nella prassi contrattuale, promuovendone un impiego innovativo e funzionale alle nuove esigenze del mercato, avallato con favore dalla dottrina civilistica (A. ALBANESE, *La vendita con riserva della proprietà*, in *Trattato dei contratti*, I, Milano, 2014, p. 472; ID., *La riserva della proprietà nella vendita immobiliare con particolare riguardo ai rapporti tra coniugi e tra coeredi*, in *Rent to buy*, cit., p. 125 s.).

³¹⁰ Il *rent to buy* è stato introdotto dall'art. 23, co. 1 del d.l. 12 settembre 2014 n. 133, conv. nella l. 11 novembre 2014 n. 164, mediante il quale il legislatore ha tipizzato una fattispecie – nata nel mercato anglosassone negli anni della crisi economica e da lì giunta fino a noi – in cui nel contratto di locazione si innesta un preliminare unilaterale di vendita, dalla cui combinazione deriva la titolarità in capo al conduttore del diritto di godimento del bene e dell'obbligo di pagamento di un canone, imputato in parte al godimento e in parte all'acquisto, effetto che, se il conduttore vorrà, potrà conseguire, alla scadenza del termine, mediante la conclusione del contratto definitivo di compravendita cui il locatario è obbligato per effetto del preliminare unilaterale, compreso all'interno della fattispecie, secondo la ricostruzione del contratto misto che all'interno del *rent to buy* individua elementi tipici della locazione e del preliminare [MIRZIA BIANCA, *La vendita con riserva della proprietà quale alternativa al rent to buy* cit., cit., p. 851; CALVO, *I contratti di godimento preordinati alla vendita immobiliare (rent to buy)*, cit., p. 73 ss.; E. LABELLA, *La tipizzazione del rent to buy e la sua natura di contratto misto*, in *Rent to buy*, cit., p. 23; *contra* D. VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 342, secondo la quale, invece, il conduttore sarebbe titolare di un diritto di opzione il che, se fosse vero, renderebbe superflua la conclusione del secondo contratto, espressamente richiesta dal legislatore in ossequio alla figura del contratto preliminare. Il *discrimen* tra l'opzione e il preliminare unilaterale è stato individuato in questi termini anche da Cass. 30 novembre 2017, n. 28762, ove si afferma che le due fattispecie hanno in comune l'assunzione di un'obbligazione da parte di un solo contraente, mentre si distinguono per l'*iter* successivo alla loro conclusione: nel primo caso all'accettazione segue l'immediato perfezionamento del contratto; nel secondo è necessaria una nuova manifestazione del consenso perché l'accordo, rispetto al definitivo, non si è ancora formato. CALVO, *I contratti di godimento preordinati alla vendita immobiliare (rent to buy)*, cit., p. 75, prospetta invece come un'eventualità rimessa all'autonomia dei privati la possibilità di prevedere,

adibire ad abitazione principale³¹¹, che rispondono all'esigenza di tutelare la posizione dell'alienante, il quale conserva il suo diritto sino all'integrale pagamento del prezzo, consentendo in pari tempo all'acquirente di reperire le risorse necessarie per far fronte a tale obbligazione ovvero di agevolarne l'esecuzione, dilazionandola nel tempo. Per vero, un valido ausilio in tal senso – seppur non risolutivo del problema – era già stato offerto ai privati dal legislatore del 1942. Si tratta del contratto preliminare, il quale, obbligando a concludere il definitivo di vendita, consente alle parti di riservarsi un lasso temporale entro il quale acquisire le risorse necessarie per la realizzazione dell'operazione economica, onde garantire il diritto della parte venditrice al pagamento del prezzo, sicché è la parte acquirente a risultare questa volta svantaggiata. Di fatti, nel tempo che decorre dalla conclusione del preliminare alla conclusione del definitivo, il promittente alienante potrebbe disporre del suo diritto alienandolo ad un terzo, che acquisterebbe *a domino*, rimanendo il promissario acquirente sprovvisto di ogni forma di tutela che non sia, in caso di anticipato pagamento del prezzo, la sua restituzione, oltre al risarcimento del danno, perché la natura

in capo al conduttore, un diritto di opzione all'acquisto]. Questa, insieme al *leasing*, è ricordata da VALENTINO, *op. ult. cit.*, p. 327, come una delle fattispecie introdotte per far fronte alla crisi del mercato. Risponde alla medesima *ratio* il d.l. 28 marzo 2014, n. 47, conv. l. 23 maggio 2014, n. 80, che all'art. 8 riconosce in capo al conduttore di un alloggio sociale il diritto di riscatto, prevedendo che fino a quel momento « il conduttore (possa) imputare parte dei corrispettivi pagati al locatore in conto del prezzo di acquisto futuro dell'alloggio e per altra parte in conto affitto ».

³¹¹ Secondo G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 25, il *leasing* è un contratto atipico di matrice anglosassone la cui diffusione in Italia si correla all'esigenza di correggere le distorsioni e gli squilibri derivanti dal carattere consensualistico del contratto traslativo. Ma se fino al 2015 la fattispecie ha trovato applicazione limitatamente ai rapporti tra imprese, con la legge 28 dicembre 2015, n. 208 si è andati oltre. L'art. 1, co. 76 di tale testo normativo ha infatti introdotto il contratto di locazione finanziaria di immobili da adibire ad abitazione principale, col quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto *ex art.* 106 del TUB si obbligano ad acquistare o a far costruire l'immobile su indicazione dell'utilizzatore, il quale ne assume i rischi e ne acquisisce la disponibilità dietro pagamento di un corrispettivo determinato tenendo conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto, al termine del quale l'utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo predeterminato in relazione a quanto già corrisposto. È evidente che qui il *leasing* risponda ad esigenze personali, estranee all'impresa e tale intervento normativo merita altresì di essere ricordato in quanto, dopo anni di silenzio, il legislatore ha dettato una disciplina, per quanto settoriale, in materia di acquisto del bene *casa*, sulla quale v. oltre nel testo. Successivamente, con la l. 4 agosto 2017, n. 124, il legislatore ha nuovamente disciplinato il contratto di locazione finanziaria immobiliare, ma a prescindere dalla destinazione abitativa, come risulta dall'art. 1, co. 136 ss. della l. n. 124/2017. Quanto alle differenze di disciplina tra i due interventi normativi, cfr. C. TRANQUILLO, *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 151 s.

personale del diritto soggettivo alla conclusione del contratto comporta che questo possa essere fatto valere solo *inter partes*, non essendo opponibile al terzo, il cui acquisto è valido ed efficace³¹². Con la novella di cui alla l. 28 febbraio 1997, n. 30, però, il legislatore, orientato dalle osservazioni della migliore dottrina³¹³, ha definito un nuovo equilibrio nella posizione delle parti del preliminare di vendita, ripartendo equamente il rischio dell'operazione economica tra il promittente alienante e il promissario acquirente³¹⁴; in particolare, se il primo conserva la proprietà del bene oggetto del preliminare, il secondo, una volta trascritto il preliminare, vede tutelato il suo diritto alla conclusione del definitivo in forza dell'art. 2645-*bis* c.c.³¹⁵, che prevede la trascrizione del preliminare avente ad oggetto la conclusione dei contratti di cui all'art. 2643 n. 1-4, in quanto, ove il preliminare sia stato trascritto, il diritto alla conclusione del definitivo diviene opponibile ai terzi e prevale rispetto ad ogni altro titolo di acquisto che risulti trascritto dopo il preliminare e pur prima del definitivo, in ragione della funzione prenotativa che l'istituto assolve nel caso di specie³¹⁶.

³¹² A tutela della posizione del promissario acquirente può ricordarsi il tentativo di recente avallato dalla dottrina processualciviltistica di introdurre un'azione inibitoria di portata generale, il cui ambito di applicazione si estenda dai diritti assoluti ai diritti relativi (qual è quello di contrarre), così anticipando il grado di effettività della tutela del diritto del creditore rispetto al momento in cui si concretizzi la sua lesione (A. ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 368 s.; L. GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, II, p. 293 s.), giacché l'art. 2932 ha natura repressiva e soddisfa l'interesse del creditore all'esatto adempimento, presupponendo la possibilità di addivenirvi, il che sarebbe impossibile ove la parte convenuta in giudizio, agendo in mala fede, abbia reso ineseguibile il definitivo (GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, cit., p. 284, 288 s.).

³¹³ L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 12 ss.

³¹⁴ Correttamente rileva P. PERLINGERI, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 747, 751, che la disciplina in materia di trascrizione tutela altresì la certezza dei terzi, i quali sono così messi nella possibilità di conoscere se il diritto che intendono acquistare sia destinato ad essere trasferito ad un terzo, in forza del preliminare.

³¹⁵ Ma, come affermato da GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, cit., p. 269, la tutela garantita dalla trascrizione del preliminare si rivela riduttiva in ragione sia della specificità degli effetti propri dell'istituto – considerata la natura prenotativa che qui assolve – sia per il limite temporale entro il quale tali effetti possono efficacemente prodursi. Si ricorda, inoltre, che l'art. 2645-*bis* limita la trascrizione del preliminare ai soli casi in cui oggetto dell'obbligo di *contrahere* sia uno dei contratti di cui agli art. 2643 n. 1-4, lasciando privi di tutela i paciscenti negli altri casi.

³¹⁶ G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di dir. civ.*, a cura di R. Sacco, Torino, 2012, p. 120. Il che vale, come risulta dall'art. 2645-*bis*, co. 2, nella misura in cui la trascrizione del definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del preliminare o della domanda giudiziale avvenga entro un anno dalla data convenuta dalle parti ovvero entro il termine di tre anni dalla trascrizione del preliminare (co. 3).

Ma vi è di più. Grazie alla elasticità che lo connota, il contratto preliminare ben si presta ad essere modellato dalle parti che, esercitando il potere loro riconosciuto dall'art. 1322 c.c., possono definire, nel modo ritenuto più opportuno, il vincolo che discende dal contratto. Rientra nella loro libertà, in specie: la determinazione del termine entro il quale concludere il definitivo; la previsione della clausola penale quale misura sanzionatoria applicabile in caso di mancata esecuzione della prestazione dovuta; la previsione della *datio* di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria; l'esclusione del rimedio di cui all'art. 2932 c.c.; l'introduzione dell'obbligo di eseguire prestazioni ulteriori rispetto a quella principale, strumentali alla conclusione del definitivo, tra cui è ammessa la consegna anticipata della *res* dietro il pagamento (eventuale) di un corrispettivo per la concessione in godimento del bene³¹⁷. Oltrepassa i limiti posti a tale libertà, invece, il preliminare con effetti *definitivi* anticipati.

3. *Il preliminare con effetti definitivi anticipati.*

Il preliminare con effetti definitivi anticipati si insinua in quel “processo di concretizzazione del diritto” che è frutto di prassi generalizzate, « dotate di una certa consistenza tipica, (le quali) si manifestano nell'ambito normativo di una legge in contraddizione con le sue finalità, a guisa di effetti distorsivi della scelta politica che in essa si è espressa »³¹⁸. A fronte di tali accadimenti il giurista è onerato del compito di rinvenire all'interno dell'ordinamento la forma giuridica da dare alla fattispecie, mentre il diritto vivente può valere esclusivamente quale elemento che integra o rafforza la *ratio decidendi*³¹⁹, senza che possa prescindersi

³¹⁷ CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, p. 42; CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 1012.

³¹⁸ L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1990, p. 450. Si fa qui riferimento ad un'accezione di *diritto vivente* altra rispetto a quella di cui tratta lo stesso a., qualificata « modello unificante delle applicazioni giurisprudenziali » (p. 448), in presenza della quale la Corte costituzionale sindacava la legittimità della norma adottando il significato che le è attribuito dalla giurisprudenza consolidata (p. 449).

³¹⁹ MENGONI, *Diritto vivente*, cit., p. 451.

dall'analisi del significato della legge e, dunque, dalla previa valutazione circa la compatibilità tra il tipo legale e gli effetti che la prassi intende ricavarne³²⁰.

Nel caso del preliminare con effetti definitivi anticipati le parti perseguono un duplice interesse: il pagamento del prezzo dovuto per l'acquisto viene anticipato sino al momento della conclusione del preliminare e dilazionato nel tempo, cosicché il futuro acquirente possa disporre di un termine più ampio nel corso del quale adempiere la prestazione, mentre il futuro alienante conserva *medio tempore* il diritto di proprietà sulla cosa, senza che l'altra parte tema di vederla alienata, essendo il suo titolo preferito a quello del terzo, purché, trascritto il preliminare entro i termini previsti dall'art. 2645-*bis*, sia stato altresì trascritto il definitivo ovvero la domanda giudiziale di cui all'art. 2652, co. 1, n. 2, o, ancora, ogni altro atto che costituisca comunque esecuzione del preliminare³²¹. Nel perseguire tali interessi, i contraenti stravolgono nella loro essenza il preliminare e il definitivo di vendita, dando luogo ad un assetto di interessi diverso da quello delineato dal legislatore e tutto rivolto a vantaggio del futuro alienante: l'intera disciplina della compravendita ne risulta compromessa dato che l'anticipazione delle obbligazioni del definitivo da un lato arricchisce il preliminare, dall'altro rende monco il contratto di compravendita, dalla cui conclusione non si potrà comunque prescindere giacché la sinallagmaticità che lega il pagamento del prezzo e il trasferimento del diritto risulta spezzata, non trovando le prestazioni anticipate al preliminare la loro ragion d'essere nel trasferimento della proprietà. Seppure il trasferimento sia effetto immediato del consenso legittimamente manifestato dalle parti, per cui non grava sull'alienante l'obbligo di trasferire, salvi i casi di vendita con effetto reale differito, è pacifico che il nesso di corrispettività ricorra tra tale effetto e quello di pagamento del prezzo, non anche di consegna³²². Lo dimostrano l'art. 1470 c.c. sulla nozione di vendita e l'art.

³²⁰ Diversamente si cadrebbe nell'eccesso opposto a quello generalmente accolto nel qualificare un contratto che appare *in toto* avulso dalle fattispecie tipiche e pertanto ampiamente criticato in dottrina. In particolare, come sostiene R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1972, p. 440, si tratta di stabilire i limiti di elasticità del contratto preliminare, sì da verificare fino a che punto il suo contenuto possa essere ampliato.

³²¹ Un'ulteriore garanzia è fornita dall'art. 2775-*bis* c.c., che prevede il diritto al privilegio sui crediti del promissario acquirente in caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto.

³²² Così avviene, invece, nell'ordinamento tedesco, che prevede la contemporaneità delle

1465 c.c. relativo al perimento della cosa venduta. Quest'ultimo, in particolare, nel disporre che l'acquirente non è liberato dell'obbligo di pagamento del prezzo allorquando la cosa sia perita o deteriorata, ancorché l'obbligazione di consegna non sia stata adempiuta e salvo che l'effetto traslativo non si sia ancora prodotto, implica che la consegna *ex se* non è in grado di sostituirsi al (mancato) trasferimento, rispetto al quale assolve una mera funzione accessoria³²³, né può tantomeno fungere da controprestazione del pagamento del prezzo, sì da garantire quella corrispondenza piena tra le prestazioni che è l'essenza stessa della sinallagmaticità. Se così fosse, infatti, si avrebbe un contratto misto: preliminare e di locazione, ma laddove le parti abbiano inteso il pagamento quale corrispettivo del trasferimento, e non della consegna, non può aderirsi a tale ricostruzione, perché contraria al volere delle parti.

La conclusione del preliminare con effetti definitivi anticipati, oltre che di dubbia configurazione sul piano giuridico, desta preoccupazioni per un ulteriore profilo che emerge quando il promittente alienante versi in una posizione di forza contrattuale rispetto al futuro acquirente³²⁴, come sovente avviene quando abbia ad oggetto l'acquisto del bene *casa*.

prestazioni di consegna e pagamento del prezzo, la quale risulta alterata dalla anticipazione di quest'ultima rispetto alla prima, come avviene qualora si introduca una clausola che così preveda. La Corte di giustizia, nella decisione 1 aprile 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG*, C-234/02, ha messo in luce che l'acquirente che paghi anticipatamente rispetto al momento della consegna della cosa risulta svantaggiato rispetto alla controparte – in particolare se, come nel caso di specie, sia un consumatore – ma ciò, secondo la Corte, non vale a qualificare come abusiva la relativa clausola, in quanto la garanzia bancaria prevista *ex lege* a suo favore vale ad assicurarlo dal rischio di inadempimento dell'alienante. Critico verso la decisione della Corte, L. NIGLIA, *Tra Europa e diritto privato. La questione del "bilanciamento" secondo il diritto civile comparato*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 177, secondo il quale la Corte avrebbe adottato un approccio di "razionalità economica", prescindendo dalla "razionalità protettiva" che è propria della giustizia sociale. Ma per quanto di nostro interesse basti rilevare quel che già traspare, al di là della soluzione adottata, dalle parole della CEG, ovvero il riconoscimento di un'alterazione del sinallagma nella anticipazione della prestazione di una parte che la espone ad una posizione di svantaggio rispetto all'altra.

³²³ F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466)*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 115 s., il quale correttamente ritiene indispensabile l'obbligazione di trasferimento del diritto « per evitare una circolazione parallela e cadetta del bene, sulla base del possesso », problema di cui a breve ci occuperemo.

³²⁴ Non si intende dimenticare l'ipotesi inversa, nella quale sia il promissario acquirente a godere di un potere maggiore, come avviene quando il promittente alienante versi in una situazione di insolvenza e necessiti dunque di liquidità. Ma tale esigenza rientra tra i motivi che possono spingere alla conclusione del preliminare con effetti definitivi anticipati, così permettendo al promittente di ottenere in via anticipata il pagamento del prezzo. Fin qui, dunque, l'ordinamento assume una

Seppure la Carta costituzionale ometta di tutelare il diritto all'abitazione, l'art. 47, co. 2, attribuisce alla Repubblica il compito di favorire l'accesso al risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione³²⁵. Un indice significativo, eppure non colto dal legislatore, il quale ha ommesso di dedicare una disciplina *ad hoc* alla compravendita di immobili da destinare ad abitazione. Diversamente è avvenuto in materia di locazione, ove sussiste invece una normativa attenta ai bisogni del conduttore, ritenuto parte debole del rapporto e pertanto meritevole di tutela³²⁶, nonostante la compravendita sia un'operazione economica di maggior rilievo rispetto alla locazione, come risulta dal maggiore impatto che riveste all'interno del mercato e dal suo effetto³²⁷. Invero, mentre l'effetto traslativo è destinato a cristallizzarsi nella sfera giuridica delle parti, modificandole nel loro assetto patrimoniale, nella locazione il locatore resta proprietario del bene e il conduttore mero titolare di un diritto personale di godimento³²⁸. Dall'assenza di un intervento normativo in materia – se non per singoli profili – discende una *lacuna legis* che

posizione di irrilevanza rispetto alla posizione in cui versa il promittente, salvo che lo stato di insolvenza assuma i caratteri dello stato di bisogno e il contratto concluso risulti svantaggioso, per l'essere una prestazione sproporzionata di *ultra dimidium* rispetto all'altra. Nonostante viga il principio generale della insindacabilità del corrispettivo, confermato anche con riguardo ai contratti conclusi tra consumatore e professionista (art. 34, co. 2 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo), l'ordinamento appresta un istituto *ad hoc* per far fronte a tali ipotesi: l'azione generale di rescissione per lesione *ex art.* 1448 c.c. Ove sussistano i requisiti richiesti dalla norma da ultimo ricordata, dunque, il preliminare di vendita potrà essere rescisso e il promittente alienante potrà così ricevere una tutela adeguata delle proprie ragioni.

³²⁵ Secondo G. BERTI, *Il diritto dell'abitazione*, in *Jus*, 1984, p. 74, l'assenza di una norma che espressamente riconosca tale diritto non può indurre a ritenere che esso sia privo di tutela rientrando tra quei valori o interessi che la costituzione protegge in quanto espressione di un bisogno emerso nella coscienza storica e al quale non potrebbe restare indifferente.

³²⁶ Il che è avvenuto in un primo momento introducendo una disciplina che si è rivelata eccessivamente limitativa dell'autonomia privata, perché definiva due elementi essenziali del contratto di locazione: il canone, al fine di garantirne l'equità, e il termine (l. 27 luglio 1978, n. 392), cui ha fatto seguito la l. 9 dicembre 1998, n. 431, che ha rimesso alla libera scelta delle parti la determinazione del canone locatizio.

³²⁷ Nel tempo il legislatore ha rivolto maggiore attenzione a tale settore, ma pur sempre mediante disposizioni isolate, incapaci di garantire una tutela ampia ed esaustiva. Si ricordano le disposizioni in materia di fallimento, ove l'art. 72, co. 7, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. legge fallimentare, prevede che il preliminare trascritto prosegua se abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente; la locazione finanziaria di immobili da adibire ad abitazione principale, di cui si è detto *supra*.

³²⁸ Il contratto di locazione ha inoltre una durata massima che si estende in trent'anni (art. 1573), scelta che mira ad evitare che il proprietario veda limitato il potere di godimento del suo diritto *ex art.* 832 c.c., in perpetuo o per un termine ritenuto eccessivamente lungo.

sarebbe opportuno colmare perché, come dimostra la disciplina in materia di diritti del consumatore, ogni qual volta vi sia uno squilibrio di potere tra i contraenti, il principio di insindacabilità dei loro interessi dovrebbe potersi limitare nella sua pienezza, in quanto il presupposto su cui si fonda, ovvero l'essere le parti "i migliori giudici di se stesse", non sarebbe capace di operare. E d'altronde, se il legislatore ha preso atto di ciò quando sono in gioco interessi meramente economici, *a fortiori* dovrebbe farlo quando venga in considerazione un interesse che, seppure non espressamente consacrato, presenti indubbi profili di rilevanza costituzionale³²⁹.

Una volta che le parti siano state lasciate libere di regolare i loro interessi nel modo ritenuto più opportuno, il risultato al quale si giunge è quello di cui stiamo discorrendo, ovvero un evidente sbilanciamento del contratto verso la parte forte del rapporto³³⁰, mentre si tratterebbe di « spostare l'equilibrio tra prestazione e controprestazione in senso opposto rispetto a quello che le parti da sole, in funzione della rispettiva figura contrattuale, sono in grado di conseguire »³³¹. Di certo si tratta di una situazione diversa da quella in cui versa il consumatore che contrae col professionista, ove il primo è soggetto alle scelte del secondo in ragione delle maggiori informazioni di cui egli dispone e della maggiore capacità economica di cui gode e che sopporta al fine di ottenere un bene o un servizio, il che rientra nel fisiologico andamento dei rapporti *business to consumer*. Nel caso che ci interessa, invece, il potenziale acquirente ben potrebbe contrarre con un privato e

³²⁹ Lo ha chiarito la Corte costituzionale nella decisione 25 febbraio 1988, n. 217, affermando che « il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione », nei compiti del quale rientra quello di « creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana ».

³³⁰ U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, p. 238: la disparità di potere contrattuale tra le parti risulta in particolare dal contenuto delle clausole, in specie quelle concernenti il meccanismo economico dello scambio, dall'anticipato e quasi integrale pagamento del prezzo. Ma utilizzando quale criterio guida l'interesse abitativo non si potrà prescindere dall'esigenza di difesa di tale interesse, già a partire dalla stipulazione del preliminare di acquisto della casa.

³³¹ C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 923, perché, prosegue l'a., « ogni tipo contrattuale esibisce (un equilibrio), sul quale solo la disciplina specifica può utilmente intervenire ».

acconsentire alla stipula di un contratto svantaggioso per il conseguimento del proprio bisogno personale e/o familiare all'acquisto di una casa³³².

Neppure la riforma in materia di trascrizione del preliminare può dirsi capace di soddisfare il bisogno di abitazione³³³, poiché persiste il rischio che il contratto concluso si riduca all'espressione del potere contrattuale di una soltanto delle parti³³⁴. Quel che il futuro contraente potrebbe avvertire come un vantaggio, ovvero la possibilità di dilazionare il pagamento del prezzo, potrebbe infatti ritorcersi *contra se*, perché il futuro acquirente potrebbe trovarsi ad aver pagato interamente il prezzo d'acquisto di un bene che non gli sia stato trasferito e ad averne conservato la disponibilità materiale, benché non sia stato concluso il definitivo: in tal caso egli potrà agire per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ma, ove il preliminare non sia stato trascritto ovvero sia decorso il termine per concluderlo, potrà ottenere esclusivamente la ripetizione di quanto pagato, mentre il promissario acquirente avrà diritto alla restituzione del bene.

3.1. Segue. *Dalla prassi al diritto: il favor della dottrina.*

L'ampia diffusione di cui gode il preliminare con effetti definitivi anticipati non avrebbe potuto passare inosservata in dottrina, ma se in passato ci si poteva interrogare sulla ammissibilità o meno della fattispecie, oggi questo atteggiamento non è più accettabile³³⁵, una volta che sia irrimediabilmente penetrato nella realtà sociale e abbia ricevuto l'avallo della giurisprudenza e, sia pure con le incertezze

³³² È in ogni caso salva la possibilità di rescindere dal contratto ove si versi nella situazione prevista dall'art. 1448 c.c.

³³³ Così ritiene, invece, BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 238.

³³⁴ Al pari di quanto avviene nei casi in cui vi sia un rapporto di dipendenza economica (v. A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 9 ss.).

³³⁵ Come avviene in presenza di contratti socialmente tipici, la cui diffusione è tale da rendere superflua una valutazione specifica circa la meritevolezza o meno degli interessi perseguiti dalle parti con la loro conclusione (G. DE NOVA, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 165; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 178), essendo il contratto preposto al soddisfacimento di interessi non specifici, ma generalizzati – il che ne giustifica la diffusione e quindi la tipicità sociale – sicché sussiste a monte un interesse meritevole, richiesto dall'art. 1322, co. 2 c.c. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352), Commentario del c.c.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 42 s., sul punto precisa che in tali casi l'attitudine del contratto a soddisfare interessi meritevoli di tutela ha esito positivo, senza che necessiti di un ulteriore controllo, purché risulti che a quello strumento contrattuale si ricorra per realizzare una determinata funzione, considerata positivamente dalla coscienza giuridica.

di cui diremo, del legislatore. È arduo compito rimesso all'interprete, invece, interrogarsi su quale sia la forma giuridica meglio in grado di raffigurarlo.

Nel tentativo di rimanere ancorati alla fattispecie cui le parti hanno inteso richiamarsi, parte della dottrina, annullando il diverso che corre tra l'obbligo di concludere il definitivo e l'obbligo di eseguire le prestazioni che discenderanno dalla conclusione di quest'ultimo, ammette che dal preliminare discendano quelle obbligazioni che sono tipiche del definitivo di vendita – il pagamento del prezzo e la consegna³³⁶ – ritenendole, anzi, implicite nell'obbligo di contrarre. Ma tali obbligazioni, che, evocando la terminologia adoperata da Satta, debbono dirsi *finali*, poiché corrispondenti a quelle da cui dipende la realizzazione dell'operazione economica voluta dalle parti, non possono confondersi con quelle altre, dette *preparatorie*, che ben possono accompagnarsi all'obbligo di contrarre in quanto funzionali a porre in essere – o preservare – le condizioni necessarie per l'esecuzione delle obbligazioni che discenderanno dal definitivo³³⁷. Peraltro, il compimento di queste ultime risulta coerente con l'obbligo generale di buona fede³³⁸ nonché con la disciplina dettata dal legislatore in materia di contratto condizionato (artt. 1457, 1458), il cui richiamo appare pertinente perché – al pari

³³⁶ P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario c.c.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1962, p. 40; D. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 1127; C.M. BIANCA, *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 153; ID., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, VII, 1, Torino, 1993, p. 149. Quest'ultimo afferma che « si tratta di (anticipare l') adempimento di prestazioni finali alle quali [...] il promittente è già obbligato in quanto abbia assunto l'impegno di vendere o comprare », così negando l'esistenza di un contratto preliminare (*contra*, v. B. AMOROSO, *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. giur.*, 1964, p. 425). Il suo oggetto verrebbe infatti ridotto all'esecuzione delle medesime prestazioni che discendono dal definitivo, di cui il preliminare diventerebbe la fonte, mentre il contratto successivo sarebbe volto esclusivamente a trasferire la proprietà. Si ripropongono, sul punto, le critiche sollevate a tale tesi nel capitolo I.

³³⁷ In tal senso v. D. DI BENEDETTO, *Il procedimento acquisitivo della proprietà degli alloggi in cooperative edilizie e le ragioni familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 889.

³³⁸ BIANCA, *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, cit., p. 153; ID., *La vendita e la permuta*, cit., p. 148; GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, cit., p. 280. Tali attività c.d. preparatorie rispetto all'esecuzione delle prestazioni che discenderanno dal definitivo (tra queste l'approntamento del bene in modo che possa essere trasferito al momento della consegna) sono naturalmente *altre* da quelle che derivano dal definitivo e non contrastano con la natura propria del preliminare (A. LENER, *Contratto « preliminare », esecuzione anticipata del « definitivo » e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, c. 671). Anzi, l'obbligo di buona fede impone già l'adozione di comportamenti che non frustino la possibilità di portare ad esecuzione le prestazioni contrattuali (art. 1375 c.c.), sicché la previsione di obbligazioni ulteriori e aventi una funzione analoga si configura come una specificazione di esso.

di quanto avviene qui – sorge l'esigenza di consentire a ciascuna parte di conservare le proprie ragioni al fine di evitare che *medio tempore* (ovvero nel tempo che decorre dalla conclusione del contratto all'avverarsi della condizione, come nel tempo che decorre dalla conclusione del preliminare alla conclusione del definitivo) possa essere compromessa la realizzazione dell'operazione economica voluta dalle parti. Questi obblighi preparatori, d'altra parte, « esigono (per loro natura) un tempestivo intervento anteriore all'adempimento finale »³³⁹, e tale momento corrisponde alla conclusione del preliminare. Tale ipotesi, dunque, esula da quella del preliminare con effetti *definitivi* anticipati, in quanto gli effetti che ne discendono non sono definitivi, ed erra la dottrina che tenta di ridurre la fattispecie entro questo contratto laddove si tratta invece di una legittima manifestazione dell'autonomia privata, consistente nel definire liberamente il contenuto del contratto che le parti si prestano a concludere *ex art. 1322, co. 2 c.c.*

Così, il contenuto minimo del preliminare, dato dall'obbligo di contrarre, può essere integrato dalla previsione di obblighi ulteriori, quali sono quelli c.d. preparatori, senza che la loro previsione alteri i tratti che connotano la fattispecie sotto il profilo strutturale e causale. Di converso, qualora si preveda l'anticipazione delle obbligazioni del definitivo, il preliminare viene sfigurato nel suo oggetto e nella sua funzione³⁴⁰, nonostante vi sia chi ritenga tale figura espressione della causa stessa che l'ordinamento gli imprime, individuata nel consentire alle parti che decidano di procedere alla formazione progressiva dell'operazione economica un controllo delle future sopravvenienze³⁴¹. Secondo questa teoria, tenendo fermo l'affare e, al contempo, assicurandosi la conclusione del contratto definitivo, le parti potrebbero anticipare l'esecuzione delle prestazioni che discendono dal definitivo, onde accertare se sussistano le condizioni concordate anteriormente alla

³³⁹ BIANCA, *Ibidem*.

³⁴⁰ C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 39. Non si vuole certo contestare che le parti, nell'esercizio del loro potere di autonomia negoziale, possano procedere ad una regolamentazione unitaria dei molteplici interessi patrimoniali perseguiti (A. PIRAINO LETO, *I contratti atipici e innominati*, Torino, 1974, p. 50), bensì il modo in cui questa avvenga.

³⁴¹ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 159; E. GABRIELLI, *Il « preliminare ad effetti anticipati » e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. comm.*, 1986, p. 314; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, p. 137; M. EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 74.

conclusione del definitivo (col preliminare, appunto)³⁴². Il preliminare diventerebbe così un *escamotage* per superare quello che si avverte come un limite dell'ordinamento, ovvero l'irrelevanza del mutamento di circostanze³⁴³, fenomeno preso in considerazione nel solo caso della eccessiva onerosità sopravvenuta, che riguarda però quei contratti che danno vita ad un rapporto destinato a protrarsi nel tempo perché ad esecuzione differita, periodica o continuata. Orbene, posto che il preliminare rientra tra i primi, salvo che le parti abbiano previsto diversamente, potrebbe di certo ottenersene la risoluzione ai sensi dell'art. 1467 c.c.³⁴⁴, mentre pare dubbio che l'eccessiva onerosità e, tanto più, gli ulteriori mutamenti di circostanze che potrebbero verificarsi, possano rilevare nel tempo che decorre tra la conclusione del preliminare e quella del definitivo, laddove le prestazioni che dal secondo discendono siano state anticipate. Verrebbe meno, infatti, il presupposto necessario affinché queste possano avere rilievo, una volta che ne sia stata disposta l'esecuzione immediata³⁴⁵.

Ancora, per superare tali limiti e rinvenire una causa di giustificazione delle prestazioni del definitivo senza alterare la natura del preliminare, si è prospettata la tesi secondo cui l'autonomia privata, lungi dal creare un contratto nuovo, abbia

³⁴² La cui importanza rileverebbe ove si scoprisse l'esistenza di vizi che incidano sui presupposti in base ai quali l'accordo preliminare è stato raggiunto (G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 172).

³⁴³ M. BARCELLONA-M.R. MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 521.

³⁴⁴ Ritiene diversamente PALERMO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 197, il quale non ammette la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto preliminare, perché le prestazioni rispetto alle quali « gli avvenimenti straordinari e imprevedibili » incidono sono quelle che discendono dal definitivo, il che, se pur vero, non può indurre a ritenere che il medesimo effetto non si rifletta sull'obbligo di contrarre. Come correttamente sostiene la giurisprudenza si tratterà, piuttosto, di accertare i requisiti richiesti dall'art. 1467 c.c. ai fini della risoluzione del contratto « sulla base di un giudizio che, date le peculiarità di tale contratto e la sua connessione con il contratto definitivo – con il quale, anche per la prevista coercibilità, concorre a realizzare la fattispecie traslativa – non può prescindere dalla considerazione e valutazione del regolamento fissato per l'adempimento delle prestazioni corrispettive previste dal contratto definitivo » (Cass. 27 aprile 1982, n. 2614; Cass. 31 ottobre 1989, n. 4554).

³⁴⁵ V. Cass. 13 giugno 1997, n. 5349, ove si afferma che « allorché le parti abbiano eseguito, anticipandole al momento del contratto preliminare, le obbligazioni che dovrebbero adempiere alla data del contratto definitivo – quali nel caso della compravendita, il pagamento del prezzo e la consegna della cosa – rimane preclusa la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nel frattempo, mancando il differimento della esecuzione delle obbligazioni di carattere economico al successivo momento della stipula dell'atto definitivo ed essendo l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale fra le prestazioni, intervenuta successivamente all'adempimento » (in senso conforme v. anche Cass. 21 febbraio 1994, n. 1649).

introdotto nel preliminare un elemento tipico del contratto di locazione³⁴⁶, generando un contratto misto³⁴⁷. Ma se così fosse, il pagamento avrebbe quale suo corrispettivo il godimento della *res* e non il trasferimento della proprietà, residuando in capo al promissario acquirente l'obbligo di pagare il prezzo pattuito per l'acquisto, che troverà fonte nel contratto definitivo. Non si avrebbe, dunque, alcuna anticipazione delle obbligazioni del definitivo e il nesso tra le prestazioni e la loro fonte verrebbe così ricostituito. Tale orientamento può senza dubbio accogliersi, ma a tal fine non può darsi rilievo alla sola consegna, la quale si configura come un elemento neutro che merita pertanto di essere interpretato alla luce dell'operazione negoziale di riferimento³⁴⁸; né al fatto che ad essa si accompagni il pagamento di un corrispettivo monetario, perché, come dispone l'art. 1362, co. 1 c.c., « nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole ». Se emerge la volontà di concedere in godimento il bene dietro il pagamento di un canone, allora non vi è dubbio che si sia in presenza di un contratto misto – preliminare e di locazione – mentre si avrà un contratto di *rent to buy* ove il pagamento sia in parte dovuto per la concessione in godimento della cosa e in parte

³⁴⁶ CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 1018 ss. Si limita invece ad affermarne la compatibilità, ritenendo manifestazione legittima dell'autonomia privata l'anticipazione dell'esecuzione dell'obbligo di consegna e di pagamento del prezzo, G. CAMPAGNOLI, *In tema di contratto preliminare di vendita*, in *Dir. giur.*, 1953, p. 204, 209.

³⁴⁷ Il problema che pone il riferimento al contratto misto riguarderebbe al più la disciplina applicabile. Due le tesi a riguardo: quella della combinazione e quella dell'assorbimento. Per la prima troverà applicazione la disciplina prevista per ciascuna fattispecie, a seconda che venga in considerazione un elemento riferibile all'una o all'altra; per la seconda si applicherà invece la disciplina del tipo rispetto al quale il contratto misto presenti maggiore affinità (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 826).

³⁴⁸ Come C. MANCINI, *La realtà come scelta «atipica»*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 401, afferma, infatti, la consegna non è in grado di svelare se essa sia stata eseguita *solvendi* o *contrahendi causa* e di indicare la volontà delle parti, di cui può essere solo un indice interpretativo, perché « è un comportamento, di per sé, incolore, non idoneo cioè ad esprimere compiutamente il titolo che la giustifica e che essa rappresenta, proprio perché questo titolo, per l'attuale ordinamento, va riportato nell'unità del negozio che riassume la totalità dell'affare » (G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 69). Orbene, nel caso del contratto reale, la consegna è, per volontà del legislatore e in deroga alla consensualità, elemento di perfezionamento del contratto perché, ove il mero consenso non sia stato ritenuto sufficiente ai fini del sorgere del *vinculum iuris*, si è subordinato quest'ultimo alla *datio rei* (ne sono esempio: il mutuo, il comodato, il deposito, il riporto, la donazione manuale, la caparra confirmatoria); negli altri casi la consegna resta mera esecuzione di una prestazione (si ricordi a tal riguardo la disciplina della vendita, della locazione, della permuta).

per il trasferimento della proprietà. Diversamente, qualora risulti che le parti abbiano voluto anticipare l'obbligazione di pagamento del prezzo per il trasferimento della proprietà, parlare di contratto misto risulterà un'evidente forzatura perché contro la volontà dei paciscenti³⁴⁹. Persiste in tal caso il problema di rinvenire la giustificazione causale dell'anticipato obbligo di pagamento. Ma se, come abbiamo sostenuto, il preliminare è fonte del solo obbligo di contrarre, allora deve ammettersi che quando dal medesimo contratto si facciano discendere, insieme, questo e l'obbligo di eseguire le prestazioni del definitivo, si è al di fuori della fattispecie e in presenza di un negozio atipico, che funge da titolo del trasferimento della proprietà. Così ritiene chi afferma che il preliminare con effetti definitivi anticipati sia una particolare tecnica di contrattazione, nella quale il prodursi dell'effetto traslativo si atteggia diversamente rispetto al modello di cui all'art. 1376 c.c., per cui il preliminare diviene la fonte delle prestazioni che si anticipano³⁵⁰, contrariamente alla sua natura che non ammette alcun « effetto diverso e maggiore dell'obbligo *formale* di concludere un futuro contratto »³⁵¹ e il

³⁴⁹ Prima dell'entrata in vigore della l. n. 164/2014, la dottrina si era scontrata con un problema analogo a quello posto dal preliminare con effetti definitivi anticipati, dovendo procedere alla qualificazione del contratto col quale le parti avessero pattuito che, al termine del pagamento dei canoni, la proprietà del bene concesso in godimento passasse al conduttore, il che, come sostenuto da C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, 7, I, 1, Torino, 1993, p. 56; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2008, p. 17; G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, VII, 4, Torino, 1972, p. 116, non poteva trarre in inganno l'interprete. Il pagamento, infatti, non aveva quale corrispettivo il godimento del bene, com'è nel contratto di locazione, bensì il trasferimento della proprietà: si era in presenza, allora, di una vendita con riserva della proprietà.

³⁵⁰ Come afferma PALERMO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 127, nel preliminare con effetti definitivi anticipati le parti offrono un'immagine distorta del preliminare, concepito come fonte definitiva di regolamento di interessi. Concordemente, G. LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, in *Foro it.*, 1993, c. 2461 s.; A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 936, 938, che parla di segmentazione del procedimento traslativo, finalizzata a realizzare interessi e obiettivi non raggiungibili mediante il contratto con effetti reali. È affine la tesi di DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare*, cit., p. 133, la quale costruisce i rapporti tra preliminare e definitivo come una sequenza che darebbe luogo alla formazione progressiva dell'operazione economica voluta dalle parti, rappresentando il preliminare il momento di apertura di tale *iter*, rispetto al quale il definitivo si pone a chiusura, producendo l'effetto traslativo.

³⁵¹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968, p. 577. Secondo l'a. il preliminare renderebbe superfluo il definitivo solo ove contenesse già tutti gli elementi necessari per la produzione dell'effetto finale, ma quest'ultima considerazione non ci pare corretta perché svilirebbe il potere di autonomia dei privati, ai quali non potrebbe precludersi la possibilità di obbligarsi a concludere in un momento successivo il definitivo, trattandosi di una scelta rimessa alla loro insindacabile volontà, pur quando sussistano già gli elementi perché sia condotta ad

definitivo si riduce a « pura presa d'atto di quanto, già in esecuzione del preliminare, si è verificato »³⁵². Invero, il codice del 1942, introducendo il preliminare, ha arricchito di un nuovo schema di formazione del consenso il novero delle modalità attraverso le quali le parti possono addivenire alla conclusione del contratto, consentendo loro di scegliere se ricorrere ad uno o ad un altro *modus* senza che ciò incida sulla fattispecie del negozio voluto, rispetto alla quale il *come* si giunge all'accordo è in genere un elemento esterno, salvo che il legislatore abbia espressamente previsto per quel contratto una certa tecnica di contrattazione³⁵³. È quanto avviene nei contratti reali e nei contratti con effetti reali: i primi vincolati *ex lege* all'elemento della consegna, i secondi al consenso traslativo, onde si tratta di accertare se « lo stesso tipo contrattuale si (possa) realizzare con procedimenti diversi »³⁵⁴. Soffermandoci sui secondi e, in particolare, sulla compravendita, possiamo rilevare che l'art. 1376 c.c. cristallizza la scelta del legislatore di individuare l'*iter* che conduce alla conclusione dei contratti che trasferiscono la proprietà o altri diritti reali nella mera manifestazione del consenso, il che sarebbe già stato implicito in forza della disciplina generale, tutta imperniata sul *dogma* del consenso³⁵⁵, per cui la norma non avrebbe altro significato se non quello di

esecuzione l'operazione economica voluta dai contraenti. Assume un ruolo fondamentale sul punto l'interpretazione della volontà delle parti (art. 1362 c.c.) che, come nel caso delle punteggiature vincolanti nelle quali risulti già completo il regolamento contrattuale, anche nel preliminare non può indurre a ritenere che si sia in presenza di un contratto definitivo, se ciò le parti hanno inteso escludere.

³⁵² CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 41.

³⁵³ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 31 s., afferma infatti che un'analisi esaustiva delle modalità di formazione del consenso non potrebbe limitarsi a quelle previste nella parte generale del c.c., applicabili ad ogni contratto – compresi quelli atipici che sono pur sempre vincolati al rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede (p. 35) – ma deve comprendere quelle relative ai singoli tipi. Ma, come precisa l'a. (*op. ult. cit.*, p. 62), la modalità di conclusione del contratto prescinde sia dalla fattispecie sia dall'effetto finale che è destinata a produrre, salvo che – aggiungiamo noi – per le modalità di produzione di quest'effetto, come dimostra la compravendita, nella quale tali modalità mutano a seconda che l'operazione si realizzi secondo il principio del consenso traslativo o di separazione.

³⁵⁴ G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 36, secondo il quale si tratta di verificare se vi sia fungibilità tra le varie tecniche di formazione del contratto, come l'a. ritiene avvenga nella vendita, o meno, come nei contratti reali o, meglio, alcuni di essi.

³⁵⁵ L'art. 1376 c.c., infatti, è il riflesso di questo dogma e, obliterando la distinzione tra atto di obbligazione e atto di alienazione, comporta l'assorbimento di quest'ultimo nel primo (G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 24 ss.), il che, sostiene G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 21 s., non dovrebbe tuttavia dar luogo ad una completa fusione tra i due, mentre ciò è precisamente quanto voluto dal legislatore. Ma il *discrimen* tra il nostro e il modello di vendita

escludere la fungibilità tra questa e altra modalità di formazione del contratto³⁵⁶. È dunque preclusa alle parti la possibilità di realizzare la vendita mediante un modello diverso da quello legale, perché ciò tradirebbe la volontà del legislatore, il quale, optando per questo in luogo di altri, intende riconoscere all'operazione di vendita un *tipo d'assetto di interessi* che diversamente verrebbe alterato³⁵⁷, in

tedesco non può ridursi al dogma del consenso, perché quest'ultimo è comune ad entrambi gli ordinamenti e così F. RANIERI, *Negozio reale ed astratto*, in *TR - Review d'histoire du droit*, 1970, p. 335, spiega il principio di astrazione, che prescinde dall'elemento della causa perché l'intenzione delle parti, di cui il *modus* è espressione, si ritiene da sola sufficiente a trasferire la proprietà. La differenza tra i due non è data neppure dalla ricerca o meno di una giustificazione causale sottesa all'effetto traslativo, come conferma la scelta di recente accolta dal legislatore francese, con l'ordinanza di riforma delle obbligazioni e dei contratti 10 febbraio 2016, n. 2016-131, di abbandonare il principio causalistico pur rimanendo saldamente ancorati a quello del consenso traslativo (a tal riguardo, si v. M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 946, 950 ss., il quale ricorda che la riforma del *Code civil* rinnova i rapporti tra l'autonomia dei privati e le regole di circolazione della ricchezza, proponendosi di « sugellare il trionfo della libertà negoziale sul primato della legge », scopo non riuscito tuttavia se, come l'a. sostiene, alla funzione della causa si è sostituita quella dell'oggetto).

³⁵⁶ Si spiega così il motivo per cui una disciplina *ad hoc* sia stata prevista con riguardo ai contratti reali e con effetti reali, come accennavamo nel testo: nei primi il consenso è elemento necessario ma non sufficiente; nei secondi è elemento necessario e sufficiente, non richiedendosi un *quid pluris*.

³⁵⁷ E infatti, come sostiene G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 40, il consenso non può ritenersi uniforme per ogni affare, ma è destinato a mutare in relazione al singolo tipo e alla modalità di formazione del contratto per esso prevista o scelta dalle parti. Prevedere schemi di formazione del consenso diversi, d'altra parte, risponde alla specifica *ratio* di favorire le parti nel soddisfacimento dei propri interessi (G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 46), i quali possono diversamente comporsi a seconda che si proceda alla formazione immediata e, al suo interno, allo schema proposta-accettazione o proposta con esecuzione; alla formazione progressiva mediante preliminare o opzione.

Quanto al valore della trascrizione, nel nostro ordinamento non è riconosciuto alcun valore costitutivo a questo istituto, dal quale discendono effetti meramente dichiarativi (C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 108). Il conflitto tra due acquirenti del medesimo diritto o di diritti tra loro incompatibili, come risulta dall'art. 2644 c.c., in deroga al principio *prior in tempore potior in iure*, è risolto dalla regola per cui prevale il primo trascrivente, a prescindere dalla conoscenza che egli abbia avuto del trasferimento al terzo, il quale acquista la proprietà della cosa, che pur sia stata già trasferita dal medesimo dante causa al primo acquirente, « perché l'effetto traslativo non nasce dall'adempimento di una obbligazione di dare in senso tecnico (cioè avente ad oggetto il trasferimento del diritto, come accadeva nel diritto romano), ma dallo stesso contratto in forza del moderno principio consensualistico » (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 323), per cui egli ne diviene proprietario nel momento stesso in cui il contratto è concluso. Diversamente, nell'ordinamento tedesco, il terzo è tutelato, ai sensi del § 249 BGB, che gli riconosce il diritto di agire per ottenere la condanna al trasferimento della proprietà a favore del promissario di dare, al pari di quanto avviene nel diritto francese (v. E. RAJNERI, *Il principio consensualistico e l'Abstraktionsprinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di Restatement del diritto privato europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 440, nt. 16, 445, 450 ss.), onde la scelta non dipende dalle modalità di trasferimento, ma dalle tecniche di tutela del diritto accolte dai singoli ordinamenti.

quanto, come sostenuto da autorevole dottrina, « una medesima operazione economica, come [...] la compravendita, deve distinguersi in più categorie, ove si perfezioni, sul piano formale, con tecniche diverse »³⁵⁸. È oramai assodato che tra queste “diverse tecniche” non è compreso il preliminare, il quale, limitandosi ad obbligare alla conclusione del contratto di vendita, non viola il disposto dell’art. 1376 c.c., salvo che si preveda l’anticipazione delle prestazioni di pagamento del prezzo e di consegna. In questo caso i rapporti tra preliminare e definitivo mutano perché muta la tecnica di formazione del consenso che il legislatore ha previsto per la compravendita: un contratto che sia fonte dell’obbligo di dare in senso tecnico e di pagare il prezzo dovuto per l’acquisto è esso stesso titolo di trasferimento della proprietà; a sua volta, un contratto che si limiti a trasferire si riduce in *modus acquirendi*. Ma allora dovrebbe ammettersi una scissione della vendita in *titulus* e *modus*³⁵⁹, onde ci si chiede perché si continui a parlare di preliminare, essendo forse più rassicurante per l’interprete non rifugiarsi nell’idea che questo sia ancora un contratto che obblighi alla conclusione di un contratto successivo, ma rimanere ancorati ad una fattispecie di cui si riconosca essere mutata la natura giuridica³⁶⁰.

3.2. Segue. *La decisione cauta (ma irrisoluta) della giurisprudenza.*

Già negli anni anteriori all’entrata in vigore del codice del 1942, la giurisprudenza ha avuto modo di esaminare la figura del preliminare con effetti definitivi anticipati, ritenendo dapprima che si fosse in presenza di un contratto di

³⁵⁸ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 46.

³⁵⁹ A. PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000, p. 53; R. LENZI, *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1360 ss. Ci pare corretta, allora, la tesi di G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 941, nt. 63, per il quale il preliminare con effetti definitivi anticipati sarebbe invece un contratto atipico, trovando in esso fonte sia l’obbligo di consegna sia il pagamento del prezzo, incompatibilmente con la sua natura di contratto che obbliga a *contrahere* (contra A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, c. 680). Ma, come rileva CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 43, nt. 17, in commento alle osservazioni di PORTALE, ciò non supera il limite intrinseco nel riconoscere la pura attribuzione del bene in godimento quale causa sufficiente a giustificare il pagamento del prezzo.

³⁶⁰ M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 125. Mentre, come abbiamo avuto modo di rilevare, il diritto positivo si muove in senso opposto, seppure non vi sia una definizione legale di contratto preliminare. Nel senso della natura inappropriata e fuorviante dell’espressione, LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni*, cit., p. 940.

compravendita³⁶¹, così escludendo la compatibilità del preliminare con l'anticipata esecuzione delle prestazioni che discendono dal definitivo – seppure la natura atipica di tale contratto avrebbe consentito una maggiore duttilità rispetto a quella che può ammettersi oggi – per poi accogliere la tesi secondo cui « la promessa di vendita non si trasforma in vendita definitiva per il fatto che il futuro acquirente, per clausola espressa, debba preventivamente pagare, in tutto o in parte, od abbia già pagato il prezzo della cosa »³⁶², così inaugurando un orientamento che ha ricevuto conferma anche dopo l'entrata in vigore del codice vigente, affermandosi che sebbene l'anticipato godimento della cosa e il pagamento del prezzo « costituiscano normalmente l'esecuzione di un vero e proprio contratto di vendita, tali fatti possono bene [...] rappresentare una anticipata esecuzione della vendita che si promette di voler effettuare »³⁶³. Secondo la giurisprudenza di legittimità, dunque, nessun ostacolo pare porsi a un preliminare che prevedeva l'esecuzione anticipata delle obbligazioni del definitivo; ma ciò tralascia di chiarire come ciò possa conciliarsi con la natura del preliminare come fonte del solo obbligo di contrarre, a meno che se ne affermi una (natura) diversa.

Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza a noi più vicina. Tra le incertezze che la fattispecie pone, una sicurezza pare essere stata acquisita dalle Sezioni unite della Cassazione: il trasferimento della proprietà è un effetto che deve necessariamente discendere dal definitivo³⁶⁴, non essendo riconosciuta ai contraenti la facoltà di anticiparlo perché, se così fosse, i dubbi che possono residuare circa la natura definitiva assunta dal contratto preliminare verrebbero

³⁶¹ Cass., 3 agosto 1933, di cui riferisce ALESSI, *Il c.d. preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 444.

³⁶² Cass., 29 luglio 1940, n. 1314, in *Rep. gen. Foro it.*, 1940, c. 1699; Cass., 7 agosto 1941, n. 2788, in *Rep. gen. Foro it.*, 1941, c. 1611; Cass. 15 dicembre 1941, n. 2930, in *Rep. gen. Foro it.*, 1941, c. 1611 s. La differenza finirebbe con l'essere *in toto* affidata all'elemento volontaristico, perché mentre col preliminare le parti si obbligano ad un *facere*, assumendo l'impegno a trasferire il dominio, nella vendita intendono trasferire la proprietà, pur differendo il prodursi di tale effetto ad un momento successivo.

³⁶³ Cass., 16 gennaio 1942, n. 131, in *Rep. gen. Foro it.*, 1942, c. 1466. In senso conforme: Cass. 9 giugno 2011, n. 12634; Cass., 15 maggio 2015, n. 10009; Cass., 16 marzo 2016, n. 5211; Cass., 21 marzo 2017, n. 7216.

³⁶⁴ Sebbene questa sia la “prestazione dominante” della compravendita, come afferma LUMINOSO, *La compravendita: realtà e prospettive*, cit., p. 502, ciò non basta ad integrare tale contratto in tutti i suoi elementi costitutivi e risulterebbe pur sempre svuotato di contenuto perché, come detto, al trasferimento deve corrispondere il pagamento del prezzo.

inequivocabilmente risolti in senso affermativo. Chiarito ciò, ma escluso che il preliminare con effetti definitivi anticipati potesse configurare un contratto atipico, la Corte ha optato per la tesi del collegamento negoziale, già avanzata in dottrina, riferendola ai contratti accessori di comodato e mutuo gratuito, ritenuti « funzionalmente connessi e tuttavia autonomi rispetto al preliminare »³⁶⁵, il cui richiamo ha consentito di giustificare, rispettivamente, l'anticipata consegna della cosa e l'anticipato pagamento del prezzo. Tale ricostruzione appare tuttavia priva di pregio.

Com'è noto, il comodato è il contratto essenzialmente gratuito con il quale una parte consegna una cosa all'altra perché se ne serva per un tempo o un uso determinato con l'obbligo di restituirla (art. 1803); mentre con il mutuo una persona consegna all'altra una determinata quantità di denaro con l'obbligo di restituirla (art. 1813). Se davvero il preliminare con effetti definitivi anticipati presupponesse la presenza di questi contratti, allora l'anticipata consegna della cosa dovrebbe assolvere una funzione propria e autonoma dalla vendita, nonché dal pagamento del prezzo, laddove le parti le hanno invece intese come anticipazioni di essa. Certo, il promissario acquirente potrebbe ben godere anticipatamente della cosa, ma causa di tale prestazione non sarebbe più la futura vendita, e la consegna non dovrebbe intendersi quale anticipazione di una prestazione del definitivo. Il collegamento tra preliminare di vendita e comodato appare dunque ammissibile, non potendosi ritenere diversamente in ragione della mancata restituzione del bene, la quale sarà necessaria solo qualora il definitivo non venga concluso; in caso contrario il comodatario ne conserverà la disponibilità

³⁶⁵ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930. Si tratta di un'affermazione coerente con quanto sostenuto in dottrina (G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 11), secondo cui dal collegamento negoziale non discenderebbe la realizzazione di una funzione ulteriore rispetto a quella dei singoli contratti, bensì un assetto di interessi unitario. Se così è, allora, ogni fattispecie deve conservare la propria causa, come afferma la giurisprudenza, la quale tuttavia non coglie che il mutuo si rende inconciliabile con il preliminare di vendita, nei termini in cui l'operazione negoziale è nota (preliminare con effetti definitivi anticipati), e assume una valenza meramente descrittiva delle singole prestazioni (M. FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 512), non riuscendo a giustificarle causalmente, contrariamente a quanto sostiene la Corte, secondo la quale ciascuno di tali contratti (comodato e mutuo) conserverebbe « una precisa tipica funzione economico-sociale » e resterebbe dunque disciplinato « ciascuno dalla pertinente normativa sostanziale ».

materiale mutando il titolo di detenzione in possesso, in virtù del collegamento che lega tali contratti.

Appare invece erroneo e fuorviante il richiamo al mutuo gratuito che, secondo l'impostazione accolta dalla Corte, dovrebbe giustificare la *datio* della somma di denaro. Tale contratto assolve nel nostro ordinamento una funzione di finanziamento, mirando a consentire al mutuatario di disporre di una somma che gli è concessa in prestito affinché venga in seguito restituita gratuitamente, funzione che, secondo la teoria del collegamento negoziale, dovrebbe rimanere tale, seppure integrata nel complesso dell'operazione economica voluta dalle parti. Invero, per la realizzazione di un'operazione economica dispendiosa, qual è l'acquisto di un immobile, si potrà rendere sicuramente necessaria la concessione di un mutuo, ma ciò presuppone la presenza di un soggetto terzo rispetto alle parti contraenti, pur potendosi vincolare la somma ottenuta alla conclusione del definitivo, secondo il modello del mutuo di scopo che crea un collegamento tra i due negozi³⁶⁶. In tal caso si è però al di fuori del preliminare con effetti definitivi anticipati, ove il promissario acquirente, secondo la giurisprudenza, acquisterebbe la posizione di mutuante e il promittente venditore di mutuatario³⁶⁷. D'altra parte, la prestazione di pagamento non potrebbe neppure giustificarsi causalmente in relazione al godimento del bene perché, se così fosse, risulterebbe snaturata la natura del contratto di comodato, mentre sarebbe più appropriato riferirsi alla locazione, né tale prestazione si potrebbe giustificare in relazione al futuro

³⁶⁶ In tal caso, infatti, verrebbe preservata la funzione del mutuo, essendo la somma consegnata *ex art. 1813* destinata all'adempimento dell'obbligo di pagamento del prezzo che discende dal definitivo. Si avrebbe così una fattispecie analoga a quella considerata dall'*art. 1202 c.c.*: un mutuo di scopo che, in presenza dei requisiti richiesti dalla norma, potrebbe dar luogo ad una surrogazione.

³⁶⁷ Inoltre non si potrebbe ravvisare nel caso di specie quella funzione di finanziamento che, invece, è tipica del contratto di mutuo. Può condividersi sul punto l'osservazione sviluppata da TRANQUILLO, *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017*, cit., p. 138, il quale, procedendo ad un confronto tra il contratto di *leasing* e di mutuo assistito da garanzia ipotecaria, afferma che quest'ultimo, pur potendo assolvere una funzione di finanziamento, non è in grado di esprimere lo scopo di utilizzo del bene e di giustificare il potenziale diritto di acquisto, distinguendosi dalla locazione finanziaria che, invece, realizza una duplice causa: di finanziamento e traslativa. Ugualmente, il collegamento tra il preliminare e il mutuo gratuito che la giurisprudenza vorrebbe avvalorare per giustificare l'anticipato pagamento del prezzo non giustifica né quest'ultimo né l'anticipata consegna del bene e cozza con lo scopo dell'operazione economica voluta dalle parti.

trasferimento del bene, salvo scinderne le sorti dal definitivo, ma, in ogni caso, non potrebbe parlarsi di “pagamento”, prestazione che presuppone uno scambio, posto che il mutuo è un contratto a prestazioni unilaterali³⁶⁸. Residua inoltre un ulteriore limite, rappresentato dall’effetto restitutorio che nei contratti reali è *naturale negotii*, mentre nel preliminare di vendita con effetti anticipati è conseguenza patologica derivante dalla mancata conclusione del definitivo³⁶⁹, sicché il titolo su cui si fonda è l’azione di ripetizione dell’indebita *ex art. 2033 c.c.* Ove il definitivo venisse concluso, quanto pagato verrebbe infatti trattenuto, contrariamente a quanto esige la disciplina del mutuo, rispetto alla quale la liberazione dell’obbligo di restituire potrebbe derivare dalla remissione del debito o dalla compensazione.

Le difficoltà riscontrate dalla giurisprudenza nel giustificare l’anticipato pagamento del prezzo discendono dall’evidente imbarazzo derivante dal voler individuare una fonte autonoma di tale prestazione che sia altra dal preliminare, così da conservarne la natura di contratto che genera un’obbligazione di *facere*. L’autonomia della fonte comporta altresì l’autonomia della causa, ma se la prestazione di pagamento si considera isolatamente da quella eventuale di anticipato godimento del bene o di trasferimento, quest’ultima resta priva del suo corrispettivo. È evidente, dunque, che la teoria del collegamento negoziale non è in grado di superare tale difficoltà perché incapace di rappresentare nel suo insieme l’operazione negoziale voluta dai contraenti, funzione che il legame che si pretende esistere tra questi contratti dovrebbe invece essere in grado di assolvere, come avviene ove si dia rilievo al nesso tra preliminare e definitivo di vendita. Senonché di collegamento può parlarsi in tal caso solo in seguito alla conclusione del secondo

³⁶⁸ La giurisprudenza parla infatti di mutuo gratuito (v. Cass., sez. un., n. 7930/2008, cit.), il quale si connota per il suo carattere non corrispettivo, trattandosi di un contratto con obbligazioni di una sola delle parti, il mutuatario, il quale è tenuto alla restituzione di quanto ricevuto al momento della conclusione del contratto (M. FRAGALI, *Del mutuo*, Artt. 1813-1822, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 9 s.); la *datio rei* è infatti elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie, coerentemente alla sua natura di contratto reale.

³⁶⁹ Così sostiene anche FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell’effetto reale*, cit., p. 512, il quale tuttavia estende tali osservazioni indistintamente al comodato e al mutuo, mentre noi riteniamo che le obiezioni sollevate potrebbero superarsi quanto al primo, in seguito al mutamento del titolo in forza del quale si ha il godimento del bene. Tale osservazione si rende necessaria perché la qualificazione giuridica delle convenzioni private non è fine a se stessa, ma da essa dipende la determinazione della disciplina applicabile (M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 177, 182), che risulterebbe naturalmente inappropriata quanto al mutuo.

contratto, mentre prima d'allora persiste l'ostacolo rappresentato dall'aver anticipato al preliminare l'esecuzione di una prestazione la cui fonte non è ancora venuta ad esistenza.

La teoria del collegamento negoziale, come la stessa giurisprudenza non manca di ricordare, esige la presenza di un duplice requisito: il primo oggettivo, costituito dal nesso teleologico che lega i singoli contratti, il secondo soggettivo, dato dalla volontà delle parti di coordinare i singoli negozi nella realizzazione di un'unica operazione economica, senza obliterare la causa di ciascuno di essi, i quali si mantengono autonomi, seppur collegati³⁷⁰. Nell'accogliere tale tesi vengono contestualmente scartate quella della atipicità del preliminare con effetti definitivi anticipati e quella del contratto misto, scelta che da un lato riflette l'approccio di frequente usato dalla giurisprudenza, consistente nel prediligere il riferimento ai contratti tipici³⁷¹, dall'altro elude il reale scopo perseguito dalle parti, il quale nel

³⁷⁰ Dubbi, verso tale ricostruzione, sono stati manifestati in dottrina da G. PALERMO, *Contratto preliminare e "interesse al differimento"*, in *La contrattazione preliminare*, Torino, 2017, p. 61; FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, cit., p. 123; ID., *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *La contrattazione preliminare*, cit., p. 249; ID., *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, cit., p. 513; I.L. NOCERA, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in NGCC, 2010, p. 715.

³⁷¹ D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Tratt. contr.*, dir. da P. Rescigno, I, 1, p. 551 ss., tendenza che non può tuttavia spingersi sino a realizzare indebite forzature, obliterando la specificità degli interessi perseguiti dalle parti, il che contrasterebbe col principio di autonomia privata che, invece, deve essere preservato. Nel caso che qui interessa, la giurisprudenza, definendo la natura del preliminare con effetti definitivi anticipati, procede ad un'operazione di qualificazione, rimessa alla esclusiva valutazione del giudice, il quale sul punto gode del poterdovere di correggere la volontà delle parti in attuazione della legge *ex art. 101, co. 2 cost.* È infatti irrilevante che le parti abbiano stipulato un unico contratto di contenuto complesso, o una pluralità di contratti, perché la qualificazione compete pur sempre all'ordinamento, potendo il giudice decidere diversamente dalla volontà delle parti, anche ove questa sia orientata nel senso opposto (LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 9). Di contrario avviso è CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., p. 582, il quale ritiene che il collegamento è istituito dalla volontà dei contraenti e può risultare da una clausola espressa o dal contenuto implicito dei contratti e dalla loro interpretazione secondo buona fede, per cui di collegamento può parlarsi solo ove « la volontà di collegare sia obiettivata in un "legame causale tra due o più negozi, contestuali o successivi" ». Così, dall'unico contratto preliminare con effetti definitivi anticipati non potrebbe sussumersi la presenza di un mutuo e di un comodato, se appare indubbio dal modo in cui l'operazione è stata strutturata il collegamento tra il preliminare e il definitivo di vendita. Vero è che la qualificazione è un'operazione di diritto, ma questa, avendo ad oggetto l'atto di autonomia privata per eccellenza, deve essere compresa entro i limiti rappresentati dalla volontà delle parti e le diverse sfaccettature che possono assumere i contratti impediscono di affermare che sia sempre possibile individuare, in ogni operazione economica, i connotati di un tipo piuttosto che di un altro (contrariamente a quanto sostiene DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 166). La ricostruzione scelta per qualificare l'operazione negoziale voluta dalle parti, dunque, non potrebbe mai tradire la loro volontà, tanto

preliminare con effetti definitivi anticipati è unitario, diversamente da quanto avviene nei contratti collegati³⁷². Questi ultimi si connotano perché, a fronte dell'unitarietà dell'operazione economica che mediante il collegamento di tali negozi si mira a realizzare, ciascuno conserva la propria autonomia e individualità, anche a livello funzionale³⁷³. Ciò spiega perché la Suprema corte riconduca ciascuna prestazione oggetto di anticipazione ad un singolo contratto, piuttosto che al solo preliminare, prevedendone un coordinamento con quest'ultimo senza riuscire tuttavia nell'intento di spiegare l'operazione economica voluta dai contraenti. A tal fine appare più appropriato, invece, il riferimento al contratto misto, che è « un *unico contratto* nel quale si combinano schemi contrattuali diversi »³⁷⁴, il che lo rende idoneo a spiegare la fattispecie del preliminare con effetti definitivi anticipati³⁷⁵, nella quale elementi tipici della vendita sono inseriti all'interno di una fattispecie diversa³⁷⁶: il preliminare. Nel contratto misto, diversamente da quanto avviene in caso di collegamento negoziale, la fattispecie è unitaria³⁷⁷, onde le prestazioni che da essa discendono si fondono e danno vita ad un solo contratto. Non è necessario, allora, ricercare altrove la causa che sorregga le singole obbligazioni, perché questa è una e deve rinvenirsi nell'unico contratto

più se si considera che essa presuppone l'interpretazione del contratto (COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 176; B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, p. 126; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 391).

³⁷² Tale ricostruzione appare preferibile perché guarda non al singolo atto, ma all'operazione nel suo complesso (secondo l'approccio promosso da P. PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 232). Mentre nel contratto misto, infatti, le prestazioni si fondono e danno luogo ad un solo contratto, pertanto connotato dall'unicità della causa, nel contratto collegato ciascuno mantiene la sua autonomia e individualità, potendo essere il raccordo meramente occasionale. L'elemento di *discrimen* tra contratto collegato e misto è dunque da individuare nella causa (v. F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 48, 54).

³⁷³ G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 45; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 425; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 52 s.

³⁷⁴ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 391.

³⁷⁵ A tale tesi aderiva Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, affermando che: « l'anticipazione della consegna, come l'anticipato pagamento del prezzo, entra a far parte integrante del preliminare, costituendone un'obbligazione aggiuntiva che ha un suo titolo diverso da quello di vendita ». Come si è evidenziato, questo orientamento è stato in seguito superato a favore della tesi del collegamento negoziale, mentre sarebbe stato più opportuno proseguire nel primo senso.

³⁷⁶ Nel contratto misto, infatti, singoli frammenti di un contratto tipico confluiscono in un altro, come chiaramente esposto da R. SACCO, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 449.

³⁷⁷ P. PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 232.

concluso. Tale ricostruzione, inoltre, ci sembra più coerente con la volontà delle parti, sebbene non sia ancora in grado di spiegarne la natura, rimanendo al di fuori di essa il definitivo, da cui discende il prodursi dell'effetto traslativo. Si ripropone dunque il dilemma iniziale: se la sequenza preliminare-definitivo riproduca o meno quella tra *titulus* e *modus*, la risoluzione del quale non potrebbe dipendere dalla dottrina né da una giurisprudenza rispettosa dei suoi limiti, esigendo una risposta da parte del legislatore.

3.3. Segue. *La risposta ambigua del legislatore.*

Il silenzio serbato sul punto dal legislatore è stato in parte superato con l'entrata in vigore del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, avente ad oggetto la disciplina del preliminare di vendita di immobili da costruire. Tale figura si connota perché le parti, il costruttore e l'acquirente, si obbligano reciprocamente a concludere il definitivo di vendita nonché, rispettivamente, a costruire il bene che sarà oggetto del trasferimento e a pagarne il prezzo anticipatamente rispetto alla stessa esistenza del bene³⁷⁸. Nell'anticipazione di tale prestazione, come si è già detto, si rinviene l'elemento che connota il preliminare con effetti definitivi anticipati, esponendo al dubbio se ciò valga a ritenere coerente con l'ordinamento tale contratto, una volta che anche il legislatore lo abbia riconosciuto. Per rispondere a tale quesito appare imprescindibile l'analisi del testo normativo.

Il d.lgs. n. 122/05 riguarda un'ipotesi peculiare, nella quale l'anticipato pagamento del prezzo vale a realizzare una sintesi tra due cause: quella propria del preliminare e quella, nuova e diversa, di finanziamento³⁷⁹. Il pagamento, anticipato

³⁷⁸ Per completezza ricordiamo che l'ambito di applicazione del d.lgs. n. 122/05 si estende anche ai contratti di vendita. In tal caso *nulla quaestio*, poiché l'obbligo di pagamento del prezzo deriva dalla sua conclusione a prescindere dal momento in cui si produca l'effetto traslativo, nel caso di specie è differito alla venuta ad esistenza della cosa.

³⁷⁹ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 191; C. D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, p. 911 s.; M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realtà'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, p. 169. E. CALICE, *Vendita di immobili da costruire*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2007, p. 1273, afferma infatti che è estraneo all'ambito di applicazione della disciplina di cui si tratta il caso in cui il trasferimento abbia ad oggetto edifici da trasferire nello stato in cui si trovano al momento della stipula del preliminare. Diversamente verrebbe meno la funzione di finanziamento che si intende riconoscere al pagamento anticipato del prezzo.

al momento della stipula del preliminare, quando ancora l'immobile è in corso di costruzione, consente infatti al costruttore di disporre di una somma che gli consentirà di far fronte ai costi necessari per la realizzazione dell'opera, ma tale prestazione non funge da corrispettivo del prezzo pagato perché pattuita per il futuro trasferimento della proprietà. Nella destinazione del prezzo rispetto all'esercizio dell'attività del costruttore si sostanzia dunque la causa di finanziamento che, entrata nella fattispecie, colora lo scopo cui è preordinato il preliminare di immobili da costruire, dando vita ad un'operazione economica che, analizzata nel suo complesso, permette di rilevare la duplicità degli interessi che il legislatore ha inteso bilanciare nel dettare la nuova disciplina: da un lato l'interesse del costruttore a ridurre il rischio di fallimento dovuto alla carenza di liquidità e all'incapacità di far fronte alle spese necessarie per portare a compimento le opere in corso di esecuzione; dall'altro l'interesse del promissario acquirente di riservarsi l'acquisto del bene dilazionandone il pagamento e, in pari tempo, l'esigenza di tutelarlo dal rischio di inadempimento, prevedendo, pena la nullità del contratto, il rilascio di una fideiussione bancaria di valore pari a quello delle somme anticipate, a garanzia della loro restituzione (art. 2)³⁸⁰.

³⁸⁰ Come rileva A. TORRONI, *Il d.lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. not.*, 2007, p. 882, infatti, la fideiussione non garantisce l'adempimento delle obbligazioni del costruttore, bensì la restituzione delle somme pagate anticipatamente rispetto al trasferimento della proprietà, a titolo di acconto sul prezzo, il che, secondo LUMINOSO, *La compravendita: realtà e prospettive*, cit., p. 505, è causa di inadeguatezza della disciplina, incapace di tutelare l'esigenza dell'acquirente di divenirne proprietario. Si tratta dunque di una forma di garanzia che l'ordinamento prevede a favore del promissario acquirente, la cui *ratio* si individua nella necessità di non alterare il nesso sinallagmatico tra la prestazione di pagamento e il trasferimento della proprietà, nonostante l'anticipazione della prima rispetto alla seconda, come conferma il fatto che l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile (v. TORRONI, *op. ult. cit.*). Tale scelta legislativa si giustifica nell'ottica di tutela che l'ordinamento intende garantire al consumatore, ritenuto parte debole del rapporto, al pari di quanto dovrebbe ritenersi l'acquirente di immobili da costruire. Il d.lgs. n. 122/05 definisce infatti l'acquirente: « la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa » (art. 1, lett. a); il costruttore: « l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o

Nonostante il pagamento del prezzo abbia quale corrispettivo il trasferimento del diritto, non può dubitarsi della compenetrazione tra le due cause, che è tale da alterare la fisionomia propria del contratto preliminare di vendita, come risulta dal disposto dell'art. 6 del d.lgs. n. 122/05. Nel definire il contenuto del contratto concluso tra il costruttore e l'acquirente, infatti, il legislatore non si limita a definire quello dell'obbligo di contrarre e di pagamento anticipato, ma richiede altresì che siano indicate, tra le altre, le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti (lett. d) e ai termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione (lett. e). Se le informazioni sulla costruzione possono rientrare nell'oggetto ordinario del preliminare di vendita, ugualmente non può ritenersi con riguardo a quelle relative ai tempi di esecuzione della costruzione che, introdotte all'interno della fattispecie, testimoniano come la commistione tra le due cause perseguite dal contratto incida sulla costruzione della fattispecie, inducendo a ritenere che l'obbligazione assunta dal costruttore non si riduca, come avviene nel preliminare di vendita con effetti definitivi anticipati, al solo trasferimento, poiché il promittente alienante è obbligato a monte alla costruzione del bene secondo le modalità e nei termini previsti dalle parti, a valle alla conclusione del contratto di

della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi » (art. 1, lett. b). Nonostante non si dica se la parte acquirente debba agire nel solo soddisfacimento di scopi estranei all'attività imprenditoriale, come richiesto dall'art. 2, co. 1, lett. a) cod. cons., pare indubbio che il legislatore abbia inteso prevedere una disciplina che fosse diretta a tutelarla, come dimostrano: le disposizioni in materia di fideiussione; l'art. 6, che individua il contenuto del preliminare ovvero di qualunque altro contratto che sia diretto al successivo acquisto della proprietà; l'art. 12, che istituisce il fondo di solidarietà per gli acquirenti di immobili da costruire, con cui si mira a tutelare l'acquirente e a proteggere il diritto costituzionalmente garantito di accesso al bene *casa*.

Diversa è invece la fideiussione prevista dall'art. 72-*bis*, co. 2 cod. cons. con riguardo ai contratti di multiproprietà aventi ad oggetto un alloggio in corso in costruzione, la quale è prevista a garanzia dell'ultimazione dei lavori, mentre una fideiussione analoga a quella di cui al d.lgs. n. 122/05 è preclusa dall'art. 75, che non consente il versamento di somme di denaro a titolo di acconto. Maggiore è la tutela riconosciuta dal legislatore francese all'acquirente di un immobile in corso di costruzione, a favore del quale è prevista una garanzia di completamento dei lavori e di rimborso: la prima presuppone che un istituto di credito abbia assunto l'obbligo di fornire i fondi a tal fine necessari; la seconda si fonda sulla stipula di una fideiussione che obbliga al rimborso dei versamenti effettuati dall'acquirente a titolo di acconto per l'acquisto del bene (D. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 629).

vendita. Allora, nel preliminare di vendita di immobile da costruire l'anticipazione del pagamento del prezzo non può essere considerata isolatamente, ma merita di essere valutata all'interno della complessa operazione economica voluta dalle parti. Individuata la presenza di interessi altri che valgono a giustificare causalmente la prestazione e, in particolare, quello di finanziamento della costruzione del bene che si acquisterà, una volta venuto ad esistenza, non si rende necessario quel salto logico che ci porta ad osservare con occhio critico il preliminare di vendita con effetti definitivi anticipati. Il collegamento tra il versamento del prezzo e il trasferimento persiste, nonostante quest'ultimo sia subordinato alla conclusione del definitivo, ma l'aggiunta di uno scopo ulteriore, previsto *ex lege*, ne ammette l'anticipazione³⁸¹.

Un'ultima notazione merita, infine, il disposto dell'art. 2775-*bis* c.c. La norma è stata introdotta dal legislatore³⁸² congiuntamente alla disposizione di cui all'art. 2645-*bis* sulla trascrizione del preliminare, e riconosce al promissario acquirente un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto, a tutela dell'adempimento dei crediti sorti per effetto della mancata esecuzione dell'obbligo di contrarre che discende dal preliminare trascritto³⁸³. I crediti cui fa riferimento la disposizione potrebbero ben riferirsi, a titolo esemplificativo, alla caparra confirmatoria consegnata al momento della conclusione del preliminare dal futuro acquirente che, in seguito all'inadempimento del futuro alienante, receda dal contratto e acquisti il diritto alla restituzione del doppio, *ex art.* 1385 co. 2 c.c.³⁸⁴, ma pure a quanto del prezzo sia stato pagato dal promissario acquirente: nulla che,

³⁸¹ La causa concreta è infatti divenuta uno strumento interpretativo per spiegare la complessità degli atti di autonomia privata, preservando l'unitarietà dell'operazione economica, come afferma E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 103.

³⁸² D.l. 21 dicembre 1996, n. 669, conv. nella l. 28 febbraio 1997, n. 30.

³⁸³ Tra le cause che possono impedire il perfezionamento della sequenza procedimentale, A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, p. 77, annovera: l'esercizio del diritto di recesso convenzionale, il recesso da caparra, il fallimento, il mutuo dissenso, l'inefficacia o l'invalidità originaria del contratto.

³⁸⁴ Il credito garantito, è stato osservato in dottrina (G. PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 158), ha natura restitutoria, avendo ad oggetto le somme già prestate, secondo quanto previsto dal contratto preliminare, mentre, afferma l'a., non vi rientrano i crediti di carattere risarcitorio che sorgono per il verificarsi dei comportamenti assunti dalle parti, mentre diversamente è previsto dalla Relazione al d.l. 669/96, che lo riferisce anche a questi ultimi.

fin qui, possa far propendere per il riconoscimento giuridico del preliminare con effetti *definitivi* anticipati. Ma la Relazione al d.l. n. 669/96 prevede che « la norma accorda, determinandone l'ordine, un privilegio speciale sull'immobile oggetto del contratto preliminare per tutti i crediti del promissario acquirente (essenzialmente: restituzione di quanto versato e risarcimento del danno), che abbiano titolo nella vicenda negoziale obbligatoria, non conclusasi per una qualunque ragione (ad esempio, risoluzione giudiziale o negoziale, mutuo, recesso) ». Non residuano più margini, allora, per osteggiare l'ingresso nell'ordinamento di questa fattispecie.

Col d.lgs. n. 122/05 e l'art. 2775-*bis* c.c. il legislatore ha dunque preso atto della prassi, oramai diffusa, di anticipare al preliminare le prestazioni del definitivo, ma ha ommesso di definirne la disciplina e la forma giuridica, limitandosi ad introdurre alcune norme settoriali, poste a tutela del promissario acquirente. Persiste in capo all'interprete, allora, il compito di provvedervi.

4. *Dubbi e perplessità intorno al "preliminare con effetti definitivi anticipati".*

La disputa che si è mossa intorno alla configurabilità del preliminare con effetti *definitivi* anticipati sorge in ragione delle difficoltà che la fattispecie pone nel giustificare l'esecuzione delle prestazioni di pagamento del prezzo e consegna del bene, tipiche della compravendita, nel momento in cui le parti, col preliminare, si obbligano alla sola conclusione di tale contratto, ovvero a *contrahere* e non a trasferire. La questione si inserisce all'interno della più ampia diatriba, di cui ci si è già occupati, relativa alla definizione del preliminare, che abbiamo ritenuto di risolvere accogliendo la tesi tradizionale – l'unica coerente con la disciplina vigente – per cui è tale il contratto che obbliga ad un contratto successivo, onde si tratta di verificare se il preliminare, che preveda effetti definitivi, possa essere ritenuto ancora tale o se occorra arrendersi all'idea che, così plasmato, detto contratto sia oramai stato trasformato in un definitivo di vendita, per cui debba cercarsi altrove la sua forma giuridica. Vale a tal riguardo la considerazione per cui un contratto potrà essere sussunto entro una fattispecie tipica ove ne presenti gli elementi costitutivi, diversamente dovrà prendersi atto della sua atipicità e valutare

dunque, ai sensi dell'art. 1322, co. 2 c.c., se l'interesse perseguito sia o meno meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, il che è indubbio quando per la realizzazione di quella stessa operazione economica il legislatore abbia previsto un contratto tipico o quando l'accertamento debba svolgersi con riguardo ad un contratto che abbia acquisito tipicità sociale, perché « nella stessa valutazione della meritevolezza dell'interesse, non può non influire la valutazione positiva che di quel tipo di atto, e dell'interesse che al tipo corrisponde, è stata data nella realtà sociale »³⁸⁵. Ma « non tutto quello che la realtà sociale stessa esprime, è in sé suscettibile di essere considerato rilevante o addirittura positivamente qualificabile »³⁸⁶: si tratta allora di accertare la risposta dell'ordinamento.

La giurisprudenza di legittimità, come abbiamo visto, è stata eccessivamente sbrigativa a tal proposito, relativamente al tema che ci occupa, limitandosi ad affermare che sia consentita all'autonomia privata l'anticipazione degli effetti del definitivo, ad eccezione del trasferimento della proprietà che dovrebbe pur sempre trovare fonte nel contratto di compravendita³⁸⁷. È noto che quest'ultimo rientra nel *genus* dei contratti sinallagmatici, i quali si connotano per il nesso di corrispettività che lega le prestazioni cui ciascuna parte è tenuta, trovando l'una giustificazione nell'altra, come chiaramente risulta dalla disciplina in materia di risoluzione³⁸⁸, ma

³⁸⁵ FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 224, le cui osservazioni ben si adattano al preliminare con effetti definitivi anticipati.

³⁸⁶ FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 223.

³⁸⁷ Ai fini tributari, invece, il preliminare con effetti definitivi anticipati è soggetto al pagamento dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), al pari del definitivo, seppure limitatamente al valore del prezzo corrisposto in via anticipata, perché il pagamento fa sì che l'operazione si consideri effettuata ai sensi dell'art. 6, co. 4 d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, pur non essendosi ancora prodotto l'effetto traslativo (cfr. A. LOMONACO-V. MASTROIACOVO, *I profili fiscali dei nuovi obblighi dei mediatori e la disciplina tributaria del contratto preliminare*, Studi del Consiglio Nazionale del notariato n. 13/2007/T, in *Studi e materiali CNN*, 2/2007, par. 4.3.). La soluzione è coerente con quella accolta dall'amministrazione finanziaria per la tassazione dei contratti di locazione, cui si accompagna l'obbligo reciproco di trasferire la proprietà della cosa, valendo i canoni pagati quale anticipazione del prezzo, come nella vendita con riserva della proprietà (M. ALLENA, *Il differimento dell'effetto traslativo dal diritto civile al diritto tributario*, in *Rent to buy*, cit., p. 148 ss.). Tuttavia, rileva MUSIO, *Il mercato immobiliare tra vecchi e nuovi schemi contrattuali*, cit., p. 9, ciò mina la capacità di tali contratti di soddisfare le esigenze dell'acquirente a distribuire nel tempo il peso economico dell'operazione di vendita, data l'incidenza che sul punto assume l'imposizione fiscale.

³⁸⁸ Perché, come spiega C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 794, « il principio di equivalenza delle prestazioni che presiede ai contratti sinallagmatici impone in corrispondenza l'estinzione dell'obbligazione o dell'effetto giuridico altro contrapposto all'obbligazione non adempiuta ».

quando le prestazioni di pagamento del prezzo e di consegna vengono anticipate, tale nesso risulta irrimediabilmente alterato, perché presupposto necessario per potersi preservare la corrispettività delle prestazioni è che queste discendano dalla medesima fonte, come avviene nella sequenza preliminare-definitivo, adottata nella sua forma pura, mentre nella forma del preliminare con effetti definitivi anticipati quest'ultimo diviene fonte del pagamento del prezzo e il definitivo fonte dell'effetto traslativo. D'altronde nel nostro ordinamento, in cui, com'è noto, vige il principio di causalità, non è ammissibile una prestazione che ne sia priva, il che impone di accertare quale sia la giustificazione sottesa all'esecuzione della prestazione di pagamento. Se tale obbligazione, in forza del disposto dell'art. 1470 c.c., trova la sua ragion d'essere nella controprestazione di trasferimento del diritto, data la natura sinallagmatica della fattispecie, allora anticiparla al preliminare, in un momento in cui il definitivo di vendita non sia ancora venuto ad esistenza, significa alterare l'ordine logico delle cose anticipando ciò che viene dopo (l'obbligazione di pagamento) a ciò che viene prima (il definitivo che è la fonte da cui tale obbligazione promana): l'autonomia privata incontra pertanto un limite ogni qual volta si esprima in senso contrario e tale limite trova la sua *ratio* nel principio di causalità. Ove non si rinvenga una causa idonea a giustificare la prestazione di pagamento del prezzo, questa si rivelerà quindi monca e in quanto tale indebita e suscettibile di ripetizione *ex art. 2033 c.c.* Se così è, allora non residua altra possibilità che riconoscere la fonte del pagamento del prezzo nel contratto preliminare, il quale ha a sua volta la natura di contratto con prestazioni corrispettive, per cui il nesso di sinallagmaticità si sposta e, fermo l'obbligo di pagamento, il suo corrispondente diviene l'obbligo di contrarre³⁸⁹, dalla cui esecuzione discenderà l'effetto traslativo. Lo spostamento all'indietro di una delle principali prestazioni della vendita riduce dunque tale contratto a mero atto di

³⁸⁹ Non si può ritenere tale la consegna, perché questa, che pur sarebbe la scelta più plausibile per mantenere inalterato il rapporto preliminare-definitivo di vendita, presuppone l'espressa determinazione della parte di prezzo prevista quale corrispettivo per l'anticipato godimento del bene, secondo il modello del *rent to buy*. In sua assenza ci pare più coerente con la volontà delle parti, in base alla quale il contratto deve essere interpretato (art. 1362), ritenere che l'eventuale consegna del bene sia concessa gratuitamente, mentre il pagamento del prezzo è rivolto ad ottenere la conclusione del contratto di vendita.

trasferimento della proprietà perché, al momento della sua conclusione, il pagamento del prezzo sarà già avvenuto in tutto o in parte³⁹⁰, mentre è evidente che così non volle il legislatore, come risulta dalla disciplina in materia di compravendita, la quale trova conferma nel disposto dell'art. 2932, co. 2 c.c. che detta una disciplina *ad hoc* con riguardo all'ipotesi in cui il definitivo non concluso abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà, enunciando che « la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile ». L'enunciato normativo evoca la norma sull'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e testimonia la volontà di preservare, anche in sede processuale, il nesso di sinallagmaticità che correla le prestazioni del definitivo,

³⁹⁰ Ma è configurabile un'alternativa al soddisfacimento dell'interesse delle parti mediante l'anticipazione dell'obbligo di pagamento: il deposito del prezzo presso il notaio dal quale le parti si recano per la conclusione del preliminare che, al momento del definitivo, provvederà alla consegna della somma al suo destinatario. Si tratta di un'ipotesi diversa da quella introdotta dalla l. 17 dicembre 2013, n. 147, art. 1, co. 63 ss., perché mentre quest'ultima si riferisce al caso in cui le somme consegnate siano dovute in forza del contratto che si conclude, quella che qui si ipotizza attiene al deposito di quanto dovrà pagarsi con la conclusione del definitivo. Le parti potranno dunque concludere un contratto di deposito fiduciario avente ad oggetto la consegna di una somma che un soggetto terzo – il notaio – dovrà corrispondere a quella che ne risulterà destinatario, ma la scelta del legislatore di disciplinare tale ipotesi, omettendo ogni riferimento alla contrattazione preliminare, è stata avvertita dalla dottrina [G. AMADIO, *Prime osservazioni sul "deposito prezzo" (legge 27 dicembre 2013, n. 147)*, in *Riv. not.*, 2014, p. 691] come « la lacuna più vistosa nel meccanismo di tutela della circolazione che il deposito del prezzo intende rappresentare » ed invero così è. Essendo oramai divenuto consueto il ricorso alla sequenza preliminare-definitivo e, tanto più, al preliminare con effetti definitivi anticipati sarebbe stato infatti opportuno prevedere e disciplinare anche il deposito del prezzo al momento della conclusione del preliminare, in vista del successivo definitivo (il problema se possa applicarsi nel caso di specie la disciplina di cui alla l. n. 147/2013 è risolto positivamente da C. ANGELICI, *In tema di «deposito prezzo»*, in *Riv. not.*, 2014, p. 664 ss.). Al di là di ciò, è indubbia l'utilità offerta dal deposito del prezzo, che assolve ad una funzione di garanzia (da ultimo rafforzata dall'art. 1, co. 142 ss. della l. n. 24/2017, la quale ha introdotto l'obbligo per il notaio di ricevere il deposito del prezzo, se richiesto da uno dei contraenti), soddisfacendo in pari tempo l'interesse del futuro alienante contro il rischio del mancato pagamento, e del futuro acquirente, il quale riceverà nuovamente la somma corrisposta, ove il definitivo non si concluda (R. LENZI, *Deposito fiduciario e funzione di garanzia*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 97; F. TOSCHI VESPASIANI, *Il commento*, in *Contr.*, 2009, p. 994). È quanto avviene anche negli ordinamenti di matrice anglosassone, dove si è soliti accompagnare la conclusione di un contratto di vendita di bene immobile ad un *escrow agreement*, mediante il quale il prezzo da pagare viene consegnato ad un terzo depositario affinché lo custodisca per poi darlo alla persona designata, che ne acquista la proprietà. Al pari del deposito del prezzo, dunque, gli *escrow agreements* costituiscono un modo escogitato dall'autonomia dei privati al fine di garantire il buon esito dell'operazione economica voluta (v. P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust e att. fid.*, 2012, p. 366 s., il quale ne ricorda l'uso diffuso in collegamento alla conclusione di un contratto preliminare).

come è stato chiarito anche dalle Sezioni unite³⁹¹, secondo cui « la sentenza che dispone l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *ex art. 2932 c.c.*, produce i propri effetti solo dal momento del passaggio in giudicato; ne consegue che [...] l'obbligo di pagamento in capo al promissario acquirente non diventa attuale prima dell'irretrattabilità della pronuncia giudiziale, essendo tale pagamento la prestazione corrispettiva destinata ad attuare il sinallagma contrattuale ». Ciononostante è la stessa giurisprudenza di legittimità che, pronunciata sul preliminare con effetti definitivi anticipati, spezza quel sinallagma che, invece, pareva essere orientata a garantire nell'ultima decisione ricordata³⁹².

Al di là delle critiche che abbiamo sollevate alla tesi che vuole scindere la vendita in *titulus e modus acquirendi*, occorre prendere atto che questa risulta la soluzione più coerente per spiegare la figura del preliminare con effetti definitivi anticipati³⁹³. Ebbene, accogliendo tale orientamento, non può sottacersi che nulla è

³⁹¹ Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059; da ult. Cass., 3 maggio 2016, n. 8693. Nonostante l'art. 2932, co. 2 c.c. preveda, come dicevamo nel testo, che l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto con effetti reali sia subordinato alla esecuzione della prestazione che grave sulla parte attrice ovvero alla sua offerta nei modi previsti dalla legge (salvo il caso in cui non sia ancora esigibile), la giurisprudenza ha trasformato questa da condizione per l'accoglimento della domanda giudiziale – come risulta *ex lege* – in condizione per la produzione dell'effetto traslativo ed eventuale rilascio dell'immobile, disposti mediante sentenza. La giurisprudenza, infatti, è granitica nel ritenere che l'art. 282 c.p.c., in forza del quale « la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti », non si applichi alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c. per la sua natura costitutiva e non esecutiva. Pertanto, posto che l'effetto traslativo si produrrà solo col passaggio in giudicato della sentenza, anche l'obbligo di pagamento del prezzo sarà subordinato a tale momento.

³⁹² Il disposto dell'art. 2932, co. 2 c.c., sarà dunque destinato a trovare applicazione residuale, limitatamente alle ipotesi in cui il preliminare abbia forma c.d. pura, in contrasto con la volontà del legislatore che a tale norma ha inteso riconoscere portata generale.

³⁹³ Volendo accogliere la tesi secondo cui il contratto non deve essere considerato in sé e per sé, ma alla luce dell'operazione economica nel suo complesso, perché « la pluralità e diversità degli interessi sottostanti l'atto di autonomia non si esauriscono a volta in un singolo e unitario contratto, ma, caratterizzando in concreto la funzione perseguita dall'atto di autonomia privata, rendono necessario che tale complessità si esprima nell'unità formale dell'operazione economica » (E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., p. 93). Come abbiamo visto, infatti, ogni altra ricostruzione si mostra incapace di rappresentare nel suo complesso l'operazione economica voluta dalle parti e, pur sforzandosi di mantenerne l'unità, finisce col frammentare in contratti diversi e difficilmente applicabili quello che le parti hanno disegnato come un unico contratto, piegato alla realizzazione di un'unica operazione economica ovvero, come la definisce E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 95, a quella sequenza unitaria e composita che comprende sia il regolamento sia la situazione oggettiva nella quale si colloca il complesso di regole previsto dalle parti e gli altri comportamenti.

residuato del preliminare e del definitivo, onde sarebbe un'inutile forzatura continuare a parlarne nascondendo la reale natura dei due negozi che, per il solo fatto di essere collegati e in successione tra loro³⁹⁴, non possono qualificarsi tali. Seppure col preliminare le parti programmino già l'operazione economica voluta, obbligandosi a realizzarla con la conclusione del definitivo, i due contratti mantengono una loro autonomia quanto a struttura ed effetti, non assumendo alcuna influenza sul punto la scelta dello schema di formazione del consenso che si è inteso adoperare. Secondo tale ricostruzione, alla quale riteniamo di aderire, la sequenza preliminare-definitivo configura un *iter* composto di più atti coordinati, i quali concorrono alla determinazione dell'atto finale³⁹⁵, pur senza assumere quel ruolo di graduale integrazione della fattispecie che connota la formazione successiva³⁹⁶. Il preliminare, dunque, segna l'inizio della formazione del contratto definitivo, che è l'atto finale alla cui conclusione le parti mirano, ma non integra la fattispecie del definitivo, da cui resta formalmente e sostanzialmente distinto³⁹⁷. La commistione che sorge tra i due quando alcune delle prestazioni che discendono dall'uno vengono anticipate all'altro richiede che la fattispecie venga considerata nella sua unitarietà, all'interno di un procedimento di formazione progressiva³⁹⁸ che ha inizio col preliminare, il quale contiene già gli elementi essenziali per la

³⁹⁴ V. RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999, p. 112.

³⁹⁵ G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 3.

³⁹⁶ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 190 s.; S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, p. 13. La progressività della formazione implica, infatti, secondo quanto afferma N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 846, il differimento dei suoi effetti, orientamento che se non ci pare meritevole di accoglimento con riguardo al rapporto tra preliminare (nella sua forma pura) e definitivo, in ragione dell'autonomia tra le due fattispecie, può accogliersi qualora il preliminare divenga esso stesso fonte delle prestazioni che discendono dal definitivo.

³⁹⁷ RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, cit., p. 84.

³⁹⁸ Così ritiene F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio, contratto di coordinamento*, in *Enc. giur.*, X, p. 167.

produzione dell'effetto giuridico³⁹⁹, e termina col definitivo⁴⁰⁰. La diversa natura giuridica che i due atti assumono in tal caso richiede una rideterminazione dei loro rapporti, per definire la quale appare utile procedere ad una comparazione col modello di vendita tedesco. Quest'ultimo, lo abbiamo già ricordato⁴⁰¹, è il frutto della combinazione di un primo contratto, che funge da *titulus acquirendi*, ovvero da fonte dell'obbligo di alienare e di pagamento del prezzo, e di due negozi successivi, mediante i quali tali prestazioni sono adempiute: l'uno trasferisce la proprietà del bene, l'altro del corrispettivo dovuto per l'acquisto⁴⁰², in ossequio alla nozione di obbligazione di dare che « vuol dire far avere una cosa *nostra*: nel campo giuridico, far avere un diritto *nostro*, inteso il fenomeno nel senso lato di successione traslativa o costitutiva »⁴⁰³. Benché tali negozi siano posti in essere in esecuzione dell'obbligo che sorge dal contratto di vendita, per effetto del principio dell'*Abstraktionsprinzip*, questi conservano la loro validità ed efficacia a prescindere dall'esistenza di un valido ed efficace titolo d'acquisto, venendo a

³⁹⁹ CARNELUTTI, *Formazione progressiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 9. Coerentemente alla nozione di fattispecie quale insieme di tutti gli elementi necessari e sufficienti al prodursi di un determinato effetto giuridico [P.G. MONATERI, *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 224; DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, cit., p. 841; A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, p. 928, 938, il quale individua gli elementi del contratto nel contenuto, nella forma, nella funzione, precisando che essi costituiscono non parti, ma profili dai quali essa viene considerata nel suo complesso].

⁴⁰⁰ Diversamente, in base alla tesi dapprima richiamata nel testo, la fattispecie del preliminare è già completa di tutti i suoi elementi e produttiva di effetti, quella del definitivo non lo è ancora. Il rischio insito nell'aderire all'orientamento opposto consiste nell'affermare che alcuni tra gli effetti del definitivo, se compatibili con gli elementi di quest'ultimo già indicati nel preliminare, possano prodursi prima della sua conclusione, come avviene, appunto, con la vendita con effetti definitivi anticipati. Intende diversamente l'espressione "formazione progressiva", CARNELUTTI, *Formazione progressiva*, cit., p. 11, il quale la riferisce alla possibilità delle parti di completare il regolamento contrattuale accordandosi su quegli elementi della fattispecie che, in quanto non essenziali, sono stati lasciati in sospeso dai contraenti che, col preliminare, hanno inteso pertanto vincolarsi alla conclusione dell'affare, riservandosi di determinare i punti non essenziali del contratto al momento della stipula del definitivo. Rispetto a tali affermazioni non esprimiamo il dissenso che abbiamo pronunciato con riguardo alle tesi di altri autori, perché CARNELUTTI ci pare riferisca la "formazione progressiva" al solo regolamento contrattuale, nella cui determinazione può senz'altro esservi una progressione, e non alla fattispecie "contratto", dei cui effetti difatti l'a. non fa parola.

⁴⁰¹ Si rinvia sul punto al cap. I, par. 5.

⁴⁰² P. GALLO, *Transfer of Ownership and Preliminary Agreement*, in *The Italian Law Journal*, 2016, p. 314 s.; F. FERRARI, *Principio consensualistico ed Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 895; M. PERINI, *Compravendita, trasmissione del diritto di proprietà, consenso e consegna del bene in diritto comparato*, in *Vita not.*, 2007, p. 1413.

⁴⁰³ G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, p. 63.

configurare una fase autonoma dell'*iter* che conduce al prodursi dell'effetto traslativo⁴⁰⁴. Se ne ricava che la fattispecie di vendita può comporsi dei soli negozi di adempimento: il *modus* assorbe il *titulus* e diviene l'unico elemento necessario per il trasferimento della proprietà. Nel nostro ordinamento, invece, pur ammesso che la successione preliminare con effetti anticipati e compravendita riproduca l'antica scissione tra *titulus* e *modus*, l'adempimento dell'obbligo di pagamento del prezzo non richiede il compimento di un atto successivo, come previsto nell'ordinamento tedesco, ma deve essere adempiuto nei modi e nei tempi previsti dal contratto e in forza del medesimo, diversamente da quanto vale per l'esecuzione dell'obbligo di trasferire. Tali osservazioni consentono di comprendere il modo in cui si struttura l'operazione di vendita, rimodellata nei termini suddetti; infatti, posto che il pagamento avviene in base al primo contratto e che da esso discende in pari tempo l'obbligo di esecuzione del contratto di alienazione, deve ammettersi che si è in presenza di una fattispecie a formazione successiva perché il *modus acquirendi* non è capace di resistere isolatamente, necessitando di un valido ed efficace *titulus* che lo sorregga⁴⁰⁵. Viene così recuperata l'unitarietà della fattispecie, superando le difficoltà che emergono sul piano logico – prima ancora che giuridico – nell'ammettere l'esecuzione di una prestazione (il pagamento del prezzo) che promana da una fonte non ancora esistente: è l'insieme di tali atti, considerati in successione tra loro e avvinti dal nesso di derivazione da un'unica fonte, che conduce al compimento dell'affare voluto⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ RAJNERI, *Il principio consensualistico*, cit., p. 435.

⁴⁰⁵ Nonostante nel diritto tedesco non operi il principio consensualistico né quello di causalità, quanto detto vale anche per questo ordinamento, poiché il *modus* non accompagnato dal *titulus* innesca un obbligo di restituzione.

⁴⁰⁶ Chiarisce R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, p. 53, 75, distinguendo tra formazione progressiva e procedimento, che nella prima l'insieme degli atti è un'unità non meramente concettuale ma giuridica, in quanto fonte unitaria dell'effetto, in cui si « assume già verificato quell'incontro di volontà sul quale si fonda il nucleo del 'rapporto fondamentale' che [...] condurrà alla formazione definitiva dalla quale origineranno i c.dd. effetti finali »; nel secondo, ove pur sempre si assiste ad una sequenza di atti, l'efficacia dell'operazione si riduce all'ultimo tra questi. Nonostante i dubbi che nutriamo rispetto alla possibilità di trasporre la categoria pubblicistica del procedimento nel diritto civile, le parole dell'a. consentono di cogliere il diverso che sussiste tra la vendita tedesca e quella italiana pur quando entrambe derivino dal *titulus* e dal *modus*: nella prima tutto si riduce al *modus*, sicché il diritto dei rapporti obbligatori e quello delle cose non si fondono in un unico contratto con effetti reali [E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 33, nt. 65, rileva a tal proposito che nei rapporti *inter partes* è impedito a chi abbia acquistato in base ad un negozio di

Risulta dunque mutato il rapporto tra i due contratti⁴⁰⁷, a riprova della diversa natura che ciascuno di essi assume, per cui « si ha, per così dire, una vendita inclusa in un procedimento »⁴⁰⁸ ove il preliminare si trasforma in contratto di vendita, ma con effetti obbligatori, e il definitivo in un negozio con causa esterna⁴⁰⁹, il che non elimina però le difficoltà rappresentate dal garantirne la coerenza all'interno del sistema, tutto orientato verso il principio consensualistico, una volta che sia stata introdotta la vendita obbligatoria in senso tecnico, seppure travestita da preliminare con effetti *definitivi* anticipati. Se questa è la forma giuridica meglio in grado di spiegare la fattispecie, allora è al suo interno che devono trovare giustificazione l'anticipata consegna del bene e il pagamento del prezzo⁴¹⁰. Preme allora precisare in forza di quale titolo il futuro acquirente abbia la disponibilità materiale del bene, dato il rilievo che ciò assume ai fini dell'acquisto della proprietà per usucapione *ex art. 1158 e 1159 c.c.*: se il promissario acquirente, al quale sia stato consegnato il bene e che abbia pagato anticipatamente tutto o una parte del prezzo, debba riconoscersi possessore, deve ritenersi che, qualora il definitivo non fosse concluso,

alienazione non sorretto da un *titulus* di conservare l'acquisto, obbligandolo alla restituzione in natura e, ove non più possibile, per equivalente (p. 35)]; nella seconda invece i due atti si combinano tra loro e meritano di essere considerati nella loro unitarietà, come già è nell'ordinamento svizzero e austriaco. In caso di errore sulla causa, infatti, mentre il sistema tedesco ammette ugualmente il trasferimento della proprietà, salvo il diritto di agire attraverso un'azione personale di arricchimento, quello austriaco che, al pari del nostro, accoglie il principio causalistico, lo nega, come osservato da R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1971, p. 528.

⁴⁰⁷ Come meglio si dirà nel cap. III, il preliminare si connota per la sua peculiare natura di schema di formazione del consenso e contratto, il che non toglie tuttavia che sia già perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi – come impone la natura stessa di contratto – seppure, in quanto schema di formazione del consenso, l'operazione economica voluta dalle parti si realizzerà con la conclusione del definitivo. E infatti, come afferma G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale « per relationem »*, in *Saggi di diritto civile*², Rimini, 1993, p. 224, occorre riconoscere « pieno valore e autosufficienza al contratto preliminare che è contratto vero e proprio. Il fatto che esso sia posto in essere in posizione strumentale rispetto al contratto definitivo, non esclude la sua natura di contratto ».

⁴⁰⁸ LENER, *Contratto « preliminare », esecuzione anticipata del « definitivo » e rapporto intermedio*, cit., c. 672.

⁴⁰⁹ CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 43, nt. 18, critico rispetto alla ammissibilità del preliminare con effetti definitivi anticipati, prospettava tale ipotesi come « la più coerente con l'intero sistema della trascrizione », allorché questa fosse stata prevista, com'è in seguito avvenuto.

⁴¹⁰ Secondo la ricostruzione da noi accolta, per cui il preliminare con effetti definitivi anticipati dovrebbe qualificarsi quale contratto misto e non collegato, tale prestazione non può considerarsi isolatamente in base al contratto di comodato, ma deve essere valutata all'interno dell'operazione economica voluta dalle parti, preservando l'unitarietà che queste hanno inteso riconoscergli.

egli possa acquistare la proprietà del bene per effetto del possesso continuato per venti o dieci anni, se ricorrano gli elementi costitutivi della fattispecie dell'usucapione abbreviata; ove dovesse ritenersi detentore qualificato, invece, a nulla varrà il protrarsi nel tempo della disponibilità materiale della cosa ai fini dell'acquisto.

Il *discrimen* tra detenzione e possesso merita di essere individuato nell'elemento soggettivo perché, come dispone l'art. 1140 c.c., il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale e presuppone in capo al possessore la volontà di comportarsi come se fosse titolare di tale diritto e di escludere i terzi dall'esercizio del medesimo. Ma se il preliminare con effetti definitivi anticipati, che pur si voglia riconoscere quale *titulus acquirendi*, necessita di un atto successivo perché si produca l'effetto traslativo, la consegna della cosa, prima di tale momento, non potrà che trovare giustificazione nell'acquisto di un diritto personale di godimento in virtù del quale, al pari di quanto avviene nella locazione o nel comodato, il promissario acquirente detiene, ma non possiede. Affinché la detenzione si converta in possesso sarà infatti necessaria, ai sensi dell'art. 1141 c.c., l'*interversio possessionis*, la quale nel caso di specie consegnerà alla conclusione del contratto di vendita, con cui si acquista la proprietà della cosa⁴¹¹. Prima di tale momento,

⁴¹¹ Ciò avviene mediante la consegna *brevi manu*, la quale presuppone da una parte la rinuncia al possesso dal possessore mediato, dall'altra l'assunzione dell'*animus* di proprietario dal detentore originario (R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*, Milano, 2014, p. 219): muta dunque l'elemento soggettivo, permane invariato l'elemento oggettivo. La giurisprudenza è granitica sul punto e, anche di recente (Cass., 26 settembre 2018, n. 23078), ha avuto modo di chiarire che al fine di verificare se vi sia detenzione o possesso rileva l'elemento psicologico del soggetto e « accertare se la convenzione sia un contratto con effetti reali ovvero sia un contratto con effetti obbligatori, come nel caso del preliminare pur se con effetti anticipati, in quanto solo nel primo caso, e non anche nel secondo, il contratto è idoneo a determinare l'«animus possidendi» nell'indicato soggetto ». Non può tantomeno accogliersi la tesi, avanzata in dottrina ma respinta dalla Cassazione, secondo la quale il preliminare con effetti definitivi anticipati trasferisce il possesso del bene (P. PETRONE, *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1059 s.), poiché si tratta di una situazione di fatto che, in quanto tale, non è suscettibile di circolare autonomamente, ma si accompagna sempre al trasferimento di un diritto reale (SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 223) che, come detto, non si acquista per effetto del solo preliminare, seppure con effetti anticipati. Il fatto che la consegna sia talvolta prodromica rispetto al trasferimento della proprietà non consente di ritenere diversamente per il solo fatto che dipenda dal medesimo titolo da cui deriverà l'effetto traslativo (come nella vendita con riserva della proprietà) o da un titolo ad esso collegato (come nel preliminare con effetti definitivi anticipati),

dunque, non matura il termine utile per l'usucapione, seppure ciò possa sembrare iniquo nell'eventualità in cui il promissario acquirente abbia pagato per intero il prezzo dovuto ma il definitivo non sia stato concluso e, *medio tempore*, si sia continuato a godere del bene per un periodo pari a vent'anni, secondo quanto richiesto dall'art. 1158 c.c. ai fini dell'acquisto a titolo originario della proprietà⁴¹².

La dottrina si è interessata di un'ipotesi per certi versi analoga a quella di nostro interesse, in materia di vendita con riserva della proprietà (art. 1523 ss. c.c.), in cui, com'è noto, l'effetto traslativo è differito al pagamento dell'ultima rata di prezzo, mentre la cosa è consegnata all'acquirente anticipatamente rispetto a tale momento, al pari di quanto è solito avvenire nel preliminare con effetti definitivi anticipati. Anche con riguardo a tale fattispecie ci si è domandati se l'acquirente dovesse essere qualificato come possessore o detentore qualificato del bene: se inizialmente si è optato per la seconda, in seguito è prevalsa la prima tesi. Se « il possesso, ci viene insegnato, è disciplina della signoria di fatto del privato *ne cives ad arma veniant* »⁴¹³, si tratta di verificare se il compratore, fino al pagamento dell'ultima rata, versi in una situazione analoga a quella del conduttore, nonché, come abbiamo detto, del promissario acquirente, o se, diversamente, egli sia titolare di una posizione di diritto reale.

Luigi Mengoni rinviene quest'ultima nell'« aspettativa reale » o nel « diritto reale di aspettativa », concetto elaborato dalla dottrina tedesca che si identifica nella « aspettativa tutelata *come tale*, cioè attualmente, nei confronti dei terzi, e quindi qualificata come diritto reale »⁴¹⁴. Ma vi è di più. Tale situazione giuridica,

né potrebbe ammettersi una vendita del possesso (G. OBERTO, *Vendita di cose e vendita di diritti nell'art. 1470 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 513).

⁴¹² Ma, come afferma L. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, cit., p. 208, al fine di accertare l'idoneità del negozio al trasferimento della proprietà, occorre risalire al rapporto obbligatorio che le parti indicano quale *causa solutionis*, che concorre, insieme al negozio esecutivo, a integrare la *iusta causa*. Se ciò vale a proposito del preliminare con effetti definitivi anticipati, diversamente deve ritenersi qualora sia stato concluso un preliminare c.d. puro, qui il contratto traslativo è idoneo *ex se*, indipendentemente dalla validità del preliminare (MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 209), e ciò in ossequio alla tesi secondo cui i due contratti conservano una loro autonomia e indipendenza, nonostante il nesso di collegamento.

⁴¹³ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 112.

⁴¹⁴ MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, cit., p. 189, testo e nt. 21. In senso conforme, v. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 958; R. CALVO, *Situazioni di appartenenza e garanzia nella riserva di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 872 s.

oggi, non può più ritenersi isolata alla sola vendita con riserva della proprietà perché, come è stato affermato in autorevole dottrina⁴¹⁵, è titolare di un'aspettativa reale anche il conduttore e futuro acquirente del contratto di *rent to buy*, il quale possiede il bene in funzione della sua futura acquisizione⁴¹⁶. Nelle due ipotesi considerate residuerebbe, peraltro, il problema – in realtà solo apparente – di tipicità dei diritti reali, il quale però, ci è stato insegnato⁴¹⁷, funge da limite

⁴¹⁵ F.SCA BENATTI, recensione a A. ALBANESE-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, Torino, 2016, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 687. Ritiene diversamente, invece, MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 6, secondo il quale il conduttore è titolare di un mero diritto personale di natura obbligatoria e non reale, argomentando alla luce dell'espresso richiamo introdotto dal legislatore all'art. 2643, n. 8 c.c., sulla trascrizione del contratto di locazione ultranovennale. F.SCA BENATTI, *Ibidem*, nell'intento di qualificare la situazione giuridica soggettiva del conduttore, richiama quella, nota all'ordinamento tedesco (seppure limitatamente ai beni mobili), della *Gewere*, definita da O. v. Gierke, rimembrando MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, cit., p. 43: « il rapporto esteriore della persona con la cosa riconosciuto dall'ordinamento giuridico come forma di manifestazione di un diritto di signoria sulla cosa ». Esula da tale nozione l'importanza dell'*animus* ai fini della distinzione tra possesso e detenzione, perché questa precede lo sviluppo di tali concetti ed esprime « il diritto al possesso, inteso come “diritto reale formale”, indipendente dalla titolarità sostanziale e termine di riferimento esclusivo della tutela processuale. La *Gewere* è dunque la forma esteriore e indifferenziata del diritto sulla cosa, materializzata nella disponibilità fisica ». Seppure non ci paia possibile prospettare il trapianto nel nostro ordinamento di una situazione giuridica analoga alla *Gewere*, il che cozzerebbe con il sistema ove non è ammessa una figura di mezzo tra il possesso e la detenzione, sollevando altresì dei problemi sotto il profilo della disciplina applicabile (in particolare ai fini dell'acquisto della proprietà o di altro diritto reale), il richiamo ad essa, in una prospettiva comparatistica, risulta pertinente perché consente di cogliere le peculiarità della posizione giuridica del conduttore nel *rent to buy* che, afferma BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 689, si differenzia dalla *Gewere* perché in questa la signoria sul bene è attuale, nel nostro caso, invece, « può avvenire in un futuro non immediato, e pertanto sussiste una situazione di aspettativa all'acquisto della proprietà in capo al “conduttore” ».

⁴¹⁶ Seppure l'art. 23, co. 3, d.l. 133/2014, conv. l. n. 162/2014, preveda l'applicabilità degli art. 1002-1007, 1012 e 1013 c.c., in materia di usufrutto, il legislatore non ha inteso riconoscere in capo al conduttore la titolarità di questo diritto, come risulta dal rinvio a disposizioni specifiche nonché dalla clausola di compatibilità, ma ha inteso definire alcuni profili che, in vista del futuro trasferimento della proprietà [esito che, seppure non certo, connota l'operazione economica nella sua interezza), è parso più opportuno disciplinare secondo le norme richiamate – garanzia, spese, riparazioni, rovina, usurpazione e spese per le liti – in ossequio alla disciplina dell'usufrutto e non della locazione (nel medesimo senso, CALVO, *I contratti di godimento preordinati alla vendita immobiliare (rent to buy)*, cit., p. 80, che giustifica in particolare il rinvio all'art. 1012, co. 2, c.c. in ragione della vocazione traslativa che connota la fattispecie (p. 82)]. Ciò denota una certa consapevolezza rispetto all'influenza che il godimento di un bene in prospettiva del futuro trasferimento possa avere rispetto alla natura del diritto di cui è titolare il conduttore.

⁴¹⁷ MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 190; A. ALBANESE, *La riserva della proprietà nella vendita immobiliare, in particolare con riguardo ai rapporti tra coniugi e tra coeredi*, in *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, a cura di A. Albanese e S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 137; ID., *La vendita con riserva della proprietà*, in *Tratt. dei contratti*, dir. da V. Roppo, I, Milano, 2014, p. 481 ss., il quale spiega che l'atipicità del diritto acquistato dal compratore nella vendita a rate discende dal fatto che egli, pur non essendone ancora proprietario, gode e dispone del bene entro i limiti che sono impressi dalla riserva della proprietà a garanzia del

dell'autonomia privata rispetto alla creazione di diritti reali atipici⁴¹⁸, ovvero non riconducibili ad uno schema normativo prestabilito, mentre non preclude al legislatore la possibilità di introdurne di nuovi e all'interprete, ove non ve ne sia una previsione espressa⁴¹⁹, di riconoscere i tratti caratteristici di « un nuovo tipo di diritto reale » in uno schema legale, qual è il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Generalizzando la disciplina dettata in materia di preliminare di vendita di immobili da costruire quale ipotesi tipica di preliminare con effetti definitivi anticipati, può affermarsi che anche con riguardo a questa fattispecie sussista un appiglio normativo da cui poter dedurre il riconoscimento in capo al promissario acquirente di una situazione soggettiva di diritto reale⁴²⁰, parimenti a quanto rilevabile nella vendita con riserva della proprietà⁴²¹ e nel *rent to buy*⁴²², essendo queste preposte al soddisfacimento di

venditore. Il venditore, peraltro, conserva la proprietà del bene ma non può disporne, alienandolo a terzi, in quanto l'effetto traslativo è destinato a prodursi automaticamente per effetto del pagamento dell'ultima rata. Il venditore è dunque l'unico legittimato ad agire per l'esercizio delle azioni petitorie di cui agli art. 948 ss. c.c.; mentre il compratore può disporre della situazione soggettiva di cui è titolare cedendo a un terzo il suo diritto di divenire proprietario della cosa. Su di lui gravano inoltre: il rischio del perimento fortuito, gli oneri di manutenzione e la conservazione del bene, strumentale all'eventuale restituzione.

⁴¹⁸ Non può argomentarsi diversamente dal disposto dell'art. 1322 c.c., in ragione della limitazione che la libertà contrattuale subirebbe con riguardo, in particolare, ai contratti con effetti reali, ove non fosse consentita la creazione di diritti reali atipici perché, come espressamente enunciato dal medesimo articolo, il potere di autonomia privata incontra dei limiti, posti a tutela di interessi di rilevanza pubblicistica e, pertanto, destinati a prevalere rispetto a quelli privatistici delle parti ed è indubbio che tra tali limiti debba annoverarsi il principio di tipicità dei diritti reali, come sostiene COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 129. I due campi del diritto che vengono presi in considerazione (diritti reali e contratti) necessitano infatti di essere considerati l'uno separatamente dall'altro per i diversi principi che li governano e i diversi interessi in gioco (così G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 952, 972 s.).

⁴¹⁹ E infatti, spiega MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, cit., p. 190, la nozione di diritto reale tipico non può farsi coincidere con quella di diritto reale nominato, potendo ammettersi l'esistenza, all'interno del sistema, di diritti reali innominati ma tipici, che tali sono perché espressi da strutture normative tipiche.

⁴²⁰ R. CALVO, *Contratto preliminare*, sub art. 1351, in *Comm. c.c.*, dir. da P. Schlensiger-F.D. Busnelli, Milano, 2016, p. 24, 26.

⁴²¹ Anche nel preliminare con effetti definitivi anticipati è possibile riscontrare quella « separazione tra titolarità del bene e godimento dello stesso, (che) dà origine a una situazione di fatto e di diritto » e da cui discendono possibili conflitti tra le parti e i terzi, al pari di quanto rilevato dalla dottrina in relazione alla vendita con riserva della proprietà (ALBANESE, *La vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 485).

⁴²² Rispetto al *rent to buy* tale simiglianza risulta in modo ancor più evidente, perché la nuova fattispecie si configura come un contratto misto di locazione con preliminare di vendita, come chiaramente risulta dalla doppia imputazione del canone quale corrispettivo per il godimento della cosa e anticipazione del prezzo. D'altronde, come intuisce MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 7, se la doppia imputazione non vi fosse si sarebbe al di fuori del *rent to buy* e si

esigenze pratiche analoghe a quelle che si accompagnano alla conclusione di questa *species* di preliminare⁴²³.

Seppure, lo abbiamo visto, il legislatore abbia provveduto a seminare sul terreno giuridico il germe del preliminare con effetti definitivi anticipati, la *lacuna legis* non può dirsi colmata. Questa si riflette, in particolare, in materia di trasferimento dei rischi, materia governata dal principio *res perit domino*, rinvenibile nell'art. 1465 c.c. tra le disposizioni dedicate alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta di un contratto con effetti traslativi, in forza del quale il rischio derivante dal perimento o deterioramento della cosa grava su colui che ne

rientrerebbe nel preliminare con effetti definitivi anticipati. Il *discrimen* tra i due è affidato al fatto che nel primo il pagamento non vale esclusivamente quale anticipazione del prezzo di vendita rispetto al trasferimento della cosa, diversamente da quanto avviene nel secondo, salva un'espressa volontà in senso contrario. Ma occorre mettere in luce un ulteriore aspetto. Mentre nel *rent to buy* il locatore si obbliga a vendere, il conduttore conserva il diritto di valutare se acquistare o meno la cosa, per cui il preliminare, che si innesta all'interno della fattispecie, è unilaterale, mentre nel preliminare con effetti definitivi anticipati di regola le parti assumono un'obbligazione reciproca di contrarre, per cui nel primo l'effetto traslativo è possibile ma non certo, mentre tale è nel secondo, onde se la disponibilità materiale del bene in funzione della sua futura acquisizione induce a ritenere che il conduttore sia titolare di un'aspettativa reale, *a fortiori*, per le ragioni anzidette, dovrebbe ritenersi nel preliminare con effetti definitivi anticipati. Permane tuttavia il limite invalicabile della tipicità dei diritti reali, non superabile se non in presenza di un appiglio normativo certo, come avvenuto nella vendita con riserva della proprietà e nel *rent to buy*, seppure anche in tal caso si abbia quella dicotomia tra situazioni reali e obbligatorie che rende incerta la qualificazione della posizione giuridica (lo rileva, con riguardo al *rent to buy*, VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, cit., p. 339).

⁴²³ Una volta che il preliminare con effetti definitivi anticipati abbia avuto ingresso nell'ordinamento, ci si deve arrendere all'idea che questo introduca sotto mentite spoglie una vendita obbligatoria in senso tecnico, la quale esula *in toto* dalle regole di circolazione dei diritti volute dal legislatore. Il problema della situazione giuridica del promissario acquirente, a noi sconosciuto, è noto nell'ordinamento tedesco, ove la vendita è scissa in *titulus* e *modus*, che lo risolve nel senso della titolarità in capo all'acquirente – non ancora proprietario – di una aspettativa reale. Anche negli ordinamenti di *common law*, la questione è stata oggetto di attenzione. Qui il trasferimento della proprietà immobiliare deriva da un contratto che non trasferisce *ex se* la proprietà del bene, ma obbliga l'alienante a formare un *deed* solenne (*conveyance*) a favore dell'acquirente, atto che ha carattere unilaterale e produce l'effetto traslativo (FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 40). Ciò crea una dissociazione della proprietà, tra *legal estate* e *equitable interest*, che in questi ordinamenti, nei quali è noto l'istituto del *trust*, è qualificata di *constructive trust* (v. L.I. ROTMAN, *Deconstructing the Constructive Trust*, in *Alberta Law Review*, vol. 37, 1999, p. 136) perché l'alienante che non abbia ancora formato il *deed* e che non sia quindi portatore del *legal title* è reputato *trustee* in favore dell'acquirente, già investito dell'*equitable interest* (FERRANTE, *op. ult. cit.*, p. 42). Occorre tuttavia rilevare che la giurisprudenza non sempre si è mostrata concorde nell'accogliere tale tesi la quale, invece, pare trovare sostegno in dottrina, come emerge dal commento alla decisione della Supreme Court *Scott v. Southern Pacific Mortgages Ltd* [2014] UKSC 52, nel quale TOM NG, *Sale and rent back, vendor-purchaser constructive trust and scintilla temporis*, in *Nottingham Law Journal*, vol. 24, 2015, p. 145 ss., rileva che il venditore, pur conservando il diritto di proprietà del bene e un interesse rispetto ad esso, può ugualmente qualificarsi *trustee*, pur in assenza di un *fiduciary duties*.

è formalmente proprietario, a prescindere dall'avvenuta consegna perché, lo accennavamo, il nesso di corrispettività delle prestazioni che discendono dalla vendita è voluto con riguardo al trasferimento della proprietà e al pagamento del prezzo. Tale principio, com'è stato messo in luce dalla più autorevole dottrina civilistica⁴²⁴, non è condizionato dal disposto dell'art. 1376 c.c., perché le sue origini storiche risalgono al diritto giustiniano, ovvero ad un'epoca in cui non era ancora nota la regola del consenso traslativo. La sua applicazione, inoltre, non è esente da deroghe, in quanto lo stesso art. 1465 c.c. ne circoscrive l'operatività ai soli casi in cui la cosa sia già esigibile dal proprietario o sia certo che l'acquirente diventerà *dominus* entro un termine⁴²⁵, mentre l'art. 1523 c.c. prevede che nella vendita con riserva della proprietà il compratore assuma i rischi dal momento della consegna, pur acquistando la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata del prezzo⁴²⁶. Si ritiene che la *ratio* della regola e delle sue eccezioni stia nel trasferire il rischio di perimento e deterioramento della cosa sulla parte acquirente per il fatto che l'alienante ha già compiuto quanto necessario per il prodursi dell'effetto traslativo; ugualmente vale nella vendita con riserva della proprietà, ove l'effetto traslativo dipende dal solo comportamento dell'acquirente, mentre laddove così non è, come nella vendita subordinata a condizione sospensiva, si è opportunamente previsto che il rischio gravi sull'alienante, con contestuale

⁴²⁴ L. MENGONI, *L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 134, nt. 5; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 177 s.; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 798, nt. 27.

Volgendo lo sguardo verso la disciplina europea e internazionale (v. la Convenzione di Vienna, i Principi Unidroit, il *Draft Common Frame of Reference*, la direttiva europea in materia di vendita di beni di consumo), d'altronde, risulta che i due momenti del trasferimento della proprietà e del passaggio dei rischi assumono una rilevanza autonoma l'uno dall'altro, come emerge dalla scelta di disciplinare il secondo prescindendo dal primo, che resta regolato dai singoli ordinamenti (E. BATTELLI, *Obblighi di consegna del bene e passaggio del rischio*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 41).

⁴²⁵ NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., p. 798. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, cit., p. 189, osserva sul punto la diversa disciplina prevista per il contratto sospensivamente condizionato e la vendita con riserva della proprietà, attribuendone la ragione alla funzione economica che ciascuna delle due figure assume, il che qualifica diversamente l'intento delle parti.

⁴²⁶ La norma adotta il principio naturalistico della consegna in luogo di quello normativo della proprietà, come prevede oggi l'art. 130 cod. cons. in materia di vendita dei beni di consumo, nella quale, rileva LUMINOSO, *La compravendita: realtà e prospettive*, cit., p. 502, « la consegna appare la prestazione fondamentale sebbene il congegno traslativo rimanga ancorato alla regola consensualistica », ma sottesa a tale affermazione vi è l'idea secondo cui il disposto dell'art. 1465 c.c. sia figlio della regola enunciata dall'art. 1376 c.c., mentre così non è, come dimostrano le sue origini storiche, alle quali si è già fatto cenno nel testo.

liberazione dell'acquirente dalla sua obbligazione⁴²⁷, benché l'avveramento della condizione abbia effetto retroattivo. Considerazioni analoghe potrebbero svolgersi anche in relazione al preliminare con effetti definitivi anticipati, una volta svelata la sua natura di vendita obbligatoria in senso tecnico. È certo infatti che il promissario acquirente diventerà proprietario del bene in virtù dell'obbligo di contrarre che discende dal preliminare del quale, se inadempito, potrà ottenersi l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., per cui, parallelamente a quanto avviene nella vendita con riserva della proprietà e nella vendita con effetto traslativo differito alla scadenza di un termine, la soluzione più coerente sarebbe, anche nel caso di specie, quella di far gravare il rischio del perimento ovvero del deterioramento della cosa su chi ne ha la il pieno godimento, paga anticipatamente il prezzo per il suo trasferimento e ne diventerà proprietario col definitivo, essendo la consegna orientata all'acquisto del diritto⁴²⁸. Ma la funzione di riequilibrio che assolve tale regola, prevista dall'art. 1523 c.c., non può, ancora una volta, estendersi al preliminare con effetti definitivi anticipati e ciò costituisce un ulteriore indice delle difficoltà che si riscontrano nel conciliare tale contratto con la disciplina vigente.

L'incoerenza del sistema risulta altresì dalle disposizioni dettate in materia di fallimento, ove vige la regola generale, enunciata dall'art. 72, co. 1 l. fall., secondo cui « se un contratto è ancora inesequito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto [...] rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento

⁴²⁷ ALBANESE, *La vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 480.

⁴²⁸ A sostegno di quanto sino ad ora affermato si ricorda che il legislatore del 2015, nell'introdurre il contratto di locazione finanziaria di immobili da adibire ad uso abitativo, ha espressamente previsto, in deroga all'art. 1465 c.c., che il rischio trasla sul conduttore in ragione dell'avvenuta consegna del bene, pur non essendo ancora proprietario della cosa, e ciò perché, nuovamente, il legislatore ha inteso valorizzare l'anticipato godimento del bene, essendo questo non fine a se stesso ma proiettato verso l'acquisto della proprietà.

del diritto »⁴²⁹. Vi fa eccezione l'art. 73, il quale prevede che il fallimento del venditore non è causa di scioglimento del contratto di vendita con riserva della proprietà (co. 2)⁴³⁰, dettando la medesima regola prevista dall'art. 72, co. 1 con riguardo ai contratti da cui deriva l'effetto traslativo, seppure l'acquisto della proprietà nella fattispecie di cui all'art. 1523 c.c. consegua al pagamento dell'ultima rata e non si sia ancora prodotto, dunque, al momento del fallimento. L'analogia tra le due regole, invocata quale *argumentum a fortiori* per affermare la realtà del diritto acquistato dal compratore che non sia ancora divenuto proprietario *ex art. 1523 c.c.*⁴³¹, è stata estesa dal legislatore del 2014 anche al contratto di godimento in funzione di successiva alienazione di immobili, noto come *rent to buy*, e infatti l'art. 23, co. 6, della l. n. 64/14 prevede che il contratto prosegua e il curatore subentri automaticamente sia nella concessione di godimento sia nell'obbligazione di alienare il bene al concessionario. Diversamente, il contratto preliminare di vendita potrà essere sciolto o proseguito a scelta del

⁴²⁹ La disposizione, osserva V. COLESANTI, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 101 s., mira a garantire il rispetto del sinallagma funzionale, il quale si spezza in caso di fallimento, in ragione dell'incapacità di una delle parti di eseguire la prestazione dovuta, come confermato dalla necessità che il contratto sia in corso di esecuzione per entrambe le parti. Alla medesima *ratio* risponde l'art. 72, co. 7, l. fall., che, in caso di scioglimento del contratto preliminare trascritto, riconosce all'acquirente il diritto di far valere il proprio credito nel passivo e il diritto al privilegio *ex art. 2775-bis*, purché gli effetti che discendono dalla trascrizione non siano cessati alla data della dichiarazione di fallimento. Secondo lo stesso V. COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una « svolta » nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 336, si fuoriesce dall'ambito di applicazione della norma in caso di integrale adempimento della prestazione di pagamento del prezzo ovvero se ve ne sia stata offerta con deposito del prezzo, in quanto l'art. 72 l. fall. presuppone che le prestazioni non siano state eseguite da entrambi i contraenti, a prescindere dal fatto che si tratti di obbligazioni principali o accessorie, come sostenuto invece da A. LUMINOSO, *Fallimento del promittente alienante e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 597 s.; C. FIENGO, *sub art. 72*, in *Comm. alla legge fallimentare*, dir. da C. Cavallini, Milano, 2010, p. 356, secondo i quali è corretta la scelta per cui, nel valutare se il preliminare sia stato eseguito o meno, occorrerà aver riguardo alle prestazioni principali e, dunque, in caso di preliminare di vendita, al momento in cui si produce l'effetto traslativo, essendo invece irrilevanti a tal fine le prestazioni secondarie di pagamento del prezzo e consegna della cosa.

⁴³⁰ Mentre in caso di fallimento del compratore, se il prezzo deve essere pagato a termine o a rate, il curatore può subentrare nel contratto con l'autorizzazione del comitato dei creditori e il venditore può chiedere il rilascio di una cauzione, ma se il curatore si scioglie dal contratto il venditore deve restituire le rate già riscosse (art. 73, co. 1 l. fall.).

⁴³¹ MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*³, cit., p. 191; ALBANESE, *La vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 481. Gli a. richiamano, inoltre, il disposto dell'art. 2054, co. 3 c.c., che, nel disciplinare la responsabilità da circolazione di veicoli senza guida di rotaie, assimila l'acquirente con patto di riservato dominio all'usufruttario, riconoscendolo responsabile in luogo del proprietario.

curatore ove non sia già stato concluso il definitivo o non sia stata trascritta la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre⁴³², mentre il contratto di vendita di immobili da costruire, secondo quanto enunciato dall'art. 72-*bis*, si scioglie se, prima che il curatore comunichi la scelta tra il subentrarvi o meno, l'acquirente abbia escusso la fideiussione. Ora, rilevata l'analogia che accomuna la posizione del promissario acquirente nel preliminare con effetti definitivi anticipati, dell'acquirente nella vendita con riserva della proprietà e del conduttore e possibile acquirente nel *rent to buy*, riteniamo di condividere l'opinione di chi sostiene che « il coacervo di norme che è venuto a stratificarsi si traduce [...] in un regime che conduce a “risultati stravaganti” »⁴³³. Sarebbe stato opportuno infatti che il legislatore, nel novellare la disciplina fallimentare⁴³⁴, avesse garantito una tutela al promissario acquirente, in caso di fallimento del venditore, ove egli avesse pagato già in tutto o in parte il prezzo di vendita del bene, seppure il diritto di proprietà non fosse già stato acquistato⁴³⁵. D'altronde tale

⁴³² V., da ultimo, Cass., sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, che risolvono il contrasto giurisprudenziale sorto in merito alla possibilità o meno del curatore di scegliere se subentrare o sciogliere il contratto preliminare concluso dal promittente-venditore fallito, quando, prima della dichiarazione di fallimento, sia stata proposta e trascritta la domanda di esecuzione in forma specifica, ai sensi degli art. 2932, 2652 c.c. Infatti, se la trascrizione è successiva, *nulla quaestio*, qualora invece sia precedente emergono dei dubbi, ma tale ipotesi resta ad oggi priva di disciplina. Ritengono le Sez. un., n. 18131/2015, cit., uniformandosi ad un precedente (Cass., sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505), che in assenza di una disposizione *ad hoc* valga la regola generale espressa dall'art. 72 l. fall.: non è dunque impedito il recesso dal contratto, ma che questo produca effetti nei confronti del promissario acquirente che abbia proposto la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, purché, naturalmente, sia stata accolta.

⁴³³ LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni*, cit., p. 950.

⁴³⁴ Il riferimento è al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e al successivo decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169, prima dei quali gli effetti del fallimento sul contratto preliminare erano privi di disciplina. Il primo intervento normativo ha esteso anche al preliminare la regola generale per cui gli effetti del contratto – anche preliminare – sono sospesi sino alla dichiarazione di subentro o di scioglimento del rapporto negoziale, se le prestazioni che ne derivano non siano state in tutto o in parte eseguite (art. 72, co. 1); il secondo ha invece introdotto una disposizione eccezionale, posta a tutela del promissario acquirente di un immobile ad uso abitativo o destinato a costituire la sede principale della sua impresa.

⁴³⁵ Ai fini dell'esecuzione del contratto che, ai sensi dell'art. 72, co. 1 l. fall., costituisce l'elemento discrezionale al fine di valutare se il curatore possa o meno sciogliersi dal rapporto, Cass., sez. un., n. 18131/15, cit., affermano che è « irrilevante la circostanza che il contratto avesse avuto anticipata esecuzione con la consegna del bene ed il pagamento, parziale o integrale, del prezzo pattuito, trattandosi di effetti meramente anticipatori dell'assetto finale di interessi che trova nel solo contratto definitivo il suo titolo giuridico (preliminare con effetti anticipati) », diversamente da quanto previsto nella vendita con riserva della proprietà e nel *rent to buy*. Ma qui non vuole criticarsi l'affermazione della giurisprudenza di legittimità, che risulta, anzi, conforme al dato

scelta, non avulsa dal sistema, sarebbe stata coerente con quanto già disposto dagli art. 73 l. fall. e 23 l. n. 64/14: in entrambi si preclude al curatore la facoltà di scegliere se subentrare o sciogliere il rapporto, pur non essendosi prodotto l'effetto traslativo, subordinato nel primo caso al pagamento del prezzo, nel secondo alla conclusione di un definitivo che, se nel preliminare con effetti definitivi anticipati è dovuto, nel *rent to buy* dipende dalla scelta del conduttore.

5. Verso un nuovo modello di vendita?

Abbiamo tentato di dimostrare come l'introduzione forzata nel nostro ordinamento di quella figura che ancora ci si ostina a ricondurre entro il preliminare mina la coerenza del sistema ed espone l'interprete ad interrogativi per rispondere ai quali si rende indispensabile un intervento normativo, la cui introduzione avrebbe del rivoluzionario, trattandosi di superare il principio consensualistico, di converso a quanto avvenuto nel diritto comune, ove l'inserimento della clausola di spossessamento per la quale il dante causa diveniva da possessore mero detentore del bene⁴³⁶, aveva indotto ad abbandonare il principio di separazione nella vendita di *titulus* e *modus*, a favore dell'assorbimento del secondo nel primo. Un ritorno verso tale modello non ci sembra tuttavia la soluzione migliore per far fronte alle esigenze emerse nella realtà sociale⁴³⁷. Si tratta, piuttosto, di valorizzare quegli istituti già noti al sistema e capaci di fornirvi adeguata risposta⁴³⁸, tra questi: la vendita con riserva della proprietà, il *rent to buy*, il contratto di locazione

normativo, non potendo il giudice decidere in senso contrario alla legge cui è vincolato *ex art.* 101 co. 2 cost., bensì rilevare la necessità di un intervento normativo.

⁴³⁶ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, p. 2.

⁴³⁷ D'altra parte tali esigenze, come rilevavamo inizialmente, trovano origine in situazioni contingenti, legate al contesto economico e al periodo storico di riferimento, la cui crisi ha inevitabilmente inciso sul settore immobiliare e sollecitato « nuove strategie per superare gli ostacoli derivanti dalla generale carenza di liquidità, dalla difficoltà di ottenere prestiti bancari, dall'aggravarsi del carico fiscale, dalla contestuale e ineludibile diminuzione delle negoziazioni immobiliari » (MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 1).

⁴³⁸ Così ritiene anche MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 2. A superare « lo scompenso che si determina tra realtà sostantiva dell'affare [...] e concetti tradizionali » che raffigurino « schemi ordinanti non più in grado (ovvero soltanto in misura parziale) di rappresentare l'effettiva concretezza dell'operazione economica e dei suoi molteplici profili » (E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 707) è infatti intervenuto, per quanto nel nostro interesse, il legislatore, così orientato da un diritto vivente oramai teso verso la disgregazione degli strumenti di circolazione, di cui il preliminare con effetti anticipati è stato, secondo VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, cit., p. 354, il primo esempio.

finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale, che bilanciano l'interesse della parte venditrice e della parte acquirente, diversamente da quanto previsto dalla disciplina in materia di compravendita, poiché l'effetto traslativo è differito, il pagamento del prezzo dilazionato nel tempo, la consegna anticipata rispetto al trasferimento della proprietà. Interessi analoghi a quelli che spingono i contraenti a concludere un preliminare con effetti definitivi anticipati trovano, dunque, soddisfacimento in una fattispecie già nota al codice del 1942, seppure con riguardo ai soli beni mobili – ed estesa ad opera della dottrina e della giurisprudenza anche ai beni immobili – e in fattispecie nuove, previste dalla legislazione speciale, nelle quali, a differenza da quanto avviene nella vendita con riserva della proprietà, l'effetto traslativo trova fonte in un contratto altro da quello di *rent to buy*⁴³⁹ o locazione finanziaria, sebbene l'acquisto della proprietà sia l'elemento che colora l'intera operazione economica. Ora, tale scissione in due contratti (*rent to buy*-vendita; locazione finanziaria-vendita) esula da quella tra *titulus* e *modus* che si realizza nel preliminare con effetti definitivi anticipati, e non contrasta col principio consensualistico, ma dà luogo ad una compenetrazione tra le cause delle due fattispecie che giustifica l'introduzione di un contratto nuovo all'interno dell'ordinamento – diverso dalla locazione perché sin dalla sua conclusione emerge il fine di vendita che le parti mirano a realizzare – e che giustifica il pagamento anticipato di una parte del prezzo al quale è vincolata una quota del canone nel *rent to buy*; di un corrispettivo determinato tenendo conto del prezzo di acquisto o di costruzione del bene e della durata del contratto nella locazione finanziaria⁴⁴⁰.

⁴³⁹ L'operazione economica, come correttamente messo in luce da V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 973, si compone infatti di due fasi: l'una necessaria e con effetti obbligatori; l'altra eventuale e con effetti reali.

⁴⁴⁰ Nonostante il *leasing* abbia principalmente una causa di finanziamento, non può trascurarsi, come sostiene TRANQUILLO, *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017*, cit., p. 124, nt. 2, che insieme ad essa emerge una causa traslativa, seppure eventuale, il che risulta dalla scelta del legislatore di annoverare tra i contratti di cui al d.lgs. n. 122/2005 anche il *leasing*, nonché, aggiungiamo, dall'art. 91, co. 2 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada), il quale estende il disposto dell'art. 2054, co. 3 c.c., in forza del quale il proprietario del veicolo o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio rispondono in solido col conducente dei danni derivanti dalla circolazione del veicolo, anche al locatario. Tale profilo emerge, inoltre, da Cass. 17 gennaio 2014, n. 888, che afferma: « trattandosi di leasing traslativo

Alla luce di quanto illustrato, è possibile sostenere che il legislatore, riconoscendo l'inadeguatezza del nostro sistema di vendita a rispondere a pieno alle esigenze dei consociati, ha introdotto figure in grado di orientare verso un nuovo equilibrio i rapporti tra le parti, il quale si sposta dal venditore all'alienante, senza scardinare il sistema, ma coordinandolo con esso. La scelta di non spingersi oltre, introducendo il principio di separazione, come propugnato da parte della dottrina, attesta d'altra parte la chiara volontà di preservare il disposto dell'art. 1376 c.c., mentre la tendenza a redistribuire l'esecuzione delle obbligazioni che discendono dalla vendita, inserendole all'interno di un'operazione economica più ampia, nella quale confluiscono la causa di godimento e di trasferimento, non vale a far ritenere diversamente.

Vi sono ragioni per auspicare, dunque, che il preliminare con effetti definitivi anticipati possa essere superato da quelle fattispecie già note al sistema, volte a soddisfare i medesimi interessi che le parti mirano a realizzare con tale contratto. Invero, riteniamo che non possa residuare alcun interesse alla sua conclusione, giacché il *rent to buy* garantisce una tutela più ampia alla parte acquirente, in ragione sia del diritto di scegliere se concludere o meno il definitivo, sia della dilatazione dei tempi entro i quali la trascrizione di questo contratto conserva i suoi effetti, rispetto a quanto previsto dall'art. 2645-*bis* c.c.; parimenti, il contratto di locazione finanziaria di immobili da adibire ad abitazione principale consente al conduttore di valutare, alla scadenza del contratto, se acquistare o meno la proprietà del bene ad un prezzo predeterminato in relazione a quanto già corrisposto.

Sezione II

Quando il preliminare diventa precontratto:
il preliminare di preliminare.

immobiliare, ove i canoni costituiscono non il corrispettivo del mero godimento del bene, ma il versamento rateale del prezzo, in previsione dell'esercizio finale dell'opzione di acquisto, l'interesse del concedente è quello di ottenere l'integrale restituzione della somma erogata a titolo di finanziamento, con gli interessi, il rimborso delle spese e gli utili ».

6. *La formazione del contratto e la triade precontratto, preliminare, definitivo.*

La conclusione del contratto è il frutto di un *iter* preordinato all'incontro delle volontà delle parti, con il che sorge il contratto e, insieme ad esso, il rapporto giuridico patrimoniale che ne consegue. Il formarsi dell'accordo, che di tale incontro di volontà è l'esito ultimo, può derivare da modalità differenti, come testimoniano le norme che gli sono dedicate dal codice civile, ove si prevedono uno schema ordinario e residuale, rappresentato dallo scambio della proposta e dell'accettazione (art. 1326), e una pluralità di schemi speciali, applicabili per volontà dei contraenti o per le peculiarità del contratto da concludere⁴⁴¹, accanto ai quali si annoverano quelli previsti per i singoli contratti tipici. Ma la ricerca di un punto di incontro può rivelarsi travagliata e complessa ogniqualvolta vi sia una

⁴⁴¹ Il riferimento è all'art. 1327, che disciplina la conclusione del contratto mediante esecuzione, applicabile quando, su richiesta del proponente o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza previa risposta; all'art. 1332, relativo alla conclusione dei contratti tra più parti c.d. aperti, perché consentono l'adesione di terzi rispetto agli originari contraenti mediante comunicazione a questi o, se costituito, all'organo preposto a riceverla; all'art. 1333, che ha ad oggetto la conclusione del contratto con obbligazioni del solo proponente, per la quale, in luogo dell'accettazione che esprime una volontà positiva, si ritiene sufficiente il mancato rifiuto (rileva V. ROPPO, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 65, che tale modalità di conclusione è applicabile ai soli contratti con effetti meramente obbligatori, per i quali è sufficiente un accordo a struttura *leggera*, mentre è sempre necessario un accordo a struttura *pesante* quando il contratto produca effetti reali); all'art. 1336, sull'offerta al pubblico. Offre un'ampia disamina delle modalità di conclusione del contratto di vendita, LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 32 ss., che, oltre a quelli *supra* ricordati, annovera: la vendita all'asta, le contrattazioni di massa (art. 1341, 1342 c.c.), le vendite stipulate fuori dai locali commerciali (art. 45 ss. cod. cons.).

Come risulta dalle disposizioni *supra* richiamate, il nostro codice si è rivelato particolarmente moderno sul punto, anticipando soluzioni cui in altri ordinamenti si è giunti solo in seguito. Esempio è l'esperienza nordamericana, ove il modello tradizionale di conclusione dei contratti, caratterizzato dall'accettazione della proposta ricevuta dall'oblato, è stato considerato a lungo l'unico giuridicamente rilevante: l'*offer* crea un immediato potere di accettazione in capo al ricevente; mentre l'*acceptance* produce l'effetto immediato di conclusione del contratto, secondo un meccanismo analogo a quello descritto dall'art. 1326 c.c., sul punto v. L. FULLER-M.A. EISENBERG-M.P. GERGEN, *Basic contract law*, West, 2013, p. 593 ss. Tuttavia le esigenze emerse all'interno del mercato hanno indotto la giurisprudenza americana (Corte dell'Arizona, 1993, *AROK Construction Co. v. Indian Construction Services*) a riconoscere natura vincolante a quegli accordi, detti *preliminary*, il cui contenuto non fosse ancora completo in ogni suo elemento, al punto che la giurisprudenza parlò di « a necessary fact of economic life ». Con tali accordi le parti si obbligano a « negotiate the open terms in good faith toward a final contract incorporating the agreed terms » ovvero a proseguire la trattativa, mentre la conclusione dell'accordo finale, come emerge dall'uso dell'avverbio *toward*, rappresenta il mezzo funzionale alla sua realizzazione.

proposta a monte cui faccia seguito una controproposta⁴⁴², a sua volta non accettata e riformata nei suoi elementi essenziali, o qualora l'accordo sia stato raggiunto solo parzialmente, il che allontana la realtà effettuale da quella modalità di formazione del contratto istantanea ottimisticamente prevista dal legislatore, per dar spazio ad una formazione progressiva⁴⁴³, esito delle trattative intercorse tra le parti, ciascuna delle quali mira al raggiungimento di un assetto di interessi che garantisca il massimo soddisfacimento dei propri interessi, a svantaggio dell'altra. Fino a quando tale conflitto iniziale non si appiani prosegue la contesa nella determinazione degli elementi di cui all'art. 1325 c.c.⁴⁴⁴, che potrà concludersi in un nulla di fatto, nella conclusione del contratto o persino nel raggiungimento di un accordo sugli elementi essenziali, non accompagnato dalla volontà di contrarre⁴⁴⁵. Durante l'*iter* di formazione del contratto il legislatore rimette alla libertà delle parti la scelta sul come procedervi, limitandosi a prevedere l'obbligo di comportarsi secondo buona fede⁴⁴⁶, la quale è il canone che indirizza il

⁴⁴² Come dispone l'art. 1326, ult. co. c.c., infatti, « un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta ».

⁴⁴³ La progressione è qui riferita alla definizione del regolamento contrattuale, che si sviluppa per gradi, raggiungendo l'accordo dapprima solo su alcuni elementi, riservandosi di determinare in seguito quelli che appaiono maggiormente controversi (RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, cit., p. 6 ss.).

⁴⁴⁴ Sono questi gli elementi che costituiscono il contenuto minimo del contratto, necessario perché si formi l'accordo (F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 9), in mancanza del quale il solo *animus contrahendi* non è sufficiente a darvi vita (G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993, p. 255). Non è escluso però che agli elementi di cui all'art. 1325 se ne aggiungano altri, accessori, eppure voluti dalle parti a tal fine; in tal caso, come sostenuto da G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, rist. 1961, p. 28; R. TROIANO, *La preparazione del contratto*, in *La conclusione del contratto*, Torino, 2004, p. 1, questi assolveranno il medesimo rilievo dei primi ai fini della conclusione del contratto.

⁴⁴⁵ Rileva a tal proposito l'interpretazione della volontà delle parti. Come evidenzia A. FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, p. 204 ss., tale atto potrà valere infatti come negozio perfetto subordinato alla condizione sospensiva dell'accordo sulle clausole accessorie; o come puntuazione, ovvero un accordo preparatorio con cui le parti rinunciano al potere di revocare alcuni punti su cui l'accordo è già stato raggiunto; un accordo preparatorio perfetto con cui si specifica l'obbligo generale di buona fede ex art. 1337 c.c.; un accordo impegnativo, per derogare al quale è necessaria una controdi chiarazione da cui risulti che le parti intendevano con esso solo documentare l'attuale stato di avanzamento delle trattative.

⁴⁴⁶ SALV. ROMANO, *Vendita Contratto estimatorio*, Milano, 1960, p. 113; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 25. Tra i limiti che il legislatore può apporre alla libertà delle parti nella conclusione del contratto, oltre all'osservanza della buona fede che ha portata generale, l'a. ricorda: l'irrevocabilità della proposta, la scelta del contraente, il contenuto del contratto, l'obbligo di contrarre (TAMBURRINO, *Ibidem*). Ma, invero, quest'ultimo incide sull'*an*, ovvero sulla libertà di *contrahere* e non di *contrattare*. Accanto a questi, poi, devono

comportamento dei contraenti « dal momento in cui si instaurano le trattative »⁴⁴⁷ e per tutta l'esecuzione del contratto (art. 1337, 1375 c.c.). È nell'esercizio di tale libertà, detta di contrattare, che possono concludersi accordi preparatori rispetto alla conclusione del futuro contratto⁴⁴⁸, che tali sono perché funzionali alla definizione della *lex contractus* e incapaci di produrre effetti sostantivi propri e autonomi rispetto a quelli che discenderanno dalla conclusione del contratto⁴⁴⁹, salvo in ogni caso l'effetto di risarcimento del danno che deriva dalla violazione dell'obbligo di buona fede. Nel *genus* degli accordi preparatori confluiscono quelle figure negoziali atipiche che dottrina e giurisprudenza qualificano come « atti privi *ex se* di efficacia contrattuale vincolante in quanto diretti a documentare in via ricognitiva lo stato delle intese precontrattuali raggiunto dalle parti, in vista della successiva stipulazione dalla quale nascerà il vincolo negoziale »⁴⁵⁰, noti come minute o puntazioni, a loro volta distinte a seconda che abbiano un contenuto esaustivo o meno⁴⁵¹. Possiamo affermare, così, che la libertà di contrattare

ricordarsi quei limiti che i medesimi contraenti possono porsi auto-vincolandosi alla loro osservanza.

⁴⁴⁷ C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 320.

⁴⁴⁸ F. REALMONTE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici preliminari*, Milano, 1996, p. XI ss., afferma l'eterogeneità delle fattispecie ricomprese nel *genus* degli accordi preparatori, accomunati dal solo fatto di essere posti in essere per la conclusione di un futuro contratto e comprensivi di fattispecie tipiche e atipiche, tra le quali l'a. ricorda: l'opzione, la proposta irrevocabile, il preliminare, la prelazione, il contratto normativo, le lettere di intenti [queste ultime, oramai note alla prassi commerciale internazionale, sono atti mediante i quali le parti sono solite esprimere i propri propositi rispetto alla conclusione del contratto, predisponendo le clausole che potranno inserirvi (TROIANO, *La preparazione del contratto*, cit., p. 4)]. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 51 ss., condividendo la medesima impostazione di REALMONTE, evidenzia che tali accordi determinano la formazione progressiva della volontà contrattuale in ordine al contenuto del contratto, riservandosi di trattare i punti su cui l'accordo non è stato raggiunto. Esulano dalla formazione del contratto, invece, i *Gentlemen's agreements*, che assumono rilievo sul piano esclusivamente morale perché vincolano al rispetto della parola data, così esprimendo un intento giuridico negativo, ovvero la volontà delle parti di escludere rilevanza giuridica al loro accordo (U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, 2016, p. 108 ss.).

⁴⁴⁹ F. ADDIS, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, I, Napoli, 2009, p. 767.

⁴⁵⁰ Cass., 12 luglio 2004, n. 12826.

⁴⁵¹ Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 30 marzo 1994, n. 3158; Cass., 12 luglio 2004, n. 12826; Cass., 22 agosto 1999, n. 7857), quando le parti hanno già raggiunto un accordo su tutti gli elementi essenziali del contratto, si presume che questo sia stato concluso, ma è salva la prova contraria; diversamente, quando le parti devono ancora riservarsi di definire alcuni punti dell'accordo, vige una presunzione iniziale di mancato accordo. In ogni caso, coerentemente

comprende quella di non concludere il contratto, pur avendone definiti gli elementi essenziali, essendo nella facoltà delle parti riservarsi la libertà di scegliere quando e se determinarsi alla stipula – al pari di quanto avviene con quella figura dai tratti ambigui denominata accordo normativo⁴⁵² – nonché *a contrario* quella di obbligarsi a concludere in futuro tale contratto, come avviene col preliminare⁴⁵³. Con quest'ultimo le parti esauriscono in pari tempo la libertà di contrattare e di contrarre, perché le trattative che conducono alla conclusione del preliminare includono quelle che sarebbero state dirette alla conclusione del definitivo ove se ne fosse scelta la formazione istantanea⁴⁵⁴, essendo il suo oggetto l'obbligo di

al disposto dell'art. 1362 c.c., la questione merita di essere risolta ricercando quale sia stata l'effettiva volontà delle parti: se quella di concludere il contratto o limitarsi a definirne il contenuto. Quest'ultima è invero la funzione della minuta, il cui carattere è tipicamente interlocutorio e dalla quale non deriva alcuna volontà di vincolarsi alla stipula del contratto sul cui contenuto le parti discorrono, coerentemente a quanto dichiara A RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, p. 39, ma un impegno in tal senso può giustificare il sorgere di una responsabilità precontrattuale.

⁴⁵² È tale il negozio che « avendo ad oggetto la disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri, dei quali fissa preventivamente il contenuto, non comporta il sorgere di un rapporto da cui scaturiscono immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti, ma detta norme intese a regolare il rapporto, nel caso che le parti intendano crearlo », il che è consentito dalla giurisprudenza perché espressione del principio di autonomia contrattuale (v. in tal senso, Cass. 18 dicembre 1981, n. 6720). È controversa la natura contrattuale o meno di tale accordo, negata da parte della dottrina in ragione della inconciliabilità tra l'obbligo di inserire le clausole predisposte e la libertà di concludere i singoli contratti, giacché non sorgerebbe da tale atto alcun rapporto giuridicamente vincolante, in ciò distinguendosi dal preliminare che, diversamente, obbliga alla conclusione del definitivo (A. ALBANESE, *Il contratto normativo. Nozione e problematiche generali*, in *I rapporti giuridici preliminari*, cit., p. 165 s.).

⁴⁵³ Il preliminare si distingue così dalle intese precontrattuali perché in queste ultime il contenuto del contratto non è completo, mentre il primo deve già contenerne tutti gli elementi essenziali (ADDIS, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, cit., p. 715 ss.; PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., p. 98), ovvero, qualora si trattasse di intese esaustive contenutisticamente, per l'assenza della volontà di concludere il definitivo che sorregge l'obbligo di *contrahere* di cui il preliminare è fonte. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 192 ss., ritiene invece che non possa distinguersi in astratto tra elementi essenziali e accidentali perché, ai fini della validità del contratto, « tutti devono ritenersi, alla stessa stregua, essenziali » (p. 193), dipendendo ciò dal programma negoziale in concreto previsto.

Un problema analogo è stato affrontato dalla giurisprudenza americana e, in particolare, dalla Corte Suprema dell'Illinois, nel caso *Academy Chicago Publishers v. Cheever*, che ha accolto la tesi secondo cui le parti sono libere di definire in un secondo momento alcuni elementi del contratto concluso, purché non vi sia incertezza su *the essential terms*. La decisione non si allontana da quanto previsto nel nostro ordinamento, il quale all'art. 1325 c.c. fissa i requisiti necessari del contratto, la cui esistenza è richiesta a pena di nullità *ex art. 1418 cpv. c.c.*

⁴⁵⁴ RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 97 ss., afferma che l'obbligo di *contrahere* che discende dal definitivo comporta l'eliminazione della fase delle trattative, poiché quel che segue al preliminare deve intendersi come esecuzione della prestazione di cui è fonte. Invero, come spieghiamo nel testo, il definitivo è pur sempre frutto di una trattativa, la quale si svolge in vista

concludere un contratto di cui devono essere predeterminati gli elementi essenziali⁴⁵⁵; diversamente tale elemento sarebbe indeterminato e ciò comporterebbe la nullità del contratto *ex artt.* 1418, co. 2, 1346, 1349 c.c., oltre all'impossibilità di procedere all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di *contrahere* previsto dall'art. 2932 c.c., il che non toglie naturalmente che le parti possano decidere di riaprire le trattative, modificando gli elementi del definitivo che andranno a concludere. Ma in tal caso si avrà un nuovo accordo, che si presume sostitutivo del precedente preliminare⁴⁵⁶. Quel che non è consentito, invece, è obbligarsi a contrattare *ex contractu*, perché dal codice del 1942, il quale ha arricchito gli schemi di formazione del consenso rispetto a quelli già noti al codice previgente e al codice del commercio⁴⁵⁷, introducendo il preliminare, può implicitamente dedursi la previsione di un limite oltre il quale la libertà contrattuale non può spingersi. Se da un lato l'ordinamento consente alle parti di obbligarsi a concludere il contratto⁴⁵⁸, dall'altro non ammette che, mediante contratto, ci si possa obbligare ad avviare le trattative⁴⁵⁹. Tra gli accordi precontrattuali e il preliminare riteniamo dunque che non possano ammettersi figure intermedie che rappresentino un *quid pluris* rispetto ai primi e un *quid minoris* rispetto al secondo, perché se così fosse si riconoscerebbe all'autonomia privata il potere di creare obblighi di varia intensità, compromettendo l'unità della categoria "contratto".

della conclusione del preliminare, ma avuto riguardo anche al definitivo e ciò in ragione della natura di schema di formazione del consenso che riveste questo contratto.

⁴⁵⁵ Cass., 1 febbraio 2013, n. 2473, e da ult., Cass. 10 maggio 2018, n. 11297, con riguardo al preliminare di vendita, richiede infatti la determinazione, già con questo contratto, del bene oggetto del trasferimento ovvero la possibilità di determinarlo *aliunde* o *per relationem* e il prezzo pattuito a tal fine.

⁴⁵⁶ Così afferma Cass., 10 gennaio 2007, n. 233, facendo tuttavia salva la prova di un accordo da cui risulti che altri obblighi o prestazioni, contenute nel preliminare, sopravvivono al contratto definitivo.

⁴⁵⁷ Il confluire del codice civile e del codice del commercio in un unico *corpus* normativo ha infatti comportato l'inserimento in esso di norme che dapprima trovavano fonte nel secondo, tra cui quelle dettate dagli art. 1333 e 1334 che, come ricorda la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, cit., n. 606, derivano dall'art. 36 cod. comm.

⁴⁵⁸ In senso conforme, TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 203 ss.

⁴⁵⁹ Infatti, come afferma G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale « per relationem »*, in *Saggi di diritto civile*, cit., p. 225, non è configurabile la possibilità di usare il preliminare quale punto intermedio tra le trattative e il contratto definitivo, come forma più vincolante delle prime.

7. *Il preliminare di preliminare: una figura controversa.*

Mentre l'autonomia privata trasformava il preliminare di vendita in un contratto definitivo, la realtà sociale manifestava l'esigenza di disporre di un istituto che consentisse alle parti di tener fermo l'affare, obbligandosi alla sua realizzazione per il tempo in cui fosse giunto tale momento. Alla sequenza preliminare-definitivo, cui generalmente si ricorre per la conclusione di una compravendita di bene immobile, finì così per anteporsi un ulteriore contratto che, non potendosi denominare preliminare, ma essendo di fatto equivalente ad esso prese il nome di preliminare di preliminare. La terminologia non appare corretta se si considerano le origini della fattispecie, riconducibili alla mediazione immobiliare, ove le parti sono guidate alla conclusione del contratto da un soggetto terzo, qual è il mediatore, che le « mette in relazione per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza » *ex art. 1754 c.c.* E infatti il potenziale acquirente formula al potenziale venditore una proposta di acquisto ove sono indicati gli elementi essenziali del contratto – il bene oggetto del trasferimento e il prezzo d'acquisto – che, se accettata, dà vita ad un contratto, noto nella prassi come preliminare di preliminare, perché, si dice, fonte dell'obbligo di concludere un preliminare successivo che obbligherà a concludere il definitivo. Tale prassi risponde ad una specifica esigenza: garantire al mediatore il diritto alla provvigione che, ai sensi dell'art. 1755 c.c., è dovuta solo qualora l'affare si sia concluso per effetto del suo intervento⁴⁶⁰, il che, secondo la giurisprudenza di legittimità⁴⁶¹, necessita della

⁴⁶⁰ Ai sensi dell'art. 1755 c.c., chiarisce A. LUMINOSO, *La mediazione*, Milano, 2006, p. 94, per "affare" deve intendersi sia la conclusione di un contratto, sia di più negozi tra loro collegati che siano preordinati alla realizzazione di un affare unico, il quale si riterrà "concluso" nel momento in cui sia sorto un vincolo che legittimi ciascuna parte ad agire per l'adempimento della prestazione dovuta, onde, si dice, non vi sarà conclusione dell'affare se l'obbligo di contrarre che discende dal preliminare non sarà suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

⁴⁶¹ Cass., 9 giugno 2009, n. 13260; Cass., 14 maggio 2013, n. 11539, ove espressamente si afferma che il diritto alla provvigione dipende dal sorgere di un vincolo per la cui esecuzione si possa agire *ex art. 2932 c.c.*, qual è il contratto preliminare, non anche la puntuazione; Cass., 2 gennaio 2014, n. 3, va oltre, prevedendo il diritto alla provvigione anche qualora il mandante non sia riuscito ad ottenere il consenso dei comproprietari per la stipula del definitivo, negando altresì il diritto alla restituzione di quanto pagato *ex art. 1755 c.c.* Più di recente, Cass. 17 gennaio 2017, n. 923, ha affermato che la conclusione dell'affare, fonte del diritto alla provvigione, si ha quando sia stato

conclusione di un preliminare, non essendo sufficiente a tal fine una puntuazione giacché questa, diversamente dal primo, non obbliga alla conclusione del definitivo e quindi alla realizzazione dell'affare, presupposto da cui dipende il diritto di cui si discute. Denominare "preliminare" questa prima intesa risponde pertanto ad evidenti ragioni pratiche ed è divenuto il modo per sfuggire all'applicazione di una norma (l'art. 1755) non più adeguata alle esigenze del mercato, ma la fattispecie è stata ritenuta inizialmente inutile dalla giurisprudenza, la quale affermava che « riconoscere come possibile funzione del primo (preliminare) anche quella di obbligarsi... ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente »⁴⁶². La Corte negava così che si fosse in presenza di un preliminare in ragione dell'assenza del collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, voluta dall'art. 2932 c.c., e sanciva la nullità dell'accordo, riconducendolo alla fase delle trattative, così come era stato affermato in secondo grado⁴⁶³. Pertanto, allorquando le parti abbiano inteso

compiuto un atto da cui discende il diritto di agire per l'adempimento o il risarcimento, onde « anche una proposta di acquisto integrante "preliminare di preliminare" può far sorgere il diritto alla provvigione », come già asserito da Cass., 30 novembre 2015, n. 24937. Tuttavia, coordinando tali decisioni con l'orientamento delle Sezioni unite in merito alla qualificazione del preliminare di preliminare (di cui diremo oltre), deve ritenersi che il diritto di cui all'art. 1755 c.c. sorga in capo al mediatore solo qualora la fattispecie integri già un preliminare, diversamente si sarà in presenza di una mera puntuazione, fonte dell'obbligo di proseguire le trattative, non anche di concludere il contratto. L'affare dunque non potrà ritenersi concluso, come esige la norma richiamata, salvo che le parti si siano accordate in senso contrario (si parlerà in tal caso di mediazione atipica, v. sul punto S. MONTALBETTI, *Il preliminare di preliminare può essere considerato titolo idoneo ad ottenere la provvigione per il mediatore?*, in *Dir. civ. cont.*, luglio/settembre 2017).

⁴⁶² Cass., 2 aprile 2009, n. 8038. In senso contrario a tale orientamento non si può sostenere che la ragione su cui si fonda l'asserita inutilità del preliminare di preliminare segnerebbe un ritorno a quella dottrina oramai superata che negava il preliminare, qualora oggetto dell'obbligo di contrarre fosse un contratto con effetti meramente obbligatori, come invece affermato da A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Riv. not.*, 2010, p. 45. Questa critica non tiene debitamente conto del diverso che intercorre tra il preliminare e gli altri contratti, tipici o atipici, stante nel fatto che il primo, pur condividendone la natura, non è di per sé idoneo a realizzare un'operazione economica, ma si tratta di uno schema di formazione del consenso. La sequenza preliminare di preliminare-preliminare non obbliga dunque alla realizzazione dell'affare, che richiede la conclusione del definitivo, ma genera la successione tra due schemi di formazione del consenso, il che non è ammesso dall'ordinamento, essendo concesso all'autonomia dei privati di concludere il definitivo mediante il preliminare, non anche di sfruttare tale figura per creare modalità di conclusione del contratto altre da questa.

⁴⁶³ La Corte d'appello di Milano, nella decisione impugnata in Cassazione (14 marzo 2003, n. 861), affermava infatti che la proposta irrevocabile, accolta dal futuro venditore, desse luogo ad una

vincolarsi alla conclusione di un preliminare successivo, il contratto che ne risulta, secondo quest'orientamento, è inutile e quindi nullo⁴⁶⁴. Nonostante la causa abbia perduto la sua connotazione originaria di funzione economico-sociale, divenendo funzione economico-individuale del contratto, con ciò non si esclude che tale elemento richieda un *quid* ulteriore rispetto agli interessi privatistici dei contraenti e questo *quid* è quanto necessario perché possa giungersi nell'area del giuridicamente rilevante⁴⁶⁵: l'elemento di *discrimen* è stato individuato dalle Sezioni unite nella diversità di contenuto tra il primo e il secondo contratto ritenendosi che « il ragionamento accolto dalla giurisprudenza precedente ha pregio se si ipotizza (come sembra sia stato fatto anche in quel caso) che tra il primo e il secondo preliminare vi sia identità (*bis in idem*) »⁴⁶⁶.

La decisione, invero, appare di « incerta decifrazione »⁴⁶⁷. Seppur si avverta che il preliminare non è un “recipiente di comodo” nel quale far confluire fattispecie contrattuali dai confini incerti, il Supremo collegio cade nell'inganno e qualifica come tali due figure distanti tra loro e dal preliminare, secondo

puntuazione ovvero ad un accordo col quale le parti fissino alcuni degli elementi essenziali del contratto, senza tuttavia che da esso sorga un obbligo di *contrahere*. Ai fini della qualificazione nell'uno o nell'altro senso si tratterà allora di indagare la volontà dei futuri contraenti, in ossequio al disposto dell'art. 1362 c.c.

⁴⁶⁴ U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Riv. not.*, 2010, p. 53; M. SEMENARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 347. Di diverso avviso è D. PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, in *Giust. civ.com*, 2015: egli ritiene che la sequenza preliminare di preliminare-preliminare-definitivo risponda ad un interesse meritevole di tutela, identificato nella gradualità del vincolo, al quale si ritiene che l'elemento della causa possa dare il giusto valore. L'a., però, riferisce tale elemento ad una manifestazione dell'autonomia privata che riconosce essere frutto della sua declinazione c.d. procedimentale, mentre tale elemento è chiaramente riferito al contratto che esaurisce in sé l'affare voluto, fatta eccezione per il preliminare, in ragione della sua natura particolare.

⁴⁶⁵ A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. civ.*, 2012, p. 575 ss., rileva che le due accezioni della causa, in astratto e in concreto, presentano un elemento in comune, dato dall'essere tale elemento in primo luogo e in ogni caso “funzione” ovvero « rapporto tra un moto proveniente dall'autonomia individuale e un controllo ordinamentale » che si esplica nell'accertamento circa la sussistenza di indici di giuridicità dell'accordo privato, i quali dipendono, secondo la ricostruzione data dall'a., dall'assetto di interessi perseguito con l'operazione economica posta in essere.

⁴⁶⁶ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628 (n. 5.1.). Ma in senso conforme si erano già pronunciati, nella giurisprudenza di merito: Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, p. 283; Pret. Firenze, 19 dicembre 1989, in *Giur. merito*, 1990, p. 466; Corte d'appello, Napoli, 11 ottobre 1967, in *Giur. it.*, 1969, c. 279 ss.; Trib. Genova, 7 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1995, c. 530 ss.

⁴⁶⁷ C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 789.

l'accezione che gli è propria di contratto che obbliga alla conclusione del definitivo.

Se la nullità del preliminare di preliminare discende dall'identità di contenuto col preliminare, in presenza della quale il primo contratto è già un preliminare, mentre il secondo è pura ripetizione del primo, ma nella forma richiesta per la trascrizione⁴⁶⁸; una *reformatio*, qualora le parti decidano di modificare alcuni punti sui quali l'accordo era già stato raggiunto; un'aggiunta rispetto a quei profili per i quali non si era ancora giunti ad un accordo, come sulle modalità o i tempi di pagamento, allora il tutto, secondo la Corte, si riduce alla ricerca, a monte di un interesse concreto che giustifichi la successione dei due atti, a valle di un elemento contenutistico che segni la diversità tra i due contratti; il che, esemplificando, potrebbe discendere dall'esclusione dell'esecuzione in forma specifica, dalla previsione di un diritto di recesso, dall'aver subordinato l'efficacia del contratto al verificarsi di una condizione⁴⁶⁹. Ma – riteniamo noi – ciò non basta a ritenere sussistente una differenza contenutistica tra le due fattispecie tale da affermarne l'utilità. Il preliminare di preliminare può considerarsi altro dal preliminare se la

⁴⁶⁸ N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 4, la ripetizione presuppone « non un'identità di segni esteriori ma di significati » e crea un legame tra i due negozi su un duplice piano: obiettivo, perché le parti si accordano di procedere alla ripetizione; subiettivo, perché si rappresentano il primo negozio e si servono di ciò nell'attività ripetitiva (IRTI, *op. ult. cit.*, p. 32). È quanto avviene nella successione tra primo e secondo preliminare, ove a fronte di un'identità di contenuto sussiste una divergenza di forma, oltre che temporale (IRTI, *op. ult. cit.*, p. 2). Non vi è ripetizione invece tra il preliminare e il definitivo, data la diversità di contenuto tra i due (IRTI, *op. ult. cit.*, p. 41 ss.), mentre non è escluso che possa esservi tra il definitivo e un contratto successivo, stipulato per mere ragioni di forma (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 885). Secondo l'a., invece, non può aversi ripetizione quando il primo negozio sia privo della forma richiesta ai fini della validità dell'atto, perché in tal caso questo sarebbe nullo e il secondo non potrebbe esserne la ripetizione, ma valere quale primo negozio (p. 40).

⁴⁶⁹ Critica verso la decisione delle Sezioni unite, R. DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, in NGCC, 2015, p. 391, la quale ritiene contraria alla volontà delle parti la qualificazione di contratto preliminare data alla fattispecie concreta, con cui i contraenti vorrebbero esclusivamente rinviare la stipulazione del secondo preliminare e subordinare alla sua conclusione l'applicazione dell'art. 2932 c.c. Ma, come previsto dal medesimo enunciato normativo, nulla impedisce alle parti di escluderne l'applicazione, senza che a tal fine sia necessario ricorrere alla sequenza preliminare di preliminare-preliminare, quel che non è consentito, al contrario, è, come affermano G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, p. 32; PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., p. 51, ritenere implicitamente esclusa l'applicazione dell'art. 2932 c.c., per il solo fatto che al preliminare concluso ne conseguirà uno successivo.

differenza tra i due atti agli elementi essenziali previsti dall'art. 1325 c.c.⁴⁷⁰, il che desta difficoltà perché, essendo il preliminare, in pari tempo, schema di formazione del consenso e contratto, in esso devono già trovare definizione gli elementi del definitivo. Ora, l'oggetto del preliminare di preliminare dovrebbe individuarsi nell'obbligo di concludere un preliminare successivo che a sua volta obbligherà a concludere il definitivo, ma il contenuto del preliminare si determina sempre *per relationem* rispetto al definitivo, in quanto è questo che individua l'operazione economica voluta dalle parti. Il preliminare, invece, non configura di per sé un tipo, per cui un contratto che obblighi alla conclusione di un preliminare successivo senza individuare il definitivo che con quest'ultimo si intenda realizzare risulterebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto, tanto è vero che la stessa giurisprudenza ritiene che tale contratto non esaurisca il suo contenuto nell'obbligarsi ad obbligarsi ma contenga anche l'obbligo di addivenire alla conclusione del definitivo. Dall'identità di contenuto dei due contratti, però, secondo le Sezioni unite, non discende la nullità per difetto di causa del primo – come era stato ritenuto dalle Sezioni semplici – ma del secondo preliminare (n. 5.1.)⁴⁷¹. Sottintesa alle parole delle Sezioni unite è la tesi secondo cui il primo

⁴⁷⁰ Ritiene diversamente F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 630. Secondo l'a., infatti, perché il preliminare di preliminare possa riconoscersi valido, in quanto preposto al soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela, sarebbe sufficiente che la differenza contenutistica da cui il Supremo collegio fa dipendere la sua utilità sia riferita alla modifica di un accordo precedente o alla previsione di elementi accessori ulteriori.

⁴⁷¹ Così afferma Cass., sez. un., n. 4628/15, cit., discostandosi dall'orientamento precedente che sanciva la nullità del preliminare di preliminare, travolgendo l'intera operazione economica voluta dalle parti. Dato il nesso di collegamento che intercorre tra il preliminare e il definitivo, infatti, dichiarato nullo il preliminare di preliminare si ha, a cascata, anche del secondo contratto perché posti in essere in esecuzione dell'obbligo di prestazione che discende dal primo. Diversamente, qualora la conclusione del secondo contratto sia stata prevista per riprodurre il primo nella forma dell'atto pubblico, necessaria per la trascrizione, allora questo presenterebbe una causa propria e autonoma. In tal caso, secondo G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933, p. 51, il primo negozio assume la causa del tipo cui appartiene, il secondo, invece, presenta una causa propria e autonoma che si identifica nella rinnovazione, ovvero nella sostituzione della fonte del rapporto. Dissente da questa opinione IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 140 ss., spec. 146, secondo il quale la ripetizione presuppone l'identità dei due negozi e, quindi, dei relativi elementi, tra i quali la causa, per cui la ripetizione, secondo l'a., diviene una mera qualifica di negozi successivi e denota la prevalenza del secondo sul primo. Tale tesi, tuttavia, trascura il rilievo che, in virtù della accezione in concreto della causa, deve essere riconosciuta alla volontà delle parti per cui, combinando le due teorie, seppure la causa del secondo contratto sia in astratto la medesima del contratto che si ripete, in concreto l'interesse sotteso alla sua conclusione, ovvero la ripetizione, la colora di una sfumatura diversa, il che ne esclude l'identità e, di riflesso, la nullità per difetto di causa che ne conseguirebbe.

contratto è già un preliminare, per cui tutto viene incluso entro la sequenza preliminare-definitivo, ritenendosi superflua l'introduzione di una fase intermedia⁴⁷². La dottrina ha accolto con favore questo orientamento, pur evidenziando un profilo di debolezza nella decisione, la quale evita di affrontare il modo in cui il preliminare di preliminare dovrebbe intendersi come preliminare, prospettando a tal fine tre tesi: la prima afferma la parziale nullità del contratto, sicché eliminando l'obbligo di concludere il preliminare resterebbe intatto quello di concludere il definitivo; la seconda propone di pervenire alla conservazione del contratto per via interpretativa *ex art. 1367 c.c.*, così qualificando il contratto come preliminare di vendita; la terza, infine, opta per l'applicazione dell'art. 1424 c.c., che consente la conversione del contratto nullo in altro di cui contenga tutti i requisiti di forma e di sostanza⁴⁷³. Vero è che, accolta la tesi per cui il primo contratto sarebbe valido, a scapito del secondo, tutto si riduce a un'operazione di qualificazione e interpretazione della volontà delle parti, ma ciò non basta. L'interprete non può trascurare il volere dei contraenti e ignorare la presenza della clausola che li obbliga a concludere il secondo preliminare, la quale deve ritenersi nulla ai sensi dell'art. 1419, co. 1 c.c., mentre il contratto sopravvive per il resto, giacché quel che le parti vogliono è il definitivo⁴⁷⁴. La decisione ci pare

⁴⁷² PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, cit., qualifica questa prima specie di contratti "pre-preliminari senza suffisso" definendoli « figure "atipiche", contenenti gli elementi necessari per configurare un ordinario contratto preliminare », in ossequio a quanto sostenuto dalla Corte, secondo la quale si avrebbero nel caso di specie dei preliminari atipici. Ma, come risulta evidente, non sussiste alcuna atipicità nel caso di specie, perché la differenza di contenuto è espressione dell'autonomia dei privati di definire liberamente il contenuto del contratto, nel rispetto dei limiti posti dalla legge (art. 1322, co. 1) « ogni fattispecie contrattuale concreta presenterà (quindi) quella funzione, quel contenuto, e quella forma, cioè assumerà, necessariamente, una sua configurazione peculiare ed irripetibile » (A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 39).

⁴⁷³ PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, cit.; G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 47 ss., si esprime in senso contrario all'applicazione dell'art. 1419 c.c., perché sostiene che non si potrebbe dichiarare la nullità del contratto sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo di concludere il preliminare, conservandone la validità per quella parte dell'obbligazione che si riferisce alla stipula del definitivo, né si potrebbe procedere alla sua conversione in preliminare, in quanto, ritiene l'a., la Corte cade in contraddizione nell'ammettere che la volontà di obbligarsi a concludere il definitivo sia inclusa in quella di concludere il preliminare. Verrebbe dunque meno il presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 1424 c.c.

⁴⁷⁴ L'essenzialità della clausola, come affermato da Cass., 1 marzo 1995, n. 2340, deve essere valutata oggettivamente, « con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti ». Ora, nel nostro caso, la tesi della Corte appare tanto più meritevole di

condivisibile sul punto, fino a quando il secondo contratto non sia stato ancora concluso, diversamente l'antinomia che sorge in presenza di due negozi tra loro identici riteniamo debba risolversi a favore del secondo. Se così non fosse si andrebbe contro l'autonomia dei privati, poiché « se da un lato è ragionevole presumere che le parti non ripetano una dichiarazione “pel semplice gusto di ripeterla”; dall'altro, è ragionevole presumere che non intendano porre nel nulla un negozio perfetto e già in grado di svolgere la propria efficacia »⁴⁷⁵.

Ma le Sezioni unite si spingono oltre, poiché affermano che l'alternativa “preliminare-definitivo” amputa le forme dell'autonomia privata (n. 6.2.) ed esprimono così il loro favore verso la formazione progressiva del contratto, affermando che « se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due sequenze che si avvicinano »: la prima è detta delle “mere punteggiature” e identifica una fase iniziale delle trattative, nella quale le parti intrattengono una prima discussione volta a determinare gli elementi essenziali del contratto da concludere; la seconda è quella delle punteggiature vincolanti, che testimonia il raggiungimento di una fase più avanzata, essendo già stato raggiunto un accordo su alcuni punti, mentre sugli altri le parti si riservano di addvenirvi. In quest'ultima ipotesi, prosegue la Corte, « la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia “bloccare l'affare”, anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo »: si sarebbe qui in presenza di un preliminare di preliminare, ma, com'è evidente, la fattispecie è altra da quella che nel diritto vivente ha assunto tale denominazione. Si tratterebbe, in particolare, di un accordo fonte di un obbligo di contrattare che vincola le parti alla prosecuzione delle trattative – non anche al raggiungimento di un accordo e dunque alla conclusione del contratto – alla violazione del quale

accoglimento se si considera che il contratto concentra la sua utilità nella previsione dell'obbligo di concludere il definitivo, onde le parti lo avrebbero concluso, pur in assenza dell'obbligo di concludere il preliminare.

⁴⁷⁵ IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 149. Dati tali negozi, tra loro incompatibili, esclusa la pacifica convivenza tra i due, si tratta di individuare un criterio che risolva l'autonomia, il quale, secondo IRTI, *Ibidem*, sta nella priorità o prevalenza del negozio successivo.

conseguirà una « responsabilità contrattuale per inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c. ». L'equivoco richiamo alla responsabilità contrattuale, intesa nel suo significato letterale di responsabilità da contratto-atto, induce a ritenere che qui la giurisprudenza abbia inteso operare una contrattualizzazione delle fasi preliminari alla stipulazione di uno specifico negozio⁴⁷⁶, la quale sul piano del diritto positivo ha trovato un antecedente nella legge 2 gennaio 1991, n. 1 in materia di intermediazione mobiliare. L'art. 6 di questo testo normativo prevedeva la stipulazione di un contratto scritto destinato a definire i rapporti col cliente in via preventiva rispetto al conferimento di un incarico specifico, onde si è sostenuto che, al di là del *nomen iuris* dato all'accordo, questo non fosse fonte di un obbligo di prestazione ma mirava a specificare quegli obblighi che discendono dalla clausola generale di buona fede⁴⁷⁷. Tra le parti non sorgeva dunque un rapporto contrattuale, bensì quella che « la dottrina tedesca chiama “relazione contrattuale corrente”, la quale non è generata da un contratto già foriero di prestazioni ma funge per così dire da reticolo di base nel quale si inseriscono i singoli rapporti operativi (di prestazione) ogni volta che siano voluti dalle parti » e tale relazione, a sua volta, si ascrive alla categoria del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione⁴⁷⁸, per cui genera dubbi la qualificazione data dal legislatore all'atto che ne è fonte. Da questa esperienza normativa, oggi ripresa dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58⁴⁷⁹, si può ricavare che è possibile procedere ad una specificazione degli obblighi che discendono dalla buona fede, ma a tal fine non è necessario scomodare la categoria del contratto, perché tutto si risolve entro la fase delle trattative, il che vale *a fortiori* quando la fonte di tale rapporto non sia la legge ma la volontà delle parti. La decisione delle Sezioni unite risulta invece ambigua sul punto perché da un lato esclude che la *species* di preliminare di preliminare di cui si discute abbia natura contrattuale,

⁴⁷⁶ L'espressione è di REALMONTE, *Introduzione*, cit., p. XX.

⁴⁷⁷ CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., p. 314.

⁴⁷⁸ CASTRONOVO, *Ibidem*, testo e nt. 11, p. 319 ss.

⁴⁷⁹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 626 s., infatti, rileva che la ricostruzione a suo tempo data dal medesimo a. alla disciplina di cui alla l. n. 1/91 ha trovato conferma nella legislazione successiva, da ultimo modificata dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164.

riferendola alla fase precontrattuale e individuandone la fonte in quel *tertium genus* di fonte delle obbligazioni che l'art. 1173 c.c. definisce « ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico »; dall'altro afferma che dalla violazione degli obblighi che ne discendono deriva una responsabilità contrattuale per inadempimento di un obbligo di prestazione, ma « la violazione di un obbligo, pur quando non si tratti dell'obbligo di prestazione, dà vita a responsabilità che si dice contrattuale non perché denoti la fonte dell'obbligo (contratto), la quale in questo caso non è ancora venuta ad esistenza, ma perché segnala la diversità dalla responsabilità aquiliana »⁴⁸⁰. Tale ambiguità merita dunque di essere risolta ricordando che il rapporto che sorge tra le parti in seguito alla conclusione del preliminare di preliminare, vestito da precontratto, è sì un rapporto obbligatorio, ma senza obbligo primario di prestazione⁴⁸¹. Si riduce così la novità apportata dalla

⁴⁸⁰ CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., p. 320. Le osservazioni dell'A., riferite all'art. 6 della legge n. 1/1991 e oggi all'art. 19 del TUF (CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 628), ci pare possano adattarsi al caso di specie per l'analogia che abbiamo rilevata nel testo rispetto alla fattispecie del preliminare di preliminare, come descritta dalle Sezioni unite nella decisione che qui si analizza.

⁴⁸¹ Ora, secondo parte della dottrina (A. PLAIA, *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015; PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, cit.), dietro alle parole della Corte suprema si celerebbe l'intento di ridar vita a quella fonte delle obbligazioni di matrice romanistica superata dal codice del 1942 e nota come quasi-contratto, della cui utilità si dibatteva già sotto il codice del 1865 (A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929, p. 11) che all'art. 1140 lo definiva « un fatto volontario e lecito dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca delle parti », all'interno del quale venivano sussunte fattispecie tra loro diverse in cui, rispetto al contratto, difetta l'accordo (C.A. CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 25. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 110). Il codice previgente accoglieva dunque la quadripartizione delle *Institutiones*, ove le fonti si ripartivano « in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio » (§ 2 Inst. de obl. 3, 13) e tra i *quasi ex contractu* si annoveravano: gli obblighi derivanti dalla gestione di negozi, dalla tutela, dalla comunione, dall'adozione dell'eredità, dal pagamento dell'indebito. Nel diritto romano, infatti, il *quasi ex contractu* comprendeva quelle figure nelle quali il consenso è presunto o finto ed è così definito per quei profili di analogia che lo rendono affine al contratto, giustificando la scelta di assoggettarlo alla medesima disciplina. Tale novità non trova riscontro invece nelle opere precedenti del giurista Gaius, il quale nelle *Institutiones* aveva accolto la bipartizione delle fonti in contratto e delitto, mentre ne *Le res cottidianae* aggiungeva a queste anche le *variae causarum figurae*. A detta scelta si uniforma il codice del 1942, discostandosi dalla soluzione accolta nel codice previgente. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 110, afferma però che talvolta può rendersi necessario il riferimento al quasi-contratto per giustificare quei fenomeni che sono regolati in modo indipendente dal perfezionamento di un accordo, ma, avverte l'a., si tratta di figure che non vanno confuse con quelle in cui sono già ravvisabili gli estremi del contratto, senza però che si cada in un eccesso dogmatico nel definirlo.

Nel caso di specie, in particolare, un accordo sussiste e in forza dell'enunciato normativo dell'art. 1173 c.c. non residua alcuno spazio per dar vita ad un quasi-contratto, figura di cui non può addursi

decisione all'ordinamento, poiché non si spinge sino al riconoscimento del preliminare di preliminare quale legittima manifestazione di quella forma di libertà contrattuale che ha preso il nome di autonomia privata procedimentale.

7.1. *Autonomia privata procedimentale: quid iuris?*

A un certo punto in dottrina è emersa l'idea che l'autonomia dei privati non dovesse ritenersi limitata alla determinazione del contenuto del contratto o alla creazione di fattispecie atipiche, ma si estendesse sino a comprendere la libertà di creare nuovi schemi di formazione del consenso, altri e ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore, ma rispettosi dell'unico limite invalicabile cui si ritiene vincolato tale potere⁴⁸²: l'accordo⁴⁸³ – che del contratto è essenza – e ciò seppure dall'art. 1322 c.c. consegua che « l'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi. Non procedimenti »⁴⁸⁴. È evidente allora la difficoltà che

alcuna necessità, perché le intese precontrattuali trovano ivi la loro fonte. Nel *tertium genus* delle fonti, infatti, rientrano sia quelle previste dalle norme del codice civile o da leggi diverse, sia quelle individuate dall'interprete, senza che sia necessario un riferimento preciso alla legge, purché si tratti di atti o fatti idonei a produrre obblighi in conformità dell'ordinamento, secondo il disposto dell'art. 1173 c.c. L'affidamento che sorge tra le parti di un rapporto precontrattuale costituisce infatti una fonte idonea alla produzione di obbligazioni senza prestazione, come affermato dalla dottrina: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 538 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 129 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 680 ss.; ID., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, ivi, 2012, p. 1236 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Scritti*, II, cit., p. 279; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1131; ID., *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., p. 35, 41 e in seguito dalla giurisprudenza (v. Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648; Cass., 12 luglio 2016, n. 14188).

⁴⁸² Tra i principali sostenitori A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, passim; ID., *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *La contrattazione preliminare*, cit., p. 113; ID., *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del « preliminare di preliminare »*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015; G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1074; PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., p. 8 ss.; U. STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il «preliminare di preliminare» è valido; anzi no*, in *Dir. civ. cont.*, 9 giugno 2015; A. URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 67 ss.

⁴⁸³ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 10 ss., spec. p. 18; ID., *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale*, cit., p. 111. Secondo PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., p. 10, un ulteriore limite va ravvisato negli effetti che la legge attribuisce agli atti della sequenza, rispetto ai quali le parti non potrebbero prevedere diversamente.

⁴⁸⁴ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 35, il quale prosegue: « La possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede », come risulta già sul piano del diritto positivo dall'art. 1323 c.c., in forza del quale tutti i contratti, seppure atipici, sono assoggettati alle norme generali dettate dagli art. 1321-1469 c.c.

incontra l'interprete nel momento in cui per riconoscere una tale declinazione del potere di libertà contrattuale deve muoversi oltre il dettato normativo, appigliandosi alla mera concezione di matrice liberista per cui il contratto è espressione della sovrana volontà delle parti a partire dal momento in cui ha inizio la fase di formazione. Di certo, salvi i casi in cui il legislatore abbia vincolato la conclusione del contratto ad una certa modalità, la scelta sul *come* contrarre è libera ed esprime gli interessi perseguiti dalle parti, perché ogni schema di formazione del consenso assicura la realizzazione di un assetto funzionale diverso e la certezza dell'attività commerciale⁴⁸⁵, il che non comporta « la *frantumazione* del contratto, ma *diversità*, di tecniche, nell'*unità* del contratto »⁴⁸⁶. Rispetto a questa libertà, che abbiamo denominato di contrattare, assume una portata più ampia l'autonomia privata procedimentale, espressione che appare equivoca già nel suo *dictum* in quanto evoca la categoria del procedimento, nata nel diritto pubblico e da lì trasposta nel diritto privato⁴⁸⁷, in contrapposizione a quella di fattispecie a formazione successiva.

⁴⁸⁵ G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 349, 351. Come ricordato dall'autore, ad una prima fase, che risale alla codificazione francese, nella quale i modi di formazione del contratto si ritenevano espressione dell'autonomia privata, è succeduta una fase successiva, inaugurata in Italia dal codice vigente, che ha positivizzato gli schemi del consenso, così limitando lo spazio lasciato alla libertà delle parti.

⁴⁸⁶ G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 322.

⁴⁸⁷ In controtendenza, tra l'altro, con quanto avvenuto nei rapporti tra le due materie. Da sempre, infatti, è il diritto pubblico in genere e il diritto amministrativo in specie che chiede in prestito al diritto civile le sue categorie per spiegarne gli istituti, com'è avvenuto per definire la natura del provvedimento, dapprima sussunta in quella del negozio giuridico, o per la determinazione dei suoi elementi essenziali (S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 6), ancora oggi identificati in quelli dettati dall'art. 1325 c.c. per il contratto – ad eccezione dell'accordo – in assenza di una disposizione che chiarisca il disposto dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 per cui è « nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali » (Cons. Stato, 28 febbraio 2011, n. 1250, li individua nell'oggetto, nel soggetto, nel contenuto, nella causa; secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 386, è altresì necessario l'elemento della volontà quando il provvedimento è frutto dell'esercizio di un potere di natura discrezionale). Ma le diversità che da sempre connotano e pongono agli antipodi il diritto privato e il diritto pubblico rendono difficilmente adattabile all'una e all'altra materia il medesimo istituto, sicché, come rileva F. LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *Azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, p. 5, è apparsa una forzatura adeguare il contratto al diritto amministrativo quando la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio di un potere autoritativo (negli altri casi invece il legislatore ha inteso promuovere l'adozione di modelli privatistici, come risulta dall'art.

La dottrina amministrativistica ci insegna che il procedimento deve essere assunto nella sua duplice accezione, formale e sostanziale: la prima si riferisce al suo essere forma dell'azione amministrativa, che si estrinseca nel dinamico succedersi di momenti nel tempo, in direzione della sua conclusione perché il provvedimento, che si pone a chiusura di tale sequenza, presuppone l'osservanza di adempimenti formali che il procedimento è volto a garantire; la seconda attiene invece al carattere strutturale di tale *iter* e dà sostanza alla funzione amministrativa, essendo il luogo in cui è possibile ordinare e coordinare i diversi interessi pubblici e privati coinvolti, al fine di ricercare l'assetto più adeguato per la realizzazione dell'interesse pubblico⁴⁸⁸. Com'è noto, l'essenza dell'attività amministrativa sta nell'essere diretta al perseguimento dei fini determinati dalla legge (art. 1 l. n. 241/90), i quali pervadono l'esercizio del potere *nel suo farsi atto*⁴⁸⁹ sia qualora la pubblica amministrazione agisca *iure imperii* sia quando agisca *iure privatorum*⁴⁹⁰,

1, co. 1-*bis* della legge n. 241/1990), come adesso appare una forzatura adeguare al diritto privato il procedimento.

⁴⁸⁸ A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, Milano, 2006, p. 4510 ss. Le due nozioni riflettono l'evoluzione che ha interessato il diritto amministrativo, poiché l'affermarsi della seconda segue l'entrata in vigore della legge n. 241/1990, che dedica precipua attenzione alla partecipazione dei privati che nutrano un interesse all'interno del procedimento, riconoscendo il valore aggiunto che ciò può apportare alla pubblica amministrazione, la quale viene così resa edotta di interessi che altrimenti potrebbero esserle ignoti, oltre che al privato per il quale la partecipazione diviene un mezzo di difesa anticipato rispetto al processo.

⁴⁸⁹ Il riferimento è alla nozione di funzione elaborata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 121, che mette in luce un ulteriore aspetto del procedimento, ovvero il suo essere il luogo nel quale trova vita il potere amministrativo, che si manifesta nell'emanazione del provvedimento finale.

⁴⁹⁰ È esemplare a tal riguardo la disciplina in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tutta pervasa dalla regola dell'evidenza pubblica (cfr. F. MASTRAGOSTINO-E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 17 ss.). Seppure il procedimento miri alla conclusione di un contratto tra la pubblica amministrazione e il privato aggiudicatario, ciò non vale a mettere in discussione la tesi che qui si sostiene, per cui non è corretto parlare di procedimento con riguardo alla fase di formazione del contratto, in quanto l'azione amministrativa è sempre funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, anche quando si agisca *iure privatorum*, ovvero in assenza della titolarità di un potere amministrativo (v. sul punto E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, p. 73; S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 96 ss., nt. 106, il quale però giustifica ciò sostenendo l'inesistenza di un contratto di diritto pubblico, argomentazione da noi non accolta). Basti ricordare che nel settore degli appalti pubblici il procedimento assolve ad una funzione essenziale per la tutela della *par condicio* tra potenziali aggiudicatari – nazionali e non – che costituisce uno dei fini principali che hanno mosso il legislatore europeo prima e il legislatore nazionale dopo alla riforma della materia, realizzata recentemente con le dir. 2014/23-24-25/UE del 26 febbraio 2014, attuate dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

poiché nell'uno e nell'altro caso le decisioni assunte sono il frutto di un procedimento nel quale non vi è spazio per valutazioni egoistiche, contrariamente a quanto vale per l'autonomia privata. Tale differenza di fondo spiega perché nel diritto privato « l'elemento psicologico della manifestazione di volontà rappresenta il solo momento giuridicamente rilevante, (mentre) nel pervenire all'adozione di una decisione amministrativa assume importanza fondamentale il profilo organizzativo e, cioè, il dipanarsi della procedura secondo un predeterminato disegno »⁴⁹¹ che l'amministrazione è tenuta ad osservare, pena l'illegittimità del provvedimento, a garanzia sia del corretto esercizio del suo potere e dell'interesse pubblico per il quale questo le è stato conferito dal legislatore, sia dei privati che sono messi così nella possibilità di difendersi da un'azione amministrativa che si riveli scorretta⁴⁹². Inoltre, l'avvio del procedimento, derivi da un atto di impulso pubblico o privato, obbliga la pubblica amministrazione alla sua conclusione *ex art. 2* della l. 241/90, onde si può sostenere che il suo innescarsi vincoli all'emanazione di un atto conclusivo, non residuando alcuna facoltà di scelta circa l'*an*, pur potendo residuare sul *quid* e il *quando* qualora l'amministrazione goda di un potere discrezionale.

Il « procedimento » è dunque categoria che risponde ad un coacervo di interessi pubblici per loro natura estranei al diritto dei privati⁴⁹³, governato dall'opposto principio dell'autonomia contrattuale che consente a ciascuno di agire nel perseguimento dei propri interessi egoistici tendendo alla loro massimizzazione, con l'unico limite dell'osservanza della legge imperativa e del rispetto della sfera giuridica altrui. Abbiamo già ricordato che è consentito alle parti accordarsi sulle modalità di svolgimento delle trattative e persino predeterminare il contenuto di un contratto solo futuro ed eventuale, vincolandosi alla sua

⁴⁹¹ SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, cit., p. 4510.

⁴⁹² F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 874; PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., p. 4, il quale evidenzia il valore che il procedimento assume nel diritto amministrativo, essendo forma della funzione e mezzo per consentire un controllo dell'azione amministrativa.

⁴⁹³ E infatti la *ratio* del procedimento è individuata da LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, cit., p. 4, nell'essere l'attività amministrativa preordinata alla realizzazione di interessi altrui, diversamente dalla condotta del privato che è libero di scegliere gli obiettivi da perseguire e il modo attraverso il quale realizzarli, configurandosi come eccezionali i casi in cui la legge preveda diversamente.

osservanza, mediante la conclusione. È quanto avviene coi negozi di configurazione, di cui è esempio il patto sulla forma, disciplinato dall'art. 1352 c.c., mediante i quali le parti possono regolare la fase di formazione del contratto, vincolandosi ad osservare le regole che si sono date in merito all'esclusione del valore concludente di certe dichiarazioni ovvero al valore da riconoscere ad altre⁴⁹⁴, senza che da tali accordi, della cui natura contrattuale è dato dubitare, discenda un obbligo di trattare, esaurendosi il tutto nel sorgere di un *vinculum iuris* destinato ad incidere sul *come* trattare. Ma quando si parla di procedimento contrattuale, richiamando la categoria amministrativistica, è quest'ultimo l'intento al quale si mira, il che contrasta col principio di autonomia privata. Sappiamo infatti che le trattative rappresentano ontologicamente una fase nella quale la volontà non si è formata e non si sa ancora se si formerà, per cui è imposto dalla sua stessa natura che la libertà dei privati sia scevra di vincoli circa la conclusione del contratto, considerato sotto il profilo dell'*an*, giacché, se così non fosse, l'atto perderebbe la sua natura negoziale perché « una delle più ovvie e primordiali implicazioni » dell'autonomia privata « (deve) consistere nella libertà di scelta riconosciuta al soggetto privato sul *se* o meno fare atto di esercizio della propria autonomia »⁴⁹⁵. Per ritenere diversamente non può affermarsi che nel diritto privato ciò che innesca il procedimento è l'intento delle parti⁴⁹⁶, creando un parallelismo col diritto pubblico ove tale forza propulsiva è riconosciuta al potere conferito dalla legge all'amministrazione, perché la volontà può orientare la condotta dei potenziali contraenti *ab origine*, nel momento in cui hanno inizio le trattative, non può però vincolarla oltre, come risulta dall'art. 1328 c.c. che prevede la revocabilità della

⁴⁹⁴ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 427; PALERMO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 116 ss., comprende tra questi anche il contratto preliminare. A titolo meramente esemplificativo, TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 50, ricorda quali vincoli che i privati possono prevedere nella fase delle trattative: l'irrevocabilità della proposta, il patto di prelazione, il contenuto del contratto, la conclusione del futuro contratto.

⁴⁹⁵ GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 94.

⁴⁹⁶ SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 37 ss., mentre, come sostiene GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 95, l'autonomia privata si sostanzia nell'autoregolamentazione degli interessi privati sicché la spinta alla conclusione del contratto può derivare esclusivamente dal singolo che di tale interesse sia portatore.

proposta e dell'accettazione⁴⁹⁷, perché fino a quando il contratto non si formi non ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.) e queste sono libere quindi di non addivenire alla sua conclusione, salvo l'obbligo di risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.*, che sorge qualora la condotta posta in essere integri una violazione del principio di buona fede. Detta clausola generale infatti si concretizza in un obbligo senza prestazione di prosecuzione delle trattative qualora queste abbiano raggiunto uno stato di avanzamento tale da far sorgere in capo al potenziale contraente un legittimo affidamento alla sua conclusione, senza che sia sorto un obbligo di prestazione, perché le trattative sono « luogo di una responsabilità che nasce nonostante la mancanza dell'inadempimento »⁴⁹⁸.

D'altronde se, com'è vero, l'uso delle parole nel diritto non può essere neutro, la categoria amministrativistica *de qua* dovrebbe trovare applicazione nel diritto privato conservando i tratti che la connotano e, quindi, vincolerebbe i privati all'emanazione dell'atto conclusivo del procedimento nei modi e nei termini predeterminati, il che significa violare la libertà di contrarre; è invece fuori luogo riferirsi ad essa per fini meramente descrittivi⁴⁹⁹, essendo più opportuno parlare in tal caso di sequenza o *iter* di formazione del contratto e, quando questo si snoda in

⁴⁹⁷ Se la formazione del contratto fosse da intendere quale procedimento, allora, come rileva GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 96, nt. 106, la proposta dovrebbe assumere un effetto propulsivo che invece è negato *ex lege*.

⁴⁹⁸ CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., p. 319.

⁴⁹⁹ In tal senso v. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 56, secondo il quale il procedimento di formazione del contratto si identifica nella sequenza di atti e situazioni giuridiche intrinsecamente correlati; PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., p. 5, per il quale l'essenza del procedimento sta nella concatenazione di atti, situazioni o comportamenti giuridicamente significativi di cui esso consta, i quali sono teleologicamente avvinti dall'essere destinati a produrre un unico effetto (la conclusione del contratto); RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 12, il quale, dopo aver rifiutato la nozione di procedimento in senso tecnico, afferma di riconoscere validità a quella di procedimento in senso lato, inteso come svolgimento di attività che si susseguono per la realizzazione di un certo effetto; SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 33, che, adottando una nozione non difforme da quella di BENEDETTI, lo intende come una successione di atti che ha inizio nell'individuazione del soggetto e di ogni altro presupposto soggettivo e oggettivo necessario per l'esercizio del potere negoziale, fino all'esaurimento del ciclo che segue all'emanazione dell'ultimo atto esecutivo.

Si segnala, inoltre, che talvolta in dottrina si fa uso del termine *procedimento* senza avere debitamente riguardo al suo significato, ma in funzione meramente sinonimica rispetto ad espressioni altre, come quella di sequenza (v. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni*, cit., p. 934 ss.).

più fasi, di fattispecie a formazione progressiva⁵⁰⁰ nella quale, pur essendovi un succedersi di atti anch'essi diretti all'emanazione di un atto finale, qual è il contratto, manca un obbligo di addivenirvi perché il suo « avverarsi è lasciato generalmente alla molla dell'interesse privato. Mancherebbe, in altri termini, una situazione di giuridica necessità [...] Invece nel tipico procedimento dopo l'atto iniziale che può essere necessitato anch'esso, ma che più frequentemente è libero, la successiva attività si svolge per un obbligo di procedere »⁵⁰¹.

Sebbene le Sezioni unite abbiano affermato che « anche la dottrina più rigorosa riconosce che da gran tempo è stata discussa la formazione progressiva del contratto e sembra ammettere che essa potrebbe atteggiarsi configurando una

⁵⁰⁰ È questa la categoria civilistica preposta a dar spiegazione al fenomeno di cui si tratta, onde non trova ragione neppure sotto il profilo causale il ricorso all'istituto amministrativistico del procedimento. Dalla progressività risulta il necessario combinarsi di più atti per il prodursi dell'effetto proprio della fattispecie, il quale è dunque differito alla loro emanazione, non essendo ciascuno, nella sua individualità, elemento sufficiente alla produzione dell'effetto ma ciascuno concorrendo a tal fine [N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 842 ss.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 138]. Discorrere di "procedimento" al solo fine di accogliere una prospettiva dinamica, ridotta ad un « ciclo formativo *in itinere* dell'atto » e alla « mera "successione di momenti" » [DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, cit., p. 851] diviene fuorviante ed esprime un uso delle parole disattento e in quanto tale da evitare. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 2012, p. 103, ritiene che quando più fatti siano disposti in un determinato ordine logico e cronologico e siano collegati da una funzione unitaria, la fattispecie si presenta come un procedimento, sicché sarebbe questo il *discrimen* tra le due ipotesi, il cui valore ci appare tuttavia ridursi ad un mero piano descrittivo, non tenendo conto di quell'aspetto, debitamente messo in luce da GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 94 ss.; VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., p. 163, che ha riguardo, come si dice nel testo, all'obbligo che sorge dal procedimento.

⁵⁰¹ SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 14. Non deve trarre in inganno che nella sequenza preliminare-definitivo ricorra un obbligo di *contrahere*, perché in tal caso si ha una manifestazione di volontà delle parti che incide sulla formazione del contratto, prorogata nella sua interezza al momento di conclusione del definitivo, onde non si ha una formazione progressiva dell'operazione economica che si mira a realizzare, essendo il preliminare e il definitivo contratti autonomi, ciascuno dei quali produce effetti propri, seppure funzionalmente e strutturalmente collegati (così ritiene anche A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 260). Contrari a tale impostazione: SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 7; DI PRISCO, *Procedimento*, cit., p. 866, secondo i quali i due contratti sono parti di un procedimento con cui si dà vita al definitivo, il che significa negare che il preliminare possa produrre effetti propri, considerandoli in ogni caso prodromici rispetto al definitivo, come implica la nozione di procedimento, sulla quale v. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 8. Noi riteniamo invece che con riguardo alla sequenza preliminare-definitivo non possa neppure parlarsi di fattispecie a formazione progressiva, perché se la fattispecie è data dal complesso degli elementi necessari alla produzione dell'effetto, allora questa si esaurisce nel contratto definitivo. Fa eccezione, come abbiamo visto nella sez. I di questo capitolo, il preliminare con effetti definitivi anticipati.

tripartizione del procedimento di compravendita immobiliare »⁵⁰², così lasciando intendere di voler aprire una breccia verso il riconoscimento dell'autonomia privata procedimentale, in verità così non è. Qualora la giurisprudenza avesse inteso pronunciarsi in tal senso, infatti, la tesi accolta in merito al preliminare di preliminare, ricompreso nell'area delle trattative, sarebbe stata un'altra. In particolare, solo se si fosse riconosciuta natura contrattuale all'accordo e in questo si fosse ravvisata la fonte di un obbligo di contrattare, ovvero di proseguire le trattative sino alla conclusione del contratto, si sarebbe giunti ad ammettere la categoria del procedimento anche nel diritto privato⁵⁰³; al contrario, ammettendo che il contratto si possa formare progressivamente attraverso la conclusione di minute e puntuazioni, la cui natura è quella degli atti precontrattuali da cui sorge, mediante l'obbligo di buona fede, quello di non interrompere ingiustificatamente le trattative⁵⁰⁴, non si intende riconoscere nulla di più di quanto già consentito alle parti⁵⁰⁵. Quest'ultima ci pare la soluzione preferibile, perché capace di neutralizzare il rischio intrinseco nell'ammettere il preliminare di preliminare quale contratto che obbliga a contrattare e la contrattualizzazione delle fasi precontrattuali che ne sarebbe dipesa. Una volta aperto uno squarcio verso l'autonomia dei privati di creare procedimenti atipici, quale sarebbe il preliminare

⁵⁰² Cass., sez. un., n. 4628/2015, cit., n. 6.1.

⁵⁰³ Erra PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, cit., quando afferma che « se vi è un negozio giuridico allora l'obbligazione ha fonte negoziale; se questo manca può aversi soltanto violazione della buona fede precontrattuale con rilevanti differenze sotto due profili » e, ancora, che « la derivazione negoziale della (obbligazione) esclude infatti l'applicazione della disciplina precontrattuale »: il *discrimen* tra le due ipotesi non è affidato alla natura negoziale o meno dell'atto, bensì alla sua natura contrattuale. È noto che mentre il contratto è necessariamente un negozio, ugualmente non può dirsi del negozio, che potrebbe anche non avere natura contrattuale. Nonostante la scelta del legislatore di non positivizzare la categoria del negozio giuridico, com'è noto, questa si ricava per astrazione dalle norme del codice che vi si riferiscono (tra queste, in particolare, l'art. 1324 c.c.), per cui gli atti precontrattuali hanno natura negoziale, pur non trattandosi ancora di contratti, e la responsabilità che potrà conseguire avrà natura contrattuale, obbligando a risarcire il danno derivante dalla violazione di un obbligo senza prestazione, come avviene nel contatto sociale e nelle trattative.

⁵⁰⁴ Così è previsto anche dal commento all'art. 4:103 del DCFR, ove si afferma che « an agreement to negotiate a contract (a contract to contract) is in itself a binding contract which entails an obligation on both parties to make serious attempts to conclude the planned contract. However the parties are not obliged to reach agreement », seppure continui a parlarsi di *contract*.

⁵⁰⁵ Coerentemente a quanto sostiene PLAIA, *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, cit., non è dunque necessario ricorrere alla teoria dell'autonomia privata procedimentale per spiegare la fattispecie: « qui, infatti, non c'è un contratto atipico procedimentale ».

di preliminare, non si potrebbero frapporre più limiti al suo esercizio onde si dovrebbe ritenere ammissibile anche un'ulteriore frammentazione dell'*iter* che conduce alla formazione del contratto: l'esito ultimo sarebbe una regressione all'infinito che inevitabilmente inciderebbe sul contenuto del contratto⁵⁰⁶. Sebbene « gli elementi previsti dall'art. 1325, e per ultima la causa, mostrano di essersi dissolti lasciando un osso di seppia: l'accordo delle parti »⁵⁰⁷, questo accordo, come prevedevano i *Principi di diritto europeo dei contratti* e oggi il *Draft Common Frame of Reference*, ove tutto si riduce ad esso, deve raggiungere pur sempre un grado di sufficienza affinché il contratto sorga, e a tal fine è necessario che « (a) the terms of the contract have been sufficiently defined by the parties for the contract to be given effect; or (b) the terms of the contract, or the rights and obligations of the parties under it, can be otherwise sufficiently determined for the contract to be given effect » (art. 4:103 DCFR). Così non sarebbe se il preliminare di preliminare divenisse il contratto che obbliga a concludere un preliminare ulteriore, che a sua volta obbligherà in tal senso, e così via discorrendo, perché tale successione varrebbe esclusivamente a generare un *vinculum iuris* nelle more necessarie per la definizione graduale degli elementi del definitivo e l'accordo non raggiungerebbe quindi quel livello di sufficienza necessario ai fini della sua validità, rivelandosi incompleto. Ma allora cosa residuerebbe dell'autonomia delle parti? Questa non sarebbe salvaguardata per il solo fatto che il contratto concluso a monte sia frutto della loro volontà. Vincolandosi a contrattare prima e a prescindere dal raggiungimento di un accordo sugli elementi del definitivo si riconoscerebbe natura contrattuale ad un negozio che non costituisce, regola o estingue un rapporto giuridico patrimoniale – come richiede l'art. 1321 c.c. – ma mira a realizzarlo⁵⁰⁸ e se ciò non risulta possibile perché manca il consenso sugli

⁵⁰⁶ Favorevole a tale regressione, U. STEFINI, *Il « preliminare di preliminare » e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1244, secondo il quale « non vi è ragione di escludere che l'autonomia privata possa creare preliminari per così dire "atipici", che, per esempio, obblighino a concludere successivi accordi più dettagliati e completi nell'ambito di un procedimento negoziale, e per i quali la disciplina "tipica" dovrà essere necessariamente adattata ».

⁵⁰⁷ C. CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana. Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001, p. XXVI.

⁵⁰⁸ È la medesima critica che può sollevarsi contro chi ritiene che l'accordo normativo abbia natura contrattuale, posto che si tratta di un negozio con cui si definiscono gli elementi di un contratto

elementi del contratto che si vuole concludere, allora si risolve in un nulla di fatto, perdendo quella efficacia che l'art. 1372 c.c. gli imprime disponendo che « il contratto ha forza di legge tra le parti »⁵⁰⁹. Questa, inoltre, risulta tanto più minata nel suo significato se si considera il profilo della tutela dei diritti, dato che contro l'inadempimento dell'altra parte non si potrebbe agire per ottenerne l'esecuzione in sede giudiziale e il risarcimento del danno potrebbe coprire il solo interesse negativo derivante dall'affidamento deluso⁵¹⁰, non anche l'interesse positivo che, « sia pure nella forma sostitutiva del risarcimento, (coincide con) lo stesso interesse che si intendeva realizzare mediante l'adempimento »⁵¹¹, ugualmente a quanto avviene nella fase delle trattative⁵¹².

futuro, pur mancando la volontà di concluderlo, presupposto imprescindibile per il suo sorgere. Per cui tale negozio non si può dire che regoli un rapporto giuridico *ex art. 1372 c.c.* e merita di essere ricompreso entro la fase delle trattative precontrattuali, al pari di quella *species* di preliminare di preliminare, considerato dalla giurisprudenza *precontratto*. E infatti il problema posto dall'autonomia privata procedimentale, come rileva correttamente URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, cit., p. 67, è « se il contratto possa, anziché il rapporto sostantivo finale, disciplinare le vicende di negozi a venire; ciò in chiave generale è pacificamente ammesso attraverso le figure dei negozi preparatori, normativi, preliminare, e cioè dei negozi di configurazione ».

⁵⁰⁹ Non coglie tale aspetto DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, cit., p. 390, secondo la quale inquadrando il preliminare entro una prospettiva procedimentale si consente alle parti di *modulare il vincolo a contrarre*, il che invece, secondo noi, cozza con la natura contrattuale che si pretende di riconoscere all'atto.

⁵¹⁰ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 245; U. MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, Milano, 1987, p. 78.

⁵¹¹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 506. È noto che, seppure la natura della responsabilità da contratto e da violazione dell'obbligo di buona fede nella fase delle trattative – e in generale da violazione di un obbligo senza prestazione – sia la medesima, il danno risarcibile nella prima comprende l'interesse positivo, mentre nella seconda si esaurisce nel solo interesse negativo, in quanto l'interesse positivo presuppone un obbligo di prestazione inadempito e un contratto dal quale sorge. Tale aspetto sfugge a P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 260, il quale, come evidenzia CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 245, nt. 78, fa discendere dalla natura contrattuale della responsabilità da contatto la risarcibilità, anche in quest'ultima, dell'interesse positivo di cui in tal caso non può invece discorrersi, non essendovi l'inadempimento di un obbligo di prestazione.

⁵¹² DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, cit., p. 396, afferma che il danno risarcibile nel preliminare debole corrisponde all'interesse negativo derivante dalla perdita della possibilità di addivenire alla stipulazione definitiva; nelle punteggiature vincolanti, invece, sarebbe il danno da lesione dell'interesse negativo a non impegnarsi in trattative non andate a buon fine. L'a. tuttavia cade in errore perché nel primo caso, diversamente dal secondo, si risarcisce l'interesse *positivo* alla conclusione del definitivo, il che dimostra la distanza che intercorre tra il preliminare, la cui natura contrattuale è oggi indiscutibile, e le intese precontrattuali.

7.2. Dalla nullità per difetto di causa alla riscoperta utilità: pura illusione?

Nonostante l'auspicio di « guardarsi da un uso “poco sorvegliato” dell'espressione preliminare di preliminare, perché l'argomento nominalistico non è neutro »⁵¹³, la Cassazione non rifugge dal suo uso e, anzi, ne fa abuso, riferendolo a figure diverse rispetto a quella cui le parti si riferiscono nel momento in cui giungono alla sua conclusione. D'altra parte, la formula suggestiva coniata in dottrina si giustifica in quanto si ha un contratto fonte dell'obbligo di concludere un altro contratto che, diversamente da quanto previsto dall'art. 1351 c.c., non è *definitivo* ma *preliminare* a sua volta. La qualifica “definitivo” infatti non è casuale, non mira cioè a identificare il contratto che dovrà essere concluso in esecuzione dell'obbligo di prestazione che discende dal preliminare, qualunque esso sia, ma quel contratto che realizza l'affare voluto dalle parti, tanto è vero che sia l'art. 1351 sia l'art. 2645-*bis* c.c. individuano questo in una fattispecie contrattuale a ciò idonea, quali sono, rispettivamente, quelle richiamate dall'art. 1350 e dall'art. 2643 n. 1-4, cui le due norme rinviano. Ma quando l'obbligo di *contrahere* ha ad oggetto un preliminare (per sua natura incapace di dar vita ad un'operazione economica), questo contratto perde la sua funzione e le parti creano un *procedimento*, in contrasto con quanto voluto dal legislatore e senza che la giurisprudenza si sia spinta a tal punto, perché nella sua decisione le Sezioni unite non riconoscono rilevanza giuridica a questa figura ma persistono nell'invocarla a proposito di due diverse ipotesi – di cui abbiamo già dato atto – l'una riferita ad un contratto che di fatto è già un preliminare⁵¹⁴, l'altra ad un precontratto, entrambe lontane dal preliminare di preliminare, come nato e conosciuto nel diritto vivente. Tuttavia, valorizzando la teoria della causa concreta, dice la Corte, può ammettersi una successione di due preliminari, seppure limitatamente ai casi in cui la sequenza sottintenda un interesse concreto e meritevole di tutela, a testimonianza del quale vi è la necessaria differenza di contenuto – oltre che di funzione⁵¹⁵ – tra i due

⁵¹³ Cass., sez. un., n. 4628/2015, cit., n. 6.2.

⁵¹⁴ Afferma la Corte, infatti, come si è già ricordato, che il suo contenuto è duplice perché il preliminare di preliminare comprende già in sé l'obbligo di concludere il definitivo.

⁵¹⁵ SEMENARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, cit., p. 347.

contratti. Del resto il contenuto dei due preliminari coincide necessariamente perché dipende da quello del definitivo, alla cui conclusione entrambi mirano, per cui, a fronte di tali requisiti in comune, deve sussistere un altro – o più – che manchi in uno e ricorra nell'altro, senza che questo possa rispondere al mero interesse di posticipare la definizione di un elemento, seppure accessorio, in quanto si ricadrebbe nuovamente nell'ipotesi di nullità per difetto di causa e il secondo contratto sarà frutto della modificazione del primo, non un contratto nuovo e autonomo.

All'esito di quanto illustrato possiamo dunque affermare che delle due *species* di preliminare di preliminare previste dalle Sezioni unite, l'una viene ricompresa nel preliminare, l'altra è trasformata in un precontratto, per cui occorre chiedersi cosa residua del preliminare di preliminare quale contratto che obbliga alla conclusione di un nuovo preliminare⁵¹⁶, perché persiste sul punto una valutazione di immeritevolezza che rende nullo per difetto di causa il secondo contratto, in ragione dell'identità di contenuto tra questo e quello che lo precede⁵¹⁷. È questo il motivo per cui l'ordinamento ritiene futile lo scopo pratico perseguito dai contraenti⁵¹⁸, il che impedisce all'accordo concluso di raggiungere la soglia della rilevanza giuridica, rispetto alla quale la causa, pur intesa quale funzione

⁵¹⁶ PLAIA, *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, cit.; STEFINI, *Il « preliminare di preliminare » e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, cit., p. 1243; MONTALBETTI, *Il preliminare di preliminare può essere considerato titolo idoneo ad ottenere la provvigione per il mediatore?*, cit. Come afferma PLAIA, *op. ult. cit.*, di fatti, « non sembra potersi intravedere, tra le ipotesi prospettate in sentenza, alcuna sequenza di atti contrattuali, che lasci individuare all'inizio della sequenza un "preliminare di preliminare" che possa dirsi contratto preliminare di preliminare ». In senso contrario, invece, D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., p. 40, 46, sostiene che la Corte si sia espressa a favore della tendenziale ammissibilità del preliminare di preliminare, lì dove ammette che le parti possano rinviare la conclusione del preliminare per integrare medio tempore il contenuto del contratto.

⁵¹⁷ Tale soluzione era già stata prospettata in dottrina da G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., p. 31, spec. 33.

⁵¹⁸ Futilità che, rileva F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 72, è sintomo dell'assenza di una seria volontà delle parti di vincolarsi giuridicamente, giudizio che la giurisprudenza di legittimità ha da ultimo correttamente riferito al secondo preliminare. La decisione si giustifica in ragione del duplice oggetto dell'obbligo di contrarre che discende da questo contratto, riferito sia al preliminare sia al definitivo. Non sussiste dunque una volontà seria di concludere il preliminare, perché l'obbligo di concludere il definitivo, che ne è la fonte, discende già dal preliminare di preliminare.

economico-individuale, funge da filtro⁵¹⁹. D'altra parte, sostenere che un interesse meritevole di tutela sussista per il fatto stesso che le parti abbiano concluso il contratto sarebbe tautologico⁵²⁰ e vanificherebbe l'elemento della causa, col quale si intende garantire « la sottoposizione dell'autonomia privata alla ragione calcolistica del mercato [...] in vista di una *ratio* superindividuale, ossia affinché la ricchezza circoli (=si sposti) nella società secondo “leggi economiche” del mercato, alle quali con ciò è assegnato di governare la circolazione delle risorse ed assicurare la loro “distribuzione ottima” »⁵²¹. Non intendiamo di certo recuperare quell'impostazione dirigistica per la quale il contratto dovrebbe sempre mirare al raggiungimento di un utile sociale, ma evitare che da tale eccesso si fluisca in quello opposto, riconoscendo come giuridicamente rilevante e quindi meritevole di tutela ogni accordo, per di più se nato e diffuso nella realtà sociale, il che non desta stupore se si considera che ogni ordinamento destina un elemento del contratto a tale scopo, sia esso la causa o l'oggetto⁵²². L'accoglimento della teoria della

⁵¹⁹ Il difetto di causa è un vizio che viene riferito ad un contratto non meritevole di tutela sotto il profilo dell'utilità, giudizio che presuppone l'accertamento in concreto degli interessi perseguiti dalle parti. Secondo GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 64, 68, dovrà dunque procedersi ad un'analisi che tenga conto dei criteri di giuridicizzazione della volontà privata, in base ai quali si compie la valutazione di meritevolezza.

⁵²⁰ Come afferma GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, cit., p. 585, l'interesse rilevante non può essere identificato con quello privato che muove ciascuna delle parti a contrarre, perché se così fosse verrebbe meno la distinzione coi motivi e si avrebbe un ritorno alla concezione soggettivistica della causa alla quale, invece, non si intende cedere, pur parlandosi di funzione economico-individuale. Occorre allora aver riguardo all'assetto complessivo di interessi che risulta dall'operazione in sé, quale risultato programmato dai contraenti, perché « non qualsivoglia interesse privato è protetto ma solamente quello che non sia indifferente giuridicizzare, cosicché risulti certa e sicura la volontà di vincolarsi secondo regole non esclusivamente morali e sociali » (GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 69).

⁵²¹ BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, cit., p. 949.

⁵²² Tale è la causa negli ordinamenti di *civil law*, la *consideration* in quelli di *common law*. Ma il rilievo loro riconosciuto è stato gradualmente superato, come illustra CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana. Un contratto per l'Europa*, cit., p. XXV ss.: la *consideration* conserva la sua rilevanza ove non se ne possa fare a meno, mentre negli altri casi si afferma che la sua assenza non pregiudica la natura contrattuale dell'atto; il ruolo della causa invece è stato gradualmente traslato sul contenuto del contratto. Un riflesso del graduale dissolversi dell'importanza di tale elemento è stata la riforma del *Code civil* che di esso ha definitivamente fatto a meno; eppure, lo abbiamo già ricordato, « non si rinuncia a quel controllo che il giudizio causale implementava » perché, come in altri ordinamenti, oggi tale controllo è affidato all'oggetto (BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, cit., p. 953). L'abbandono di tale controllo lo si è raggiunto, invece, coi *Principi di diritto europeo dei contratti* che all'art. 2:101 richiedono, ai fini della formazione del contratto, un contenuto sufficiente e null'altro. Ma riteniamo che tale

funzione economico-individuale, pertanto, non vale a ritenere diversamente perché « il profilo causale del contratto (è pur sempre) inteso in dottrina e giurisprudenza come ricerca della (sua) utilità, cioè della sua “complessiva razionalità” ed idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale »⁵²³.

Rileggendo da tale prospettiva la decisione delle Sezioni unite, possiamo affermare che se ai fini dell'utilità del preliminare di preliminare si rende necessaria una diversità di contenuto⁵²⁴ e questa, come spiegato, non appare *prima facie* configurabile perché il contenuto di tale contratto si determina in relazione a quello del definitivo – il che vale indistintamente per il primo e il secondo preliminare – deve valutarsi se siano prospettabili situazioni in cui tale limite sia superabile. È quanto avviene nel caso da cui origina la fattispecie del preliminare di preliminare, ovvero quando per la conclusione di tale contratto le parti si avvalgano dell'ausilio di un mediatore. Secondo una prassi oramai invalsa nel mercato immobiliare, il potenziale acquirente che sia interessato alla conclusione del contratto di vendita formula una proposta irrevocabile con la quale si obbliga a concludere un preliminare di vendita, indicando la *res* e il prezzo che a tal fine è disposto ad offrire, mentre il potenziale alienante si limita ad accettarla, senza assumere in pari tempo un'obbligazione corrispondente. Dall'incontro delle volontà delle parti sorge dunque un preliminare unilaterale di preliminare, ovvero un contratto con obbligazioni del solo proponente, che vincola il futuro acquirente, mentre la

scelta non meriti di essere enfatizzata più del dovuto, traendone l'idea che si possa oramai fare a meno di un controllo di meritevolezza, perché il metodo seguito nella formulazione dei *Principi* tiene debitamente conto della loro natura uniforme e in ragione di ciò mira ad « evitare l'alienazione del dato normativo rispetto alle singole tradizioni nonostante che, proprio perché sia uniforme, nessuna di queste in esso si possa più identificare, in esso trovare cioè l'identico a se stesso » [(CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana*, cit., p. XXVII). Nel medesimo senso, l'art. 4:103 DCFR, nel cui commento (lett. a) si legge « For there to be a contract there must be agreement and there must be a sufficient content to the agreement. [...] There must also be a sufficient content to the agreement »]. Il diritto europeo, d'altronde, non rifugge *in toto* dall'idea di controllo dell'autonomia privata quando necessario per garantire la creazione di un mercato che sia il più possibile razionale. Meritano di essere letti da tale prospettiva, come ricorda S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 123, gli obblighi di informazione che valgono a riequilibrare l'asimmetria informativa del consumatore; la disciplina della garanzia dei beni di consumo.

⁵²³ Cass., sez. un., n. 4628/2015, cit., n. 5.1.

⁵²⁴ Così anche A.M. BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 386.

controparte conserva intatta la sua libertà di contrarre⁵²⁵. In presenza del mediatore si procederà dunque alle trattative, nel corso delle quali le parti tenderanno al raggiungimento di un accordo su tutti gli elementi essenziali e accessori del definitivo, obbligandosi reciprocamente alla sua conclusione.

La successione tra il preliminare (unilaterale) di preliminare e il preliminare a prestazioni corrispettive supera così l'*impasse* cui si era giunti sostenendo da un lato che la validità del primo richiedesse una differenza di contenuto rispetto al secondo; dall'altro che l'identità tra i due fosse imprescindibile, dovendo entrambi prevedere gli elementi essenziali del definitivo. Non può negarsi, infatti, che quando il primo contratto è fonte di un'obbligazione unilaterale e il secondo di un'obbligazione reciproca, tra i due non vi è *bis in idem*, in quanto diverso è sia l'oggetto immediato – pur a fronte dell'identità dell'oggetto mediato (la conclusione di un contratto successivo) – sia la causa⁵²⁶: mentre il preliminare di preliminare consente al futuro acquirente di manifestare il suo interesse alla conclusione del contratto, formulando una proposta che sia più vantaggiosa rispetto a quella degli altri potenziali contraenti, così da accaparrarsi l'affare, escludendoli; il preliminare garantisce la realizzazione dell'operazione economica. Il promittente alienante è quindi libero di non concludere il preliminare, non essendo obbligato in tal senso – diversamente dall'altra parte – ma una volta che il preliminare sia stato concluso tale obbligo sorge per entrambi i contraenti. Accolta tale ricostruzione e riconosciuta la validità del primo e del secondo preliminare, va da sé che così deve sostenersi indistintamente ogni qual volta vi sia una successione tra un preliminare unilaterale di preliminare e un preliminare bilaterale di vendita, a prescindere dalla presenza o meno di un mediatore immobiliare. Si è in presenza, infatti, di una legittima manifestazione dell'autonomia privata.

⁵²⁵ Come afferma F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968, p. 538, il preliminare unilaterale produce un'obbligazione in capo al solo proponente, ma il suo perfezionamento esige l'accettazione del promissario per cui, pur essendo unilaterale, mantiene la sua natura di negozio bilaterale.

⁵²⁶ La diversità di funzione tra preliminare unilaterale e bilaterale è evidenziata da GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 250 ss.: il primo presenta una funzione speculativa, consentendo ad una parte di assicurarsi la possibilità di fermare l'affare a determinate condizioni, renderlo definitivo in futuro qualora le vicende del mercato risultino vantaggiose ovvero di abbandonarlo in caso contrario; il secondo, invece, definisce subito il determinato regolamento di interessi, consentendo alle parti di controllarne i presupposti solo in un secondo momento.

Abbiamo individuato questa quale ipotesi nella quale pare riscontrabile un'utilità nella successione preliminare di preliminare-preliminare-definitivo, ma ciò non esclude che altre se ne possano ravvisare, purché sia parimenti identificabile un interesse in concreto meritevole di tutela, quale non potrebbe essere però il postergare il sorgere dell'obbligo di concludere il definitivo quando le parti vi si possano già vincolare con la conclusione del preliminare.

Al di là di questa ipotesi marginale, il preliminare di preliminare è stato ridotto dalla giurisprudenza ad una mera intesa precontrattuale. La Corte erra dunque nel persistere ad invocare tale figura con riguardo a quest'ultima ipotesi, perché ciò genera confusione: l'espressione, infatti, evoca il contratto preliminare, mentre si è chiaramente al di fuori della fattispecie⁵²⁷, eppure la si conserva adattandola ad una figura diversa da quella che nel diritto vivente è venuta a rappresentare, confondendo così due piani che dovrebbe aversi cura di distinguere perché « da una parte stanno le trattative, gli *agreements*, anche lo sviluppo ulteriore degli accordi scritti non vincolanti (ma suscettibili di responsabilità per la loro violazione); dall'altra si pongono i contratti preliminari e quelli definitivi, in cui il vincolo è già sorto »⁵²⁸.

8. *Un tentativo di riordino.*

Alla luce di quanto illustrato è possibile ricostruire la fattispecie del preliminare di preliminare, la quale ha subito una graduale evoluzione dalla sua nascita ad oggi che, come ricordavamo, risponde *ab initio* all'interesse economico perseguito dai mediatori nelle compravendite immobiliari, ma in seguito si estende oltre, fino ai rapporti tra privati, naturalmente estranei all'interesse che ha spinto i

⁵²⁷ In tal senso anche G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., p. 64. La soluzione appare tanto più confusa se si considera che tale contratto sarebbe sottratto all'applicazione della disciplina prevista dal legislatore per il contratto preliminare, definito da PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, cit., "ordinario", e in particolare all'applicazione dell'art. 2932 c.c., il che farebbe del preliminare di preliminare un contratto *debole* perché non suscettibile di esecuzione in forma specifica (così DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, cit., p. 390).

⁵²⁸ R. SPECIALE, *Il « Vorvertrag » nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 88.

mediatori alla creazione di tale contratto⁵²⁹. Se ne ha rimostranza già considerando il caso concreto da cui prende le mosse la decisione delle Sezioni unite di cui ci siamo interessati, che riguardava la conclusione di un preliminare di preliminare con cui ci si obbligava alla stipula di un preliminare di vendita a condizione che la banca avesse escluso la porzione di immobile che sarebbe stata oggetto del trasferimento dall'ipoteca che gravava sul bene. L'estensione dell'ambito di applicazione del preliminare di preliminare sottende uno specifico interesse, che si identifica con la possibilità riconosciuta alle parti di tenere fermo l'affare riservandosi un lasso di tempo entro il quale predisporre quanto necessario per darvi esecuzione. Ma questo è lo scopo che tradizionalmente si riconosce al preliminare che, sin dalle sue origini, ha rappresentato lo strumento mediante il quale le parti possono da una parte vincolarsi alla conclusione del definitivo, dall'altra posporla ad un momento successivo rispetto a quello in cui si forma la volontà di realizzare l'operazione economica sottesa a quel contratto. Tuttavia, lo abbiamo visto, il preliminare, grazie alla duttilità che lo connota, è stato protagonista di un'opera di manipolazione da parte dell'autonomia privata, il che ha comportato la perdita dei tratti che caratterizzano la fattispecie, come testimonia l'usuale anticipazione degli effetti del definitivo che si accompagna alla sua conclusione, e che ha interessato esclusivamente le vendite immobiliari. Si è assistito infatti al graduale trasformarsi del preliminare in definitivo, coerentemente alla ricostruzione da noi accolta per cui l'anticipazione dei suoi effetti ha generato la scissione della vendita in *titulus* e *modus*: il primo rappresentato dal preliminare, il secondo dal definitivo. Ora, è evidente che ciò ha influito sulla causa del primo contratto, non più individuabile nel tener fermo l'affare ma nel trasferire la proprietà della cosa, con il che i contraenti sono stati privati di uno dei principali istituti predisposti dal legislatore per soddisfare

⁵²⁹ Anzi, in seguito alla decisione della Suprema corte n. 8038/2009, cit., si è registrato nella prassi della intermediazione immobiliare un ritorno alla bipartizione dell'*iter* di formazione del contratto in preliminare e definitivo, perché il contratto concluso in seguito all'accettazione della proposta irrevocabile di acquisto firmata dall'oblatore veniva direttamente qualificato "preliminare" e la somma versata al mediatore si riteneva consegnata a titolo di deposito fiduciario o cauzionale (v. STEFINI, *Il « preliminare di preliminare » e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, cit., p. 1235).

l'interesse che il preliminare mirava a realizzare. E però, come dimostra l'esperienza tedesca, ove il preliminare, seppure non ampiamente diffuso, ha pur trovato applicazione, neppure il ritorno al modello di vendita romanistico vale ad eliminare l'interesse al quale tale contratto risponde, tanto è vero che a giustificazione della sua scarsa divulgazione si adduce un'altra ragione, ovvero l'eccessiva determinatezza dell'oggetto richiesta dalla giurisprudenza⁵³⁰. Se così è, a fronte dell'immutato interesse alla conclusione di un contratto che assolva una funzione analoga al preliminare, una volta che questo ne sia divenuto incapace, l'autonomia dei privati ha tentato di recuperare l'essenza di tale contratto⁵³¹. A tal fine si è ricorsi al preliminare di preliminare. L'interesse precipuo che tale contratto assolve, infatti, è stato correttamente identificato dalla giurisprudenza di legittimità nel fermare l'affare, perché non essendo più idoneo a tale scopo il preliminare di vendita con effetti anticipati, irrimediabilmente trasformato in definitivo, il medesimo fine è perseguito mediante la conclusione di due contratti che, così ritenendo, riprodurrebbero la sequenza *preliminare-titulus-modus acquirendi*⁵³². Questa traiettoria si snoda lungo un *iter* che comincia con la fuga dal preliminare e si conclude con il ritorno al punto da cui ha avuto inizio: mutato il *nomen iuris*, ne resta invariata l'essenza.

Quanto esposto dimostra che l'allontanamento dal preliminare, inteso secondo l'accezione tradizionale di contratto che obbliga a *contrahere*, genera scompiglio e insoddisfazione: la realtà sociale dimostra oramai che di questo

⁵³⁰ SPECIALE, *Il « Vorvertrag » nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, cit., p. 52.

⁵³¹ Come efficacemente espresso dal titolo del commento di A. DI MAJO a Cass., sez. un., n. 4628/15, cit., *Il preliminare torna alle origini* (in *Giur. it.*, 2015, p. 1067 ss.), che sta a significare il recupero della natura del preliminare quale contratto che obbliga ad un *facere* e non a dare (DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 1070; ID., *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 131 s.). *Contra* STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il "preliminare di preliminare" è valido; anzi no*, cit., secondo il quale il preliminare di preliminare, pur essendo espressione della tendenza a segmentare in più fasi la fattispecie traslativa, non si identifica col preliminare, trattandosi piuttosto di un negozio di configurazione la cui funzione è quella di colorare e definire causalmente i momenti successivi della sequenza cui dà avvio.

⁵³² Una lettura analoga si rinviene in CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, cit., p. 46; PITTELLA, *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, cit., secondo il quale il preliminare di preliminare assolverebbe una funzione meramente preparatoria, il preliminare, invece, avrebbe già la funzione della vendita, essendo il titolo che giustifica il trasferimento.

contratto i privati non possono fare a meno, ma affinché se ne preservi la funzione è necessario che si rispetti il suo essere contestualmente schema di formazione del consenso e contratto; quando invece l'epicentro si sposta verso l'uno o l'altro si ha la riduzione del preliminare in precontratto, com'è avvenuto con quel tipo di preliminare di preliminare coniato dalle Sezioni unite, o in definitivo, com'è avvenuto con il preliminare con effetti definitivi anticipati, i quali abbiamo detto essere figli del medesimo errore. È questo un ulteriore limite derivante dall'aver perseguito quell'orientamento secondo cui la vendita potesse indistintamente costruirsi secondo il modello consensualistico accolto dall'art. 1376 c.c. o secondo quello alternativo, di matrice romanistica, accolto dall'ordinamento tedesco. Fino a quando non ci si libererà dall'idea che sia *preliminare* il contratto con effetti definitivi anticipati, a cascata, si cadrà nella fuorviante qualificazione di preliminare di preliminare per indicare quello che in realtà è null'altro che un preliminare. Le due figure finiscono quindi col confluire in un'immagine sola che si riflette in due facce contrapposte ma simmetriche, l'una rivolta verso l'altra perché l'una dipende dall'altra: il recupero del preliminare nella sua purezza varrebbe a superare tale *impasse* ma se, come abbiamo tentato di evidenziare, il diritto vivente, inseguito dalla dottrina, dalla giurisprudenza e a sprazzi dal legislatore, è oramai intrappolato nell'infelice biforcazione del preliminare in preliminare con effetti definitivi anticipati e in preliminare di preliminare, non si può più prescindere dalla necessità di dar forma a tale realtà sociale. Così, riconosciuto nel preliminare con effetti definitivi anticipati una vendita obbligatoria in senso tecnico, il preliminare di preliminare ritorna entro l'unica figura di preliminare a noi nota, salvo che risponda ad un interesse proprio e autonomo tale da giustificare la successione di due preliminari.

CAPITOLO III

La natura del contratto preliminare e la debolezza dei confini tra intese precontrattuali e contratto definitivo: un instabile equilibrio.

SOMMARIO: 1. Il preliminare quale contratto: *factum e faciendum*. – 2. L'incertezza della funzione economica del preliminare: autonoma o derivata (dal definitivo)? – 2. Ambito di applicazione potenziale e reale del contratto preliminare. – 2.1. Il preliminare di donazione e la tutela della spontaneità: un ostacolo apparente. – 2.2. Il preliminare di contratto reale tra diritto e rapporti di cortesia. – 4. L'*iter* di formazione del contratto: dalle trattative al preliminare, dal preliminare al definitivo.

1. *Il preliminare quale contratto: factum e faciendum.*

Nel mondo del diritto, come nel mondo della scienza, il sorgere di un fenomeno nuovo è accompagnato da studi e ricerche volte a definirne la natura, sicché quando il preliminare ebbe ingresso nel panorama giuridico i giuristi dell'epoca iniziarono ad interrogarsi su quello che apparve come il principale dei problemi: accertare se la fattispecie fosse da porsi entro o oltre la fase delle trattative e se si fosse quindi dinanzi ad una mera intesa precontrattuale o ad un contratto.

La ragione di tale incertezza è facilmente intuibile e afferisce al peculiare modo d'essere del preliminare, il quale obbliga a concludere un contratto, ma non è idoneo a realizzare *ex se* quell'affare che le parti intendono ottenere col definitivo. Questa caratteristica, che spiega la fortuna e – in pari tempo – le difficoltà che ruotano intorno alla fattispecie, esprime l'essenza del preliminare il quale, seppure non goda di un'autonomia tale da consentirgli di erigersi a *tipo* contrattuale, riveste la natura del contratto, come previsto *expressis verbis* dal legislatore del 1942 che ha così sopito ogni dubbio a riguardo. Eppure, il preliminare manca di quel *quid* ulteriore e necessario perché possa costruirsi quale tipo autonomo, in quanto la sua

conclusione non dà vita ad una operazione economica⁵³³, ma fa sorgere esclusivamente l'obbligo di addivenirvi con la conclusione del definitivo dal quale dipende la *species* di operazione che le parti andranno a realizzare, rispetto alla quale il preliminare funge da *medium*⁵³⁴.

Si è in presenza, allora, di una modalità di conclusione del contratto – come testimonia anche la collocazione data alla sua disciplina nelle Pandette di Windscheid⁵³⁵ – il che conferisce al preliminare la natura di schema di formazione del consenso tipico o nominato e questo spiega la tentazione di ricondurlo all'interno della fase delle trattative e di trattarlo al pari di un'intesa precontrattuale con cui le parti fissano in tutto o in parte il contenuto del contratto che intendono concludere. Ma se il preliminare fosse soltanto ciò, allora sarebbe del tutto vana la novità che, invece, è venuto indubbiamente a rappresentare e il cui fondamento sta nella sua natura di contratto, presupposto necessario perché dalla sua conclusione sorga l'obbligo di *prestazione* di concludere il definitivo. Ne deriva che il preliminare è l'unione tra due anime che convivono all'interno di un'unica fattispecie: quella del contratto e quella dello schema di formazione del consenso, di cui l'una rappresenta il *factum*, l'altra il *faciendum*. E infatti il preliminare, in quanto contratto, si configura come « un fatto di ieri, ricostruito e ripensato nell'oggi »⁵³⁶, ma in quanto schema di formazione del consenso conserva il profilo tipicamente precontrattuale del *faciendum*, non essendo ancora « qualcosa di già stato, ma qualcosa che può essere »⁵³⁷: ovvero il definitivo.

⁵³³ Questo profilo è messo in luce, in termini generali, da M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 4, la quale evidenzia che nel contratto si colgono due aspetti: l'operazione economica e il rapporto che ne discende.

⁵³⁴ Come afferma R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, sub art. 1321-1352, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 439, infatti, « il preliminare si stipula in funzione e per l'effetto di concludere l'atto definitivo che costituisce la realizzazione dell'impegno negoziale assunto ».

⁵³⁵ Il *Diritto delle pandette*, II, trad. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1925, dedica infatti il § 310, p. 205, al contratto preliminare e agli "appunti (Punktation)", ovvero alle intese precontrattuali, con il che si chiude la parte dedicata alla disciplina della formazione del contratto e si apre quella relativa ai requisiti (§ 311, p. 208 ss.).

⁵³⁶ N. IRTI, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 112. L'espressione usata dall'a. per descrivere il contratto nel suo farsi e nel suo essere è stata elaborata riflettendo sulle parole del filosofo José Ortega y Gasset « La vita è un gerundio e non un participio, un *faciendum* e non un *factum* », come si spiega a p. 96.

⁵³⁷ IRTI, *op. ult. cit.*, p. 96.

È questa doppia anima che qualifica il preliminare e ne definisce la disciplina, imponendo all'interprete di verificare che il contratto concluso dalle parti abbia tutti i requisiti richiesti per la sua validità dall'art. 1325 c.c. – coerentemente a quanto imposto dal suo essere *factum* – la definizione dei quali dipenderà (in parte) dal definitivo che ci si obbliga a concludere, essendo il preliminare un *faciendum* rispetto a quest'ultimo, rispetto al quale conserva tuttavia una sua autonomia, non esaurendosi nella mera copiatura del definitivo⁵³⁸, ma godendo di una dignità propria che altrimenti ne renderebbe dubbia l'utilità.

Ripercorrendo il disposto dell'art. 1325 c.c., il preliminare deve contenere in primo luogo l'accordo delle parti, ovvero una dichiarazione di volontà con cui reciprocamente o unilateralmente ci si obbliga a concludere un contratto successivo, il che contribuisce a definirne l'oggetto, oramai identificabile, in ossequio a quanto stabilito dalla dottrina maggioritaria, con la prestazione. In particolare, si tratta di un obbligo di *facere*, di contrarre, il che individua il contenuto tipico e costante del preliminare, immutabile nel suo nucleo essenziale, ma variabile nel contenuto⁵³⁹. La determinatezza o determinabilità dell'oggetto

⁵³⁸ G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 160; P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare unilaterale e patto d'opzione*, in *Studi Urbinati*, 1947-1948, p. 222, il quale rileva che tale autonomia si riflette sia sul piano funzionale sia strutturale.

⁵³⁹ P. FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1954, p. 686; F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, 1962, p. 167; ID., *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968, p. 529.

Secondo GABRIELLI-FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 9; R. CALVO, *Contratto preliminare*, sub art. 1351 c.c., in *Comm. c.c.*, dir. da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2016, p. 110, elemento essenziale del contratto preliminare è il termine di adempimento, ovvero la pattuizione del *dies* per l'adempimento dell'obbligo di contrarre. Com'è noto, il termine è elemento accidentale del contratto, ma ove lo si considerasse essenziale così lo si dovrebbe trattare, con la conseguenza che dovrebbe procedersi all'applicazione della regola di integrazione suppletiva di cui all'art. 1183. Secondo l'a. tale essenzialità discenderebbe dalla stessa funzione del preliminare, la quale risulterebbe compromessa ove le prestazioni fossero immediatamente esigibili, come dovrebbe sostenersi secondo la regola generale (art. 1183 c.c.), prevista per il caso in cui tale clausola negoziale manchi. Tuttavia tale ricostruzione non ci pare condivisibile. Affinché possa trovare applicazione il disposto dell'art. 1183, infatti, il legislatore esige che la previsione di un termine sia necessaria in ragione della natura della prestazione o del modo o luogo dell'esecuzione, non anche della natura del rapporto o della funzione economico-sociale del contratto [A. DI MAJO, *Termine (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 213]. Dunque, deve ritenersi che l'obbligazione di contrarre per sua natura necessiti di un termine per essere adempiuta, perché qualora un termine per l'adempimento non vi fosse la prestazione che deriva dal preliminare potrebbe esigersi immediatamente, in contrasto con quella che è la *ratio* del preliminare. Gli interessi perseguiti dalle parti con la sua conclusione risulterebbe infatti inevitabilmente frustrati, mentre, com'è noto, l'ordinamento ha inteso salvaguardare la volontà delle parti prevedendo una

richiesta dall'art. 1346 c.c. impone infatti di specificare quale sia il contratto che le parti si obbligano a concludere e di indicarne altresì gli elementi essenziali, sui quali l'accordo dovrà essere già stato raggiunto giacché col preliminare le parti esercitano ed esauriscono la libertà di contrattare relativa al definitivo; diversamente la prestazione sarebbe insuscettibile di esecuzione – volontaria e forzata – perché richiederebbe preliminarmente la formazione dell'accordo⁵⁴⁰, fase che dovrebbe risultare assorbita dalla conclusione del preliminare⁵⁴¹. Così ritenendo non si intende tuttavia affermare che il preliminare debba già contenere *in toto* gli elementi del definitivo⁵⁴², perché ciò vale per quelli essenziali, non anche per quelli accessori, ovvero per quegli elementi che, pur richiesti *ex lege*, valgono a completare il regolamento contrattuale definendo alcuni profili necessari per la identificazione della cosa oggetto del trasferimento. Esemplificando, mentre il definitivo deve indicare i dati catastali relativi al bene immobile sul quale si produrrà l'effetto reale, per la determinatezza dell'oggetto del preliminare è sufficiente che questo sia individuabile, sia pure *aliunde*, come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità⁵⁴³. Ancora, mentre l'art. 40, co. 2 della legge 28

regola di integrazione suppletiva per il caso in cui le parti non avessero previsto un termine di adempimento.

⁵⁴⁰ Come afferma A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 14, « l'esecuzione (volontaria e coattiva) coincide con il più ampio fenomeno della *realizzazione* (volontaria e giudiziale) *dei diritti* » e richiede dunque che il diritto di cui si discute sia sufficientemente specificato perché possa essere realizzato, il che non avviene invece se il suo contenuto è invece indefinito come nel caso in cui non sia precisato quale contratto ci si obbliga a concludere. Attraverso il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, peraltro, non si può sopperire a tali carenze, le quali possono essere colmate dal giudice entro i limiti in cui ciò è consentito dall'art. 1374 c.c. e dalle altre norme con le quali il legislatore ha eccezionalmente consentito l'integrazione suppletiva o cogente del contratto (si pensi, rispettivamente, agli art. 1474 e 1339).

Resta salva, invece, la possibilità delle parti di determinare solo col definitivo quegli elementi accessori che, al momento della conclusione del preliminare, sono stati tralasciati. Tale omissione non inficia infatti la validità dell'atto e vale esclusivamente ad integrare e specificare ulteriormente la *lex contractus* rispetto a quanto non sia stato già stabilito.

⁵⁴¹ Nel medesimo senso G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 62 ss., secondo il quale se il definitivo avesse la funzione di integrare il contenuto del preliminare allora da tale contratto non discenderebbe un obbligo di contrarre, non si sarebbe quindi in presenza di un preliminare bensì di una mera intesa precontrattuale.

⁵⁴² Questo conferma che tra preliminare e definitivo non vi sia identità di oggetto, contrariamente a quanto sostiene FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 687 s., il quale non si spinge però sino ad escludere l'autonomia dei due contratti, sulla base dell'assunto per cui l'oggetto non è elemento che vale a conferire o togliere tipicità ad un negozio.

⁵⁴³ Cfr. Cass. 10 maggio 2018, n. 11297, ove si afferma: « ai fini della validità del contratto preliminare, non è indispensabile la completa e dettagliata indicazione di tutti gli elementi del futuro contratto, risultando sufficiente l'accordo delle parti su quelli essenziali; in particolare, nel

febbraio 1985, n. 47 richiede ai fini della validità degli atti *inter vivos* aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici o loro parti l'indicazione degli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria ovvero copia della domanda proposta per il suo rilascio, elementi in carenza dei quali il definitivo di vendita è nullo, con riguardo al preliminare ciò non è necessario perché il contratto non è preposto alla produzione dell'effetto traslativo⁵⁴⁴, per cui la documentazione necessaria ai fini della regolarità dell'edificio potrà essere integrata sino all'adempimento dell'obbligo di contrarre⁵⁴⁵.

Tra gli elementi costitutivi del preliminare, l'unico a trovare espressa disciplina è la forma, alla quale il legislatore ha dedicato l'art. 1351 c.c., in forza del quale il contratto è nullo se non riveste la medesima forma prescritta per il definitivo. La *ratio* della disposizione è espressa nella Relazione al codice civile, ove si legge: « sarebbe incongruo ammettere che colui il quale concluse verbalmente un contratto per cui lo scritto è richiesto a pena di nullità, non sia tenuto a rispettarlo; mentre chi promise verbalmente la conclusione di un contratto formale, debba eseguire la convenzione verbale. Ulteriore valido argomento per legittimare la soluzione accolta è dato poi dal fatto che il nuovo codice autorizza la realizzazione in forma specifica dell'obbligo di contrattare (art. 2932) »⁵⁴⁶. Ma la norma assume un ulteriore significato, esprimendo il principio di corrispondenza

preliminare di compravendita immobiliare, per il quale è richiesto "ex lege" l'atto scritto come per il definitivo, è sufficiente che dal documento risulti, anche attraverso il riferimento ad elementi esterni, ma idonei a consentirne l'identificazione in modo inequivoco, che le parti abbiano inteso fare riferimento ad un bene determinato o, comunque, determinabile, la cui indicazione pertanto, attraverso gli ordinari elementi identificativi richiesti per il definitivo, può anche essere incompleta o mancare del tutto, purché l'intervenuta convergenza delle volontà sia anche "aliunde" o "per relationem" logicamente ricostruibile ». In senso conforme, v. Cass. 31 maggio 2016, n. 11237; Cass. 1 febbraio 2013, n. 2473; Cass. 30 maggio 2003, n. 8810.

⁵⁴⁴ Così ha chiarito da ult., Cass. 9 maggio 2016, n. 9318.

⁵⁴⁵ Tale documentazione è inoltre necessaria perché possa essere emanata la sentenza *ex art.* 2932 c.c., la quale, assolvendo una funzione sostitutiva rispetto all'atto negoziale, impone al giudice di accertare la sussistenza dei requisiti richiesti ai fini della validità del contratto definitivo di vendita (v. Cass. 22 gennaio 2018, n. 1505; Cass. 29 aprile 2016, n. 8489). La sentenza potrà invece essere emessa, non ricorrendo nel caso di specie un'ipotesi di nullità, qualora vi sia parziale difformità tra l'immobile oggetto di scambio e la concessione edilizia, come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità nella decisione 29 novembre 2017, n. 28626.

⁵⁴⁶ Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, Roma, 1942, n. 617.

tra preliminare e definitivo⁵⁴⁷, non però di identità, come visto per l'oggetto e come vale altresì per la causa.

1.1. *L'incertezza della funzione economica del preliminare: autonoma o derivata (dal definitivo)?*

Assunto che il preliminare è un contratto, si tratta di verificare quale ne sia la causa, ovvero la funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso imprimergli, nel definire la quale non potrà prescindere dal considerare la sua natura anfibia. Se il preliminare, com'è vero, costituisce una modalità di formazione del definitivo, allora la sua causa dovrà inevitabilmente tener conto di ciò, il che la rende unica e peculiare perché, a differenza di quanto avviene con gli altri contratti, in esso l'elemento causale non identifica l'operazione economica che si mira a realizzare, ma è la sintesi degli interessi che questo contratto mira a soddisfare permettendo alle parti di posticipare la conclusione del definitivo. Certo, la causa di un contratto non potrà esaurirsi in un elenco del coacervo di interessi potenzialmente perseguibile dai paciscenti con la conclusione del preliminare⁵⁴⁸,

⁵⁴⁷ Lo svela F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, 2, Torino, 2010, p. 113.

⁵⁴⁸ La dottrina, tra questi, ricorda la necessità dei contraenti di spostare in avanti la realizzazione dell'affare, garantendosene la conclusione, ma, al tempo stesso, riservandosi un periodo di tempo nel corso del quale procurarsi le risorse necessarie per l'adempimento delle prestazioni derivanti dal definitivo ovvero per esercitare un controllo sulle sopravvenienze, così da valutarne, mediante un giudizio prognostico, il futuro esito o, ancora, garantirsi la realizzazione di un affare quando questa non sia ancora possibile, materialmente o giuridicamente, o le parti non abbiano convenienza o intenzione di stipulare il definitivo (in tal senso, si v. F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 11 s.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 32; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 434 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1950, p. 465 s.; M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realità'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, p. 111: in particolare l'a. ricorda il pensiero di H. DEGENKOLB, in *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Freiburg, 1887, p. 88-92).

Una pluralità di esigenze diffuse, cui si cumulano quelle peculiari e specifiche dei singoli contraenti, si rinvencono nel settore della vendita immobiliare. Tra queste: l'interesse patrimoniale del promissario acquirente a reperire sul mercato il denaro necessario alla compera dell'immobile; l'interesse sociale suo e del proprio nucleo familiare all'acquisto del bene-casa; l'interesse alla costruzione dell'immobile esistente solo sulla carta; l'interesse della parte venditrice a minimizzare il rischio di mancato pagamento del prezzo, nonché di finanziamento dell'opera in costruzione e, ancora, l'interesse del mediatore immobiliare a garantirsi il pagamento della provvigione dovuta per le operazioni concluse mercé il suo intervento, ex art. 1755 c.c.

perché questi si caratterizzano per essere variabili e indeterminabili⁵⁴⁹, mentre il legislatore, nel momento in cui disciplina una fattispecie contrattuale, le imprime una causa tipica⁵⁵⁰, propria e immutabile nella sua essenza, che le parti potranno soltanto colorare di sfumature diverse, arricchendola ovvero plasmandola rispetto alle loro esigenze, pur senza tramutarla. E allora è indubbio che riconoscendo natura contrattuale al preliminare si è ammesso che la causa possa assumere connotati altri da quelli che tipicamente riveste, non essendo un *tipo* e non potendo neppure essergli riconosciuta la medesima causa del definitivo che ci si obbliga a concludere⁵⁵¹. Non merita così accoglimento la tesi secondo cui non può assurgere ad autonoma *causa contractus* la postergazione dell'affare secondo l'assetto di interessi delineato dalle parti al momento della conclusione del preliminare, perché tale affermazione, priva com'è di qualsivoglia fondamento giuridico, svilisce il preliminare e mira a superarlo identificandolo col definitivo, il quale è a sua volta ridotto in un mero atto di riproduzione ovvero, in caso di contratto ad effetti reali, in *modus acquirendi*⁵⁵²; né tantomeno può sostenersi che il preliminare assuma una causa futura, che regola preliminarmente ma realizza in seguito, giungendo così nuovamente ad identificare la causa del preliminare e del definitivo e riducendo il valore autonomo che il primo assume rispetto al secondo⁵⁵³. Invero la causa, in quanto requisito essenziale del contratto, deve sempre sussistere a prescindere dal momento in cui gli obblighi di prestazione che ne discendono dovranno essere eseguiti, non potendo per ciò solo definirsi futura. Inoltre questa non può identificarsi con quella del definitivo che di volta in volta si conclude, perché

⁵⁴⁹ *Contra* G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, I) dir. civ., in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1, i quali sostengono che la causa del preliminare corrisponde alla funzione che giustifica la scissione, non ravvisabile nella causa essenzialmente dilatoria del contratto in quanto da ciò non si evince quali siano gli interessi che si vuole soddisfare con la conclusione del preliminare.

⁵⁵⁰ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp. e studi leg.*, Roma, 1950, p. 217 s. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 2 s., 135, rileva le difficoltà riscontrate nell'individuare la funzione del preliminare, ricollegandola all'assenza di una definizione legale e alla frammentarietà della disciplina che gli è dedicata.

⁵⁵¹ Nel medesimo senso CALVO, *Contratto preliminare*, cit., p. 7, che definisce il preliminare un contratto *sui generis* con causa autosufficiente.

⁵⁵² GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, cit., p. 105 s.

⁵⁵³ SALV. ROMANO, *Vendita Contratto estimatorio*, Milano, 1960, p. 52, il quale parla di *abuso di causa*.

l'incidenza che tale contratto ha rispetto alla determinazione dell'oggetto, è invece carente rispetto alla causa.

La funzione economico-sociale del contratto preliminare deve invece ricavarsi da quella stessa *ratio* che sottende la scelta di concluderlo. Si tratta allora di una funzione preparatoria, normativa o, ancora, configurativa⁵⁵⁴, la quale è stata rafforzata dall'introduzione del disposto dell'art. 2932 c.c. che ha introdotto nel nostro ordinamento uno strumento di tutela specifico ed efficace contro l'inadempimento dell'obbligo di contrarre, evitando che questo venisse vanificato ogni qual volta mutasse la valutazione di convenienza circa la realizzazione dell'affare, liberandosene mediante il solo pagamento, a titolo risarcitorio, dell'*id quod interest*. Il preliminare, invece, mira ad assicurare la realizzazione dell'affare e in ciò sta la sua specifica utilità, distinguendosi da altri negozi preparatori, come il contratto normativo, che non obbliga alla conclusione del contratto ma esclusivamente a trasporvi, ove verrà concluso, il contenuto già concordato; e il contratto di opzione che, invece, vincola una parte, la quale manifesta già la sua volontà rispetto al definitivo, rimanendo in sospeso sino al consenso espresso dall'altra, necessario per la formazione dell'accordo⁵⁵⁵. Peraltro, attraverso il preliminare, i contraenti si riserverebbero altresì la possibilità di valutare la conclusione del definitivo, non sotto il profilo della convenienza, bensì delle sopravvenienze. Parte della dottrina ritiene infatti che qualora nel tempo che decorre dalla conclusione del preliminare alla conclusione del definitivo siano mutate le condizioni in presenza delle quali le parti hanno manifestato la volontà di addivenire alla conclusione del contratto, allora sia legittimo il rifiuto di concludere il definitivo⁵⁵⁶. Per vero, se ciò vale per entrambe *nulla quaestio*, ma qualora così non sia non può ritenersi che la parte sia libera di non contrarre in ragione del sopravvenire di situazioni di fatto o di diritto che hanno modificato lo

⁵⁵⁴ CALVO, *Contratto preliminare*, cit., p. 5; V. FARRO, *Il contratto preliminare*, Torino, 2006, p. 38; FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 683; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, cit., p. 463; ID., *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, cit., p. 167; ID., *Il contratto in genere*, cit., p. 528.

⁵⁵⁵ V. sul punto FORCHIELLI, *Contratto preliminare unilaterale e patto d'opzione*, cit., p. 223.

⁵⁵⁶ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 155 ss.; GABRIELLI- FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 10.

status quo ante, salvi i casi in cui sia stato il legislatore a dar rilievo a determinate sopravvenienze, come nel caso dell'eccessiva onerosità, o le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, abbiano dato rilievo specifico a qualcuna di esse. Al di là di tali ipotesi marginali le sopravvenienze restano irrilevanti, onde non può sostenersi che il preliminare assolva la funzione ulteriore di consentire ai contraenti di valutare la conclusione del definitivo alla luce della situazione esistente nel momento in cui la prestazione del definitivo debba essere eseguita. Lo conferma l'art. 1822 c.c., il quale prevede che chi abbia promesso di dare a mutuo possa rifiutare di adempiere la sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente siano divenute tali da rendere notevolmente difficoltosa la restituzione e non gli siano state offerte idonee garanzie. La norma, infatti, secondo l'interpretazione maggioritaria, disciplina il contratto preliminare di mutuo dettando una disciplina *ad hoc* per l'ipotesi in cui sia sopravvenuto un mutamento *in peius* nelle condizioni economiche del futuro mutuatario, il che risponde all'esigenza di riconoscere un rilievo specifico a quest'ipotesi la quale, ove il preliminare fosse ontologicamente rivolto a realizzare tale funzione, si rivelerebbe inutile.

Infine, la funzione del preliminare, così come l'abbiamo definita, necessita di essere distinta da quella rivestita dal definitivo sottoposto a termine iniziale differito, nonostante qualche autore le abbia ritenute equivalenti⁵⁵⁷. Anzitutto occorre ricordare che la previsione di un termine non incide sulla *causa contractus*, la quale permane invariata, non riflettendosi su di essa la scelta, consentita all'autonomia delle parti, di posporre gli effetti del contratto rispetto al momento della sua conclusione, sicché, seppure le ragioni che spingono le parti a procedere in tal senso possano essere sovrapponibili con quelle sottese alla conclusione del preliminare, è indubbia la distanza tra i due⁵⁵⁸. Il definitivo è già tale e produce

⁵⁵⁷ Secondo parte della dottrina (MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, cit., p. 169; ID., *Il contratto in genere*, cit., p. 534) sussiste un'equivalenza funzionale tra le due ipotesi. Di contrario avviso, GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 145, secondo il quale tra il preliminare e il definitivo a termine sussiste una diversità di funzione che potrebbe annullarsi solo arricchendo il secondo di clausole che vadano ad equiparlo al primo, sotto il profilo degli effetti, così tradendone la natura.

⁵⁵⁸ GABRIELLI-FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 3, ne mettono in luce la differenza rilevando che ove si ricorra alla sequenza preliminare-definitivo si può agevolmente

dunque gli effetti che sono propri senza che rilevi, sotto il profilo funzionale, il momento in cui le prestazioni dovute saranno suscettibili di esecuzione, tanto è vero che nulla preclude la conclusione di un preliminare che obblighi a concludere un definitivo a termine⁵⁵⁹.

Dalla causa del preliminare, l'attenzione degli autori si è spostata alla causa del definitivo, una volta superata la tesi secondo cui si sarebbe in presenza di un atto dovuto, in favore di quella che ne riconosce la natura negoziale⁵⁶⁰. Se così è allora il definitivo assolve una funzione propria che corrisponde a quella del contratto tipico o atipico al quale appartiene il negozio concluso, il che presuppone il riconoscimento dell'autonomia dei due contratti – salvo che per la indubbia sussistenza di un nesso di collegamento necessario⁵⁶¹ – che è assunto

impedire l'introduzione di un regolamento di interessi nuovo, piuttosto che reagire contro un regolamento già posto, come avviene con la stipulazione immediata di un definitivo sottoposto a termine iniziale.

⁵⁵⁹ CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 198 s., mettendo in luce la diversità tra l'obbligo di trasferire e l'obbligo di rendere proprietario, afferma che questi possano sorgere in tempi e da atti diversi, come il preliminare e il definitivo.

⁵⁶⁰ Di questo profilo ci siamo già occupati nel cap. I, § 4.2.

⁵⁶¹ F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 52. Tale nesso influenza i rapporti tra i due contratti, in quanto se il definitivo è l'atto col quale le parti adempiono l'obbligo di prestazione che discende dal preliminare, allora è necessario che quest'ultimo sia valido perché diversamente verrebbe meno la causa sottostante al rapporto che sorge col definitivo, ovvero la causa solutoria. L'invalidità del preliminare, quindi, legittima l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito e determina altresì la nullità del definitivo (A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase, 2014, p. 49). Tuttavia, posto che il definitivo assolve anche una causa ulteriore e indipendente dal preliminare, nulla impedisce alle parti di mantenere in vita il rapporto già sorto, se il motivo che ha dato causa alla nullità del preliminare non inficia il definitivo. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la nullità del primo contratto sia dipesa dall'omessa indicazione di un elemento essenziale che viene inserito nel definitivo, in tal caso domandare la nullità di quest'ultimo in quanto frutto dell'esecuzione del preliminare risulterebbe pretestuoso perché il rapporto giuridico sorto col definitivo conserva una sua autonomia rispetto al primo contratto (CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 212). Viceversa, quando il vizio del preliminare si riflette nel definitivo, è indubbio che la nullità travolga anche il secondo contratto. Dunque, seppure il definitivo comprenda la causa solutoria e la causa tipica della *species* di negozio cui appartiene, la seconda prevale sulla prima perché il definitivo, come si è detto, non è un atto dovuto ma un contratto. In tal senso GABRIELLI- FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 5, i quali affermano che prevale la disciplina del negozio, potendo il definitivo costituire esatto adempimento « solo in quanto siano in esso presenti i requisiti del valido consenso, poiché è proprio quest'ultimo che le parti si sono promesse con il preliminare » [tale aspetto è ribadito da G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, I) dir. civ., postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, p. 5]. Questo carattere di dipendenza del definitivo, secondo gli a., comporta che « nonostante la (sua) peculiarità causale...: una volta che la volontà negoziale definitiva si è formata, e sia pure riprendendo i termini delle valutazioni di convenienza operate in sede preliminare, l'esistenza del contratto preparatorio diventa un mero fatto storico, la cui rilevanza può cogliersi, al massimo, sul piano dei motivi individuali ».

imprescindibile perché ciascuno conservi una sua utilità; diversamente si cadrebbe nelle medesime critiche che sono state sollevate con riguardo alla successione preliminare di preliminare-preliminare, in quanto la successione di due contratti tra loro identici si riduce in una mera superfetazione⁵⁶².

Peraltro l'identità tra il preliminare e il definitivo è esclusa dalla diversità dei requisiti essenziali dei due contratti, cui accennavamo pocanzi, la quale è ulteriormente confermata dalla duplice natura del preliminare di contratto e schema di formazione del consenso del definitivo, onde non potrà esservi corrispondenza tra quest'ultimo e quel contratto che è strumento necessario per il suo formarsi. Appare meritevole di accoglimento, invece, la tesi secondo cui il definitivo assume una causa ulteriore rispetto a quella propria, che discende dal nesso di collegamento che lo unisce al preliminare, qual è la causa solutoria⁵⁶³, il che non svilisce la natura negoziale del definitivo ma ne integra la funzione rispetto a quella del tipo di contratto concluso.

Quanto detto si giustifica in ragione della natura del nesso di collegamento al quale sono avvinti il preliminare e il definitivo. Infatti « quando l'azione di un negozio sull'altro si esercita nella fase formativa, nel momento genetico e non persiste quando il negozio è venuto ad esistenza in guida che il rapporto creato è insensibile e indifferente alle vicende del primo, il collegamento è meramente genetico » (N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 367; contrario a tale ricostruzione è G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*², Milano, 1991, p. 305, secondo il quale esiste una sola *species* di collegamento che ricorre anche nella sequenza preliminare-definitivo e questa è quella del collegamento funzionale). È tale il collegamento che sorge tra i contratti preparatori, qual è il preliminare, seppure lo stesso GASPERONI, *op. ult. cit.*, p. 368, ritenga che il definitivo non sia avvinto da alcun nesso di collegamento in senso tecnico col definitivo, avendo il primo un'esistenza « transitoria provvisoria », destinata a svanire con il sorgere del definitivo. Tuttavia quest'ultima asserzione non ci pare condivisibile, poiché da un lato il legislatore ha inteso rafforzare il ruolo del preliminare rispetto a quello degli altri contratti preparatori – si pensi all'opzione – prevedendone la trascrizione, così rivendicandone la natura di contratto autonomo seppure strumentale al definitivo, dall'altro il definitivo segue e assorbe il preliminare perché con la sua conclusione si esaurisce la funzione del primo contratto, ma ciò non toglie che un collegamento giuridicamente rilevante ci sia, sebbene solo *ab initio*, in quanto « creato il contratto definitivo, questo è nella sua esistenza e nel suo svolgimento indifferente alle vicende del contratto preliminare, normativo, tipo, ecc. » (così, G. OPPO, *Negozi parasociali*, Milano, 1942, p. 68).

⁵⁶² Risponde a tale preoccupazione la domanda che pone alla base della sua ricerca GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 9, il quale si domanda se il definitivo risponda ad una funzione oggettivamente apprezzabile e, in subordine, se sia consentita all'autonomia privata la scelta di strumenti negoziali che risultino sovrabbondanti rispetto al fine perseguito.

⁵⁶³ CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 212; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 25; GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, cit., p. 7; FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 687.

2. *Ambito di applicazione potenziale e reale del contratto preliminare.*

L'assenza di norme che delimitano l'ambito di applicazione del contratto preliminare fa sì che questo si ritenga potenzialmente illimitato⁵⁶⁴, con la conseguenza che l'autonomia dei privati non incontra alcun limite espresso alla sua conclusione, qualunque sia il definitivo che ci si obbliga a contrarre. Per vero, tale conclusione deriva dall'analisi della disciplina dedicata al preliminare, la quale tuttavia, com'è facilmente intuibile, si caratterizza per la sua incompiutezza, il che rende inaffidabile il mero dato normativo e impone a dottrina e giurisprudenza di intervenire in funzione integrativa rispetto al medesimo.

Valorizzando la natura di schema di formazione del consenso del preliminare, infatti, si coglie che la prospettiva dalla quale procedere consiste nell'appurare se in ragione della natura del definitivo sia possibile procedere alla sua formazione in via progressiva obbligandosi *ex contractu* a contrarre ovvero se le sue peculiarità impediscano di addivenirvi⁵⁶⁵ e, d'altra parte, ciò non stupisce se si considera che, come abbiamo già accennato, la disciplina del definitivo esercita un'influenza diretta su quella del preliminare, quanto alla individuazione dei suoi requisiti essenziali.

Le prime dispute sono sorte contestualmente alla nascita del preliminare, il cui ambito di applicazione si ritenne inizialmente limitato ai soli contratti con effetti reali, ritenendosi superflua la conclusione di un preliminare che obbligasse alla conclusione di un contratto con effetti meramente obbligatori, poiché si riteneva non esservi differenza tra l'obbligarsi a concludere un contratto a sua volta produttivo di effetti obbligatori e obbligarsi *hic et nunc* alla sua esecuzione. In particolare si sosteneva che se l'interesse perseguito fosse quello di posporre l'esecuzione delle prestazioni dovute rispetto al momento della conclusione del contratto, allora potesse ugualmente addivenirsi a tale esito mediante la previsione di un termine iniziale. La tesi esposta presuppone dunque un'equivalenza, sotto il profilo funzionale, tra preliminare e definitivo con apposizione di un termine che, come si è già rilevato, merita di essere smentita. Oltretutto, sul piano logico, si

⁵⁶⁴ MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio*, cit., p. 170.

⁵⁶⁵ GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, cit., p. 85.

assume l'equivalenza del preliminare e del definitivo sostenendosi che il secondo sia la mera riproduzione del primo in quanto obbliga ad obbligarsi, mentre vi è differenza tra una prestazione che abbia ad oggetto l'obbligo di concludere un contratto con cui ci si obbligherà ad eseguire una prestazione e l'obbligo di eseguire quest'ultima⁵⁶⁶. Paradossalmente questo orientamento riduce l'ambito di applicazione del preliminare ai soli contratti con effetti reali, rispetto ai quali si sono già illustrate le resistenze sollevate dalla dottrina, anche più recente, derivanti dall'erronea convinzione che tale contratto sia già un definitivo, fungendo da titolo di trasferimento della proprietà⁵⁶⁷. Il preliminare, così, dall'essere potenzialmente applicabile a qualsivoglia fattispecie contrattuale diventerebbe di fatto inutilizzabile e quindi vano, contrariamente a quanto traspare quando si volge lo sguardo verso la realtà sociale.

Ma tale orientamento, oramai obsoleto, è stato definitivamente superato a favore dell'accoglimento della tesi che ammette la conclusione del preliminare, indistintamente, sia quando il definitivo produca effetti meramente obbligatori sia quando produca effetti reali. Tuttavia occorre qualche precisazione perché quanto detto non vale indistintamente per ogni contratto⁵⁶⁸. I dubbi che maggiormente

⁵⁶⁶ La differenza tra le due può cogliersi anche ricorrendo ai criteri di classificazione delle obbligazioni (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 145), perché mentre dal preliminare discende un obbligo di *praestare*, dal definitivo deriva un obbligo di *facere*, di cui il primo è una *species*.

⁵⁶⁷ Stupisce quindi che uno dei principali sostenitori di questa tesi (GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 87) ritenga che abbia senso la sola conclusione di un preliminare che obblighi a concludere un definitivo con effetti reali, perché in realtà, pur continuando a farsi riferimento ad un "preliminare", la fattispecie viene trasfigurata nella sua essenza e trasformata, come si è detto, in un definitivo (sul punto v. *amplius*, cap. I, § 4.3, 4.3.1).

⁵⁶⁸ Un cenno merita altresì il problema relativo al riconoscimento del potere dell'autonomia privata di concludere un contratto preliminare con cui ci si obbliga ad instaurare un rapporto giuridico di natura non patrimoniale, il che pare già una contraddizione posto che il contratto, ai sensi dell'art. 1321 c.c., è « l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale ». Il dubbio trae origine dal disposto degli art. 79 ss. c.c., aventi ad oggetto la disciplina della promessa di matrimonio la quale, come risulta dall'enunciato normativo dedicato agli effetti (art. 79 c.c.), non obbliga a contrarre matrimonio né ad eseguire quanto pattuito per il caso in cui la promessa fosse rimasta inadempita, il che cozza chiaramente con la natura e gli effetti propri del preliminare. La scelta linguistica adottata dal legislatore, d'altra parte, non può ritenersi neutra ma sottintende la volontà di escludere la natura contrattuale dell'atto e, consequenzialmente, la produzione degli effetti vincolanti che ne discenderebbero ex art. 1372, co. 1 c.c. Il rapporto che sorge dalla promessa, invece, pur non potendosi qualificare di natura agiuridica, come afferma M.V. DE GIORGI, *La promessa di matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1969, p. 750 s., poiché dalla sua violazione discendono la restituzione dei doni (art. 80 c.c.) e, a certe condizioni, il diritto al risarcimento del danno (art. 81 c.c.), non può neppure qualificarsi

attanagliano la dottrina odierna hanno riguardo, in particolare, al preliminare di donazione e dei contratti reali, sui quali ci soffermeremo.

2.1. *Il preliminare di donazione e la tutela della spontaneità: un ostacolo apparente.*

« La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione »: è questo l'enunciato normativo dell'art. 969 c.c. che detta la nozione della fattispecie e ne individua gli elementi costitutivi nella liberalità e nell'arricchimento. Rispetto al disposto dell'art. 1050 del c.c. del 1865, la norma oggi vigente si configura come il frutto dell'evoluzione ermeneutica data dagli interpreti a quella preesistente, il che ha condotto il legislatore del 1942 ad abbandonare i requisiti di attualità e irrevocabilità⁵⁶⁹, considerati « inutili relitti del diritto consuetudinario francese » e ad estenderne l'oggetto dal solo spoglio di una cosa alle donazioni reali, obbligatorie, liberatorie, come espone la Relazione al codice⁵⁷⁰. Quanto alla spontaneità, tuttavia, occorre precisare che la scelta di

quale « vero contratto »⁵⁶⁸ [F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova, 1943, p. 42, secondo il quale dalla violazione degli sponsali discendeva la responsabilità contrattuale della parte inadempiente ex art. 1218 c.c., come ritenuto in passato anche dalla giurisprudenza (v. in particolare Cass. 14 gennaio 1927, n. 52)], tesi unanimemente smentita dalla dottrina a noi più vicina in ossequio all'apprezzabile *ratio* di tutelare la libertà di matrimonio. In forza della medesima *ratio* riteniamo che l'autonomia dei privati non possa spingersi sino alla conclusione di contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di un accordo con cui una parte si obbliga a subire una lesione della propria sfera fisica o individuale, in violazione al disposto dell'art. 5 c.c. Il contratto eventualmente concluso sarebbe quindi nullo per illiceità della causa (GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 104).

Nulla osta, invece, alla conclusione di un contratto preliminare con cui ci si obbliga a concludere una convenzione matrimoniale destinata a disciplinare i rapporti patrimoniali della famiglia, essendo pacifica la sua natura contrattuale (GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 103). Come si è già osservato (v. cap. I, § 4.3.2), d'altronde, il preliminare obbliga alla conclusione di un *contratto*, da qui la necessità che tale sia la natura dell'atto che le parti intendono realizzare. Coerentemente a questa logica si ritiene, allora, che sia ammissibile un preliminare che obblighi alla stipula di un atto avente ad oggetto lo sfruttamento di un proprio diritto della personalità, se di natura dispositiva: si pensi al diritto all'immagine o al diritto d'autore, di cui è indubbio il valore economico che possono assumere.

⁵⁶⁹ L'art. 1050 c.c. del 1865 prevedeva infatti che il donante si spogliasse della cosa donata « spontaneamente e irrevocabilmente ».

⁵⁷⁰ Rel. al c.c., cit., n. 372. Inoltre, il codice vigente qualifica espressamente la donazione « contratto », così superando i dubbi interpretativi sulla sua natura (sui quali v. ampiamente A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Firenze, 1898, p. 39 ss.), favoriti sotto il codice previgente dalla scelta di definire la donazione « un atto ». L'espressione riproduceva il disposto dell'art. 894 del *Code civil* – invariato anche in seguito alla riforma del 2016 – secondo cui « la donation entre vifs

omettere il riferimento esplicito a tale elemento non ne elide il valore di requisito fondamentale, essendo implicitamente compreso nella liberalità, tanto è vero che l'art. 1050 del c.c. del 1865 parlava di « spontanea liberalità », valendo la prima a qualificare la seconda, sicché può affermarsi che la novità apportata dal legislatore sul punto si riduce ad una mera scelta stilistica. Si evita infatti quella che può ritenersi una superfetazione linguistica, perché se per *spontaneità* si intende l'assenza di ogni forma di coazione legale rispetto all'esecuzione dell'attribuzione patrimoniale e per *liberalità* « la coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti (*animus donandi*) »⁵⁷¹, allora la seconda comprende la prima⁵⁷² e ciò rende superfluo e ripetitivo ogni suo richiamo. Diversamente deve dirsi con riguardo all'oggetto della donazione, esteso all'assunzione di un'obbligazione che il donante si vincola *ex contractu* ad eseguire nei confronti del donatario⁵⁷³ il quale, in caso di inadempimento, potrà agire in sede giudiziale perché vi proceda, come previsto dall'art. 1453 c.c., il che ha permesso di superare l'ostacolo implicito nel codice previgente, rappresentato dall'attualità dello spoglio, acconsentendo alla possibilità che l'arricchimento di cui potrà giovare il donatario non sia effetto immediato del contratto ma sia differito al

est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte », da cui il legislatore italiano consapevolmente si discosta pur ammettendo essersi in presenza di un « contratto *sui generis* », come si scrive nella Relazione (cit., n. 371) a giustificazione della scelta di collocare la disciplina nel libro II in luogo del IV, nonché della specialità della disciplina rispetto a quella dei contratti in genere. Per l'evoluzione storica della norma, v. L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, sub artt. 769-809, in *Comm. c.c. dir.* da A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 13 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 72, apprezza la nozione dettata dal nuovo codice e definisce l'espressione « spontanea liberalità » di cui all'art. 1050 c.c. del 1865 « una tautologia [...], giacché la liberalità di per sé è spontanea ».

⁵⁷¹ Rel. al c.c., cit., n. 372.

⁵⁷² A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il c.c. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 8 ss., 38; A. TORRENTE, *La donazione*, Milano, 2006, p. 226.

La sopravvivenza della spontaneità quale requisito imprescindibile della donazione trova conferma altresì nella giurisprudenza di legittimità, che, ai fini della validità della fattispecie, ritiene necessario procedere al suo accertamento giudiziale (tra le ultime, v. Cass., 31 ottobre 2016, n. 22013; Cass., 17 maggio 2016, n. 10085; Cass., 13 aprile 2016 n. 7335).

⁵⁷³ La novità perde rilievo se si considera che, come ricorda G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 22, già il diritto giustiniano ammetteva che la donazione potesse assumere contenuto obbligatorio e richiedeva, sotto il profilo formale, che assumesse la veste di una *stipulatio*. Era già noto, peraltro, il problema relativo all'eseguibilità dell'obbligo inadempito, risolto con la previsione di un'*actio praescriptis verbis*, configurata quale azione per ottenere l'adempimento dell'onere.

momento di esecuzione dell'obbligo che ne discende. Se così è allora non sussiste più alcun ostacolo alla validità della donazione di cosa altrui perché, scrive Luigi Mengoni, « solo per le fattispecie rispondenti allo schema del contratto con efficacia reale il principio dell'attualità dello spoglio, caratteristico della donazione, implica il requisito dell'appartenenza del diritto al donante al momento del contratto [...] Valida è invece la donazione (obbligatoria) con cui il donante assume l'obbligazione di procurare al donatario la proprietà della cosa, cioè si obbliga ad acquistarla dal terzo proprietario » pur essendo a tal fine necessaria, oltre alla conoscenza dell'alienità della *res* da parte del donante, anche una manifestazione di volontà con la quale espressamente si assume l'obbligazione di trasferire il bene altrui, una volta che ne abbia acquistata la proprietà⁵⁷⁴. Nulla è, invece, la donazione dispositiva di cosa altrui, il che vale anche ad escludere l'applicazione alla donazione dell'art. 1478 c.c. sulla vendita di cosa altrui⁵⁷⁵. L'effetto traslativo, dunque, non si produrrà per effetto del contratto di donazione obbligatoria ma sarà a tal fine necessario un atto successivo, secondo lo schema del *titulus-modus acquirendi*⁵⁷⁶.

Quanto detto rileva al fine di superare il problema dell'ammissibilità del preliminare di donazione. Tradizionalmente si ritiene nullo un contratto che obblighi a concludere la donazione perché in contrasto con l'essenza di quest'ultima, rappresentata dalla spontaneità⁵⁷⁷, la quale verrebbe meno ove l'arricchimento non fosse espressione della libera volontà del donante di

⁵⁷⁴ L. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1994, p. 27. In senso conforme si è espressa di recente anche Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068.

⁵⁷⁵ MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 28.

⁵⁷⁶ Quando il donante si obbliga a trasferire un bene che non sia già di sua proprietà assume, pertanto un'obbligazione di dare in senso tecnico, la quale impone che al *titulus* succeda un atto successivo: il *modus*.

⁵⁷⁷ È granitica in tal senso la giurisprudenza di legittimità: v. *ex multis* Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315; Cass., 4 maggio 2016, n. 8917. Nella giurisprudenza di merito, invece, coglie un'apertura verso la validità del preliminare di donazione in Trib. Verona, 27 giugno 2000, la cui massima così recita: « posto che la scrittura privata con cui una parte promette all'altra di donare beni mobili (sia che la stessa integri gli estremi di un preliminare di donazione, sia che costituisca una donazione definitiva) è da considerarsi nulla per mancanza dei requisiti di forma di cui all'art. 782 c.c., deve essere respinto il ricorso per sequestro conservativo proposto dalla persona a cui la scrittura è stata rilasciata ». Conferma la nullità del preliminare, ma ne individua la causa, in alternativa alla sua inammissibilità, nella carenza di forma, il che presuppone dunque il riconoscimento della sua validità, Trib. Pistoia, 8 maggio 1981.

depauperare il suo patrimonio col solo fine di apportare un incremento nel patrimonio altrui, senza null'altro pretendere⁵⁷⁸, perché la donazione, se dovuta, non è spontanea⁵⁷⁹. La *ratio* è evidente: si intende tutelare la volontà del donante contro qualsivoglia forma di coazione che possa compromettere l'esercizio libero del suo potere di disposizione e a tal fine si esige che vi sia contestualità tra la dichiarazione della volontà di donare e la conclusione del contratto⁵⁸⁰. Inoltre, questo argomento ben si sposa con la logica del sistema, nel quale al favore dimostrato verso la conclusione dei contratti sinallagmatici si contrappone un generale disfavore per la conclusione dei contratti gratuiti e, *a fortiori*, per la donazione. Eppure tale soluzione non ci pare convincente – seppure di primo acchito appaia la più esauriente – in quanto l'atteggiamento assunto dal legislatore del 1942 è mutato rispetto al passato, perdendo quei tratti rigidi che lo connotavano per consentire al donante di esercitare la libertà che gli è riconosciuta dall'art. 1322 la quale, se è vero che la donazione è un contratto, assume anche nel caso di specie

⁵⁷⁸ Com'è noto, questo è l'elemento che distingue la donazione dai contratti gratuiti (R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 1990, p. 933 s.), perché la gratuità non esclude che l'obbligato esegua una prestazione a favore dell'altra e sopporti il sacrificio che ne deriva senza essere compensato dal vantaggio di una controprestazione per il soddisfacimento di un interesse di naturale patrimoniale, laddove nella donazione l'interesse che muove il donante è, *a contrario*, necessariamente non patrimoniale. Dunque, come affermato da BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 77, « la donazione è certo atto a titolo gratuito » e, anzi, *essenzialmente* gratuito (così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 2012, p. 225), « ma non ogni atto a titolo gratuito è donazione ».

⁵⁷⁹ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 1008, esordisce affermando che « obbligarsi a donare è un assurdo giuridico », per cui il preliminare di donazione, secondo l'a., o è nullo per carenza dello spirito di liberalità o deve ricondursi al contratto di donazione. Nel medesimo senso LENZI, *La donazione obbligatoria*, cit., p. 938 s.; ID., *Donazione obbligatoria*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1641 s., secondo cui il preliminare di donazione andrebbe qualificato come donazione obbligatoria, seguito da un atto *solvendi causa* che, diversamente dal primo, non richiederà la forma prevista per la donazione; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1227; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 184, secondo cui il preliminare di donazione andrebbe al più riqualificato in donazione così tentando di salvare l'autonomia dei privati sebbene per vie traverse e che potrebbero rivelarsi non rispettose della loro volontà il che, peraltro, andrebbero contro la *ratio* di tutela del donante quale logica che muove l'intera materia, al punto che parte della dottrina parla di espropriazione dell'autonomia dei privati (GABRIELLI-FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 4), in quanto vincolati a donare *ora*, quando avrebbe voluto donare in seguito. Come chiarisce BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 1007, al fine di tutelare la volontà delle parti, diviene fondamentale procedere all'interpretazione del contratto ovvero « risalire dall'espressione alla volontà espressa » (SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 226), onde valutare se questo possa valere come donazione con effetti reali o con effetti obbligatori o, viceversa, risulti in modo inequivocabile la volontà delle parti di concludere un preliminare (come precisa correttamente G. DIMARTINO, *Preliminare di donazione e donazione obbligatoria*, in *Giur. it.*, 2003, c. 2072).

⁵⁸⁰ Cfr. L. BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 218.

una posizione sovrana, non potendo esserne *in toto* compromesso l'esercizio⁵⁸¹. D'altronde la specialità che caratterizza la disciplina della donazione tiene già debitamente conto dell'esigenza di tutela del donante, per cui l'interprete, piuttosto che introdurre limiti ulteriori ed eccessivi che amputano le forme dell'autonomia privata irragionevolmente, dovrebbe in primo luogo verificare se il preliminare di donazione sia o meno coerente con il disposto degli artt. 769 ss.

Il principale dei problemi adottati contro il preliminare di donazione è l'inconciliabilità logica e giuridica tra l'obbligo di donare, che discende dal preliminare, e la spontaneità che connota la donazione e richiede la libertà assoluta del donante al momento di formazione del contratto, il che sottintende l'erroneo convincimento che il definitivo perda la sua natura negoziale assumendo i tratti dell'atto dovuto⁵⁸², mentre, come abbiamo tentato di dimostrare, così non è, perché il definitivo conserva la sua natura contrattuale e per la sua conclusione è pur sempre necessaria una valida manifestazione del consenso delle parti. Il fatto che il futuro donante si sia già vincolato a concludere la donazione non vale dunque a renderla atto dovuto, escludendo che ricorra nel caso di specie quello spirito di liberalità in carenza del quale di donazione non è dato parlare, ma può esclusivamente valere a mettere in discussione quel requisito della attualità dello

⁵⁸¹ A favore del preliminare di donazione si esprimono: L. ALBERTINI, *Conclusioni e formazione progressiva del patto di famiglia*, in *Giust. civ.* 2007, p. 311; G. BONILINI, *Preliminare di donazione da parte di enti pubblici, Il commento*, in *I contr.*, 1997, p. 466, sostenendo, a tutela dell'autonomia dei privati, che « la promessa di arricchire un soggetto non possa cadere nel nulla »; GABRIELLI-FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 4, affermano che, in forza del collegamento esistente tra i due negozi, il definitivo non può essere considerato isolatamente, ovvero in autonomia rispetto al preliminare, per cui l'interesse a donare può accertarsi anche con riguardo a quest'ultimo, mentre è con riguardo al definitivo che deve valutarsi la sussistenza dei presupposti giuridicamente necessari ai fini della sua validità; PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 209, secondo il quale la conclusione di tale contratto soddisfa una specifica utilità per le parti, ogniqualvolta l'oggetto dell'attribuzione non sia ancora nella sua sfera giuridica o lo condizioni in presenza di esigenze future e incerte al momento del preliminare o esigenze di ordine morale; secondo l'a. (p. 211) non contrasta con la spontaneità neppure l'azione *ex art. 2932 c.c.*, esercitabile in caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre; B. TASSONE, *Qualche apertura sul preliminare di donazione?*, in *Foro it.*, 2001, c. 3431 s., afferma che non sussisterebbe alcuna ragione per escludere l'applicazione del principio della *freedom of contract* al preliminare di donazione, scelta che risulterebbe lesiva dell'autonomia dei privati e dell'affidamento nutrito dal donatario, il quale, in forza del preliminare, potrebbe compiere investimenti che tengano conto del futuro arricchimento di cui godrà in seguito all'esecuzione dell'obbligo di concludere il contratto di donazione.

⁵⁸² Concorde nel ritenere che tale tesi sia fondata sul suddetto convincimento, GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

spoglio e contestualità della volontà e del donare, già superato con riguardo alla donazione obbligatoria e ricorrente in via residuale per la sola donazione dispositiva. Ora, una volta che sia stata riconosciuta quale valida manifestazione dell'*animus donandi* l'assunzione dell'obbligo di donare, apportando in seguito, rispetto al momento in cui il contratto è stato concluso, l'effetto di arricchimento nella sfera giuridico-patrimoniale del donatario, dovrà ammettersi anche la conclusione di un preliminare di donazione, risultando questa pienamente coerente col sistema.

Ma la riconosciuta ammissibilità del preliminare di donazione non può indurre a ritenere, come sostenuto da taluno⁵⁸³, che dietro la donazione obbligatoria si celi un preliminare di donazione sotto mentite spoglie, affermando così l'equivalenza tra l'obbligarsi a concludere un contratto di donazione e il concludere un contratto di donazione con cui si assume un'obbligazione, così obliterando la differenza tra il preliminare di donazione e la donazione obbligatoria e, più in generale, tra il preliminare e i contratti con effetti meramente obbligatori, tra i quali può ricondursi quello di donazione obbligatoria, nulla impedendo che col preliminare ci si obblighi a contrarlo. In realtà, le due fattispecie meritano di essere mantenute distinte e infatti se colui che si obbliga a concludere la donazione mediante un contratto preliminare manifesta la volontà negativa di non voler donare *ora* e positiva di volere donare *in futuro*, chi conclude una donazione obbligatoria – di cui la donazione di cosa altrui è una *species*⁵⁸⁴ – vuole donare *ora*⁵⁸⁵, sebbene l'effetto di arricchimento della sfera giuridica del donatario e il corrispondente depauperamento della sfera giuridica del donante non si produca al momento della conclusione del contratto, ma dell'esecuzione della prestazione⁵⁸⁶. Diverse sono quindi le situazioni soggettive che discendono dalla donazione obbligatoria e dal preliminare di donazione, rispettivamente: il diritto di credito all'esecuzione della prestazione e il diritto di credito alla conclusione del contratto

⁵⁸³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 885; ID., *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁵⁸⁴ MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 28 s.

⁵⁸⁵ La differenza è tracciata in questi termini da BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 1005.

⁵⁸⁶ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 244.

di donazione, diversità che, spostandoci dal diritto al processo, si riflettono sulle loro tecniche di attuazione, rispettivamente: l'azione di adempimento *ex art.* 1453; l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre⁵⁸⁷.

Giunti a tali conclusioni, appare opportuno procedere ad un'ultima considerazione relativa all'utilità che riveste per le parti la conclusione del preliminare di donazione. Com'è noto, il legislatore ha previsto che il preliminare rivestisse la medesima forma richiesta per il definitivo che ci si obbliga a concludere (art. 1351 c.c.), il che, in caso di donazione, impone l'osservanza dell'art. 782 c.c. che prescrive a pena di nullità la forma dell'atto pubblico, requisito richiesto al fine di consentire una maggiore consapevolezza in capo al donante⁵⁸⁸. Ne deriva che grava sulle parti del preliminare l'obbligo di procedere alla sua stesura nella forma solenne prevista *ex lege*, con la conseguenza che questo ne scoraggia la conclusione. Lo dimostra la giurisprudenza di merito, in quelle rare decisioni in cui, mossa dall'iniziale intento di riconoscerne la validità, si è scontrata con l'esigenza di dichiararne l'invalidità per altra causa ovvero per carenza di forma scritta⁵⁸⁹. Ciò evidenzia che sul piano pratico la disputa che interessa dottrina e giurisprudenza in merito alla validità o meno del preliminare di donazione assolve un'importanza marginale, come dimostra la realtà sociale.

2.2. *Il preliminare di contratto reale tra diritto e rapporti di cortesia.*

I contratti reali, è risaputo, si connotano in quanto per la loro conclusione la legge richiede, accanto e oltre al consenso, la *datio rei* quale elemento tangibile ed esteriore della manifestazione di volontà delle parti di perfezionare l'accordo, in deroga al principio di matrice liberale della sufficienza del consenso. La realtà si configura dunque come un'ipotesi eccezionale che introduce un limite legale all'autonomia privata in una materia nella quale tale principio regna sovrano, il che spiega l'attenzione rivolta dalla dottrina a tali contratti, la quale mira ad indagare

⁵⁸⁷ Ma se intendiamo il preliminare quale titolo di trasferimento della proprietà, ecco che la differenza si annulla perché nell'una e nell'altra è necessaria una sequenza tra due atti: ma mentre il primo sarebbe il preliminare in un caso e la donazione obbligatoria nell'altro; il secondo sarebbe in entrambi un negozio con causa esterna, seppure avente diversa forma giuridica.

⁵⁸⁸ LENZI, *Donazione obbligatoria*, cit., p. 1619.

⁵⁸⁹ V. sul punto *supra*, nt. 44.

quale sia la *ratio* sottesa alla scelta del legislatore di configurare come reali determinate fattispecie al fine di bilanciare l'interesse cui risponde la realtà con quello dei privati al libero esplicarsi dell'autonomia privata diviene preminente in quanto tale verifica è preliminare all'accertamento della natura dispositiva o imperativa della norma che prevede la realtà del contratto, dovendosi ritenere vincolante ogni qual volta ad essa siano sottese specifiche esigenze di tutela di interessi pubblicistici, in quanto tali prevalenti rispetto a quelli dei singoli privati, solo in quest'ultimo caso sarebbe infatti ammissibile la conclusione in forma consensuale di un contratto reale e, di riflesso, la conclusione di un preliminare di contratto reale. Sarebbe invece irragionevole ammettere la conclusione di un preliminare di contratto reale e negarne in pari tempo la conclusione in forma consensuale, perché l'obbligo che discende dal preliminare esprime la rilevanza giuridica riconosciuta dall'ordinamento alla facoltà delle parti di vincolarsi a *contrahere* e presuppone dunque il riconoscimento di una piena libertà nelle modalità di conclusione del contratto definitivo che cozza con la realtà, ove ritenuta inderogabile. Il preliminare verrebbe così a trasformarsi in un facile strumento di elusione di norme imperative, a prescindere dal fatto che il definitivo debba concludersi con la *datio rei*, in quanto il mero consenso sarebbe già vincolante rispetto alla conclusione del definitivo, contrariamente a quanto voluto dal legislatore.

Una volta che sia consentita la conclusione in forma consensuale di un contratto reale sarà dunque possibile alle parti, oltre che addivenire *illico et immediate* alla sua conclusione, passare per il preliminare, obbligandosi alla conclusione del definitivo in forma consensuale o reale. Entro tali termini riteniamo infatti ammissibile un preliminare di contratto reale e non meritevoli di accoglimento le critiche mosse contro la sua configurabilità da parte della dottrina, secondo cui fungono da ostacolo invalicabile in tal senso gli art. 1351 e 2932 c.c. Si ritiene infatti da un lato che l'art. 1351 c.c., disponendo che il preliminare debba rivestire a pena di nullità la medesima forma richiesta per il definitivo, implichi che il primo assuma la forma del contratto reale onde, consegnata la cosa, si perfezionerebbe già il definitivo rendendosi così superflua la successione dei due

contratti; dall'altro si assume l'inapplicabilità ontologica al caso di specie dell'art. 2932 c.c., in quanto contro l'inadempimento del preliminare l'attore potrebbe agire per il solo risarcimento del danno patito non sussistendo in capo al giudice il potere di costituire gli effetti di un contratto reale, la cui produzione è subordinata alla consegna, non surrogabile da una decisione giudiziale⁵⁹⁰. Entrambe le argomentazioni ci paiono superabili.

La prima si basa sull'assunto secondo cui la consegna costituirebbe la forma del definitivo, il che è erroneo in quanto la forma è un elemento esteriore rispetto alla volontà delle parti di *contrahere*⁵⁹¹, talvolta richiesto a pena di nullità dal legislatore per soddisfare esigenze diverse che mirano a rafforzare l'intento volitivo costringendo la parte a confrontarsi con l'altra nella stesura di un atto scritto che, per sua stessa natura, impone un livello di attenzione e concentrazione maggiore rispetto ad un mero accordo verbale. Diversamente, nei contratti reali la consegna diviene un tutt'uno con la volontà di concludere il contratto, essendone la manifestazione esterna, senza la quale il contratto non è nullo ma assente, valendo a trasformare in giuridicamente rilevante un rapporto che diversamente si collocherebbe al di fuori del mondo del diritto⁵⁹². Allora, quando si disputa circa l'ammissibilità o meno di un preliminare di contratto reale, è fuori luogo invocare il disposto dell'art. 1351 c.c. per negarla, potendosi piuttosto sostenere che ove la consegna sia elemento inderogabile per la conclusione del contratto il preliminare verrebbe ad oltrepassarlo *contra legem*.

Contro il secondo argomento appare invece sufficientemente esaustivo invocare il disposto dell'art. 2932 c.c., il quale limita l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ai casi in cui *sia possibile e non sia escluso dal titolo*, ipotesi che attengono rispettivamente alla ontologica incompatibilità tra tale strumento e il contratto non concluso, di cui la sentenza verrà a produrre gli effetti, e alla facoltà delle parti di escluderlo. Il preliminare di contratto reale rientra

⁵⁹⁰ V. per entrambe, U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 283 ss.

⁵⁹¹ A. DALMARTELLO-G.B. PORTALE, *Deposito (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 251 ss.; N. COVIELLO, *Del contratto estimatorio*, Torino, 1893, p. 24.; ID., *Del contratto estimatorio*, in *Riv. it. sc. gir.*, 1893, p. 384.

⁵⁹² A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 332, 338 s.

dunque tra i casi in cui *non sia possibile* l'esecuzione in forma specifica, essendo condivisibili le ragioni *supra* esposte, seppure differente è la conclusione alla quale noi riteniamo di giungere. D'altronde se la legge stessa prevede e ammette l'eventualità che a fronte dell'inadempimento del preliminare non possa soccorrere l'art. 2932 c.c., allora ciò non può essere causa dell'inammissibilità della fattispecie, trattandosi solo di considerare quali strumenti di tutela residuino nella disponibilità delle parti.

Alla luce di queste premesse, per verificare con riguardo a quali contratti reali possa ammettersi la conclusione del preliminare, occorre indagare – come si è già accennato – quale sia la *ratio* della realtà, consapevoli del fatto che questa debba ricercarsi in relazione alle singole fattispecie o a gruppi affini, non potendo ricondursi ad unità le valutazioni sottese a tale scelta, seppure unitario è il criterio guida da noi eletto per valutare quando un contratto reale possa concludersi in forma consensuale e dunque sia configurabile il suo preliminare⁵⁹³.

Il primo gruppo di contratti reali ai quali riferirsi è senza dubbio quello ereditato dal diritto romano, ove si collocano il mutuo, il deposito e il comodato. Tali fattispecie, fino al II secolo a.C., erano prive di dignità giuridica in quanto i rapporti sorti dall'uso di prestare la cosa, come nel comodato⁵⁹⁴, o la *pecunia*, come nel mutuo, ovvero di affidare la *res* a persona di fiducia perché la custodisse, come nel deposito⁵⁹⁵, erano considerati di pura cortesia, onde il comodante, il mutuante o il depositante che avesse subito un danno in seguito alla mancata restituzione era tutelato dal pretore con un'*actio in factum* – e successivamente *ex bona fidei* – e non con un'*actio ex contractu*⁵⁹⁶. Successivamente ne venne riconosciuta la natura contrattuale, ma si ritenne opportuno allocarli tra i contratti che si concludono con la consegna, creando così una dicotomia tra la fase che la precede, ritenuta giuridicamente irrilevante⁵⁹⁷, e la fase che la segue e dà vita al contratto,

⁵⁹³ V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 42 s., 45.

⁵⁹⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984, p. 313; P. ZANNINI, *Comodato nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, p. 32, 33. Il comodato era anche detto nel diritto romano prestito d'uso.

⁵⁹⁵ G. ASTUTI, voce Deposito (storia), in *Enc. dir.*, p. 212 s.

⁵⁹⁶ CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, cit., p. 10.

⁵⁹⁷ CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, cit., p. 16.

giuridicamente rilevante. La qualificazione di contratti che *re perficiuntur* attribuitagli dal diritto romano è stata dunque conservata nel nostro ordinamento, in continuità con la tradizione, sicché si tratta di valutare criticamente se il trapianto invariato di tali fattispecie sia espressione di una ragione propria o si trascini dal diritto antico al nuovo per mero rispetto della tradizione e inerzia del legislatore.

Ab origine la realtà del mutuo, del comodato e del deposito si riteneva espressione di una scelta unitaria, stante nell'esigenza di ancorare la conclusione di questi contratti ad un elemento materiale che permettesse di delineare il confine tra l'area del giuridicamente rilevante e irrilevante, in quanto il prestare denaro o una *res* o il custodire la cosa altrui possono configurarsi quali prestazioni di mero favore che una parte si offre di eseguire nei confronti di un'altra per interessi socialmente rilevanti, di natura non patrimoniale, espressione del principio di solidarietà tra privati *ex art. 2 cost.* – quali possono essere ragioni di affetto o amicizia – onde il favore che si intende rendere ad un consociato non può essere vincolato, esulando dalla proposta e dall'accettazione qualsivoglia intento di vincolarsi *ex contractu* ad eseguirle, ma piuttosto obbligandosi moralmente.

È per questo che l'ordinamento ha ritenuto eccessivo e contrario alla volontà delle parti che il nudo consenso producesse gli effetti del contratto, con consequenziale esperibilità dei rimedi previsti dall'ordinamento contro l'inadempimento. In pari tempo, però, risultava eccessivo rimettere *in toto* alla regolamentazione dei privati le conseguenze derivanti dalla esecuzione della prestazione, in quanto ove questa ci sia stata la parte che per eseguirla prende in consegna il bene non può ritenersi esente da responsabilità. Seppure il mutuo, il deposito e il comodato siano eseguiti per fini non economici e a titolo gratuito, infatti, la volontà delle parti che si esternalizza con la consegna comprende l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e di restituzione della cosa, ovvero di vincolarsi giuridicamente, perché entrambe le parti si attendono che l'altra tenga una certa condotta di cui diversamente potrà dolersi in sede giudiziale. La *datio rei* segna dunque il passaggio verso l'area del giuridicamente vincolante⁵⁹⁸, come chiariscono i *Lavori preparatori al codice civile* con riguardo al comodato, ove si

⁵⁹⁸ A.L. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 195.

esprime l'opportunità di mantenerne la natura di contratto reale perché « dà luogo a rapporti giuridici che stanno ai margini di quelli di cortesia »⁵⁹⁹, profilo che risulta tanto più evidente considerandone la natura essenzialmente gratuita, espressamente prevista dal comma secondo dell'art. 1803 c.c. La è infatti l'elemento che sorregge la causa di questo contratto⁶⁰⁰ e ciò rende inderogabile la sua natura reale, in quanto l'ordinamento ha ritenuto opportuno non riconoscere valore giuridicamente rilevante al solo accordo per le ragioni *supra* esposte, le quali sottendono evidentemente delle esigenze di tutela che precludono alle parti la facoltà di scegliere se concludere il contratto per nudo consenso⁶⁰¹.

Deve pertanto escludersi anche la conclusione del preliminare di comodato, per l'evidente irragionevolezza che deriverebbe dal negare la conclusione del comodato in forma consensuale e consentire alle parti di obbligarsi a concluderlo in seguito⁶⁰². Prima della consegna, dunque, il rapporto *inter partes* dovrà ricondursi all'area dei rapporti socialmente rilevanti e nulla potrà avere a pretendere una parte dall'altra.

Queste stesse valutazioni, originariamente valide anche per il mutuo, oggi non possono più ritenersi condivisibili perché in tal caso la giustificazione della realtà risiede più su ragioni storiche che nella realtà sociale⁶⁰³, data l'evoluzione che ha interessato questa fattispecie, allontanandola dall'area dei rapporti di cortesia. Tale graduale passaggio ha avuto inizio già nel diritto romano col mutare della *causa contractus*, avveratasi per effetto della trasformazione del mutuo da gratuito in oneroso, il che lo ha reso da puro prestito di favore un vero strumento creditizio, natura di cui ad oggi nessuno disputa, tanto è vero che alcuni

⁵⁹⁹ *Lavori preparatori del codice civile* (anni 1939-1941), I, Roma, 1942, p. 270. Lo dimostra la stessa origine del contratto, noto sin dai tempi più antichi quale prestito d'uso, non assistito da alcuna forma di tutela in quanto risale all'età tarda – intorno al I secolo a.C. – l'introduzione dell'*actio commodati* [v. D. MAFFEI, *Comodato (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 984].

⁶⁰⁰ G. GHEZZI, *Cortesia (Prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 1053.

⁶⁰¹ DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, cit., p. 47 s., 53.

⁶⁰² Di diverso avviso G. TAMBURRINO, *Comodato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 996, il quale ammette invece la conclusione di un preliminare di comodato, ritenendolo « ammissibile e produttivo di tutti gli effetti propri del preliminare », non ritenendo dunque che la natura gratuita del comodato, insieme a quella della prestazione resa, chiaramente riconducibile a prestazioni di cortesia, possa compromettere il sorgere del *vinculum iuris* in seguito al preliminare.

⁶⁰³ V. NAPOLETANO, *I contratti reali*, Torino, 1979, p. 552.

ordinamenti⁶⁰⁴, prendendo atto di ciò, hanno ritenuto superfluo vincolarne la formazione alla consegna, annoverandolo tra i contratti consensuali, soluzione che forse risulterebbe ad oggi più coerente con la sua innovata funzione ma che non ha impedito al legislatore italiano, seppure dopo qualche incertezza, di mantenerne la qualificazione originaria, introducendo in pari tempo una novità: l'art. 1822 c.c. La norma, rubricata *promessa di mutuo*, rende evidente l'intento del legislatore italiano di ammettere l'accordo con cui una parte abbia promesso all'altra di darle una somma a titolo di mutuo, riconoscendo effetto obbligatorio alla promessa e il potere di agire per ottenerne l'esecuzione in caso di inadempimento, salvo che le condizioni patrimoniali dell'altro contraente siano divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non gli siano offerte idonee garanzie. Come correttamente osservano dottrina e giurisprudenza⁶⁰⁵ e come peraltro si evince dalla Relazione al codice civile⁶⁰⁶, nel caso di specie si è in presenza di un preliminare, il che dimostra l'ontologica compatibilità tra tale fattispecie e il contratto reale e consente altresì di ritenere che se l'ordinamento ammette che le parti possano obbligarsi a concludere un mutuo, *a fortiori* produrrà effetti vincolanti l'accordo con cui *hic et nunc* una parte si obbliga a mutuare una determinata somma a favore dell'altra che, a sua volta, si obbliga a restituirla. Tuttavia se ciò appare indubbio

⁶⁰⁴ Il riferimento è all'ordinamento svizzero e tedesco, ove si è giunti alla medesima soluzione, seppure per strade diverse. In particolare, mentre in Svizzera il mutuo è previsto quale contratto reale ma considerato consensuale, in Germania era originariamente prevista la possibilità di concludere un preliminare di mutuo (par. 810 BGB), ma in seguito alla riforma del 2002 il legislatore, seguendo le orme della dottrina, ne ha prescritto la consensualità (v. P. GALLO, *Mutuo in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1994, p. 582 s.; M.L. RUFFINI GANDOLFI, *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, in *Jus*, 2006, p. 344 s.).

⁶⁰⁵ La soluzione, seppur maggioritaria (v. NAPOLETANO, *I contratti reali*, cit., p. 4; , non incontra il consenso di tutta la dottrina civilistica, la quale anzi propone spesso una lettura alternativa, ritenendo che l'art. 1822 c.c. configuri il mutuo quale contratto consensuale, così generando una dicotomia tra il mutuo che si conclude con la consegna della cosa e quello per il quale è invece sufficiente il solo consenso, affidandone il distinguo alla onerosità o meno del contratto (R. CALVO, *Contratti e mercato*², Torino, 2011, p. 407). secondo l'a., riconosciuto il mutuo come contratto reale, non può ammettersi perché sarebbe contraddittorio che il mero consenso sia idoneo a dar vita ad un'obbligazione benché mediata, di consegnare la cosa promessa a mutuo: sarebbe un volere e un disvolere imporre alle parti un onere di consegna in sede di stipulazione del contratto definitivo quando se ne può prescindere in sede di stipulazione del preliminare.

⁶⁰⁶ Ove si legge, al n. 735, che il legislatore ha contemplato il *pactum de mutuo contrahendo* al fine di estendervi la disciplina dettata dall'art. 1461 c.c.

quando si sia in presenza di un mutuo oneroso, pertanto destinato ad assolvere una funzione creditizia, non ugualmente potrà dirsi con riguardo al mutuo gratuito, rispetto al quale persistono quelle perplessità legate alla natura di mera cortesia della prestazione. D'altronde chi consegna una somma chiedendone indietro il solo *tantundem* è generalmente mosso da interessi di natura personale che rendono ancora una volta imprudente ed eccessivo da parte del legislatore riconoscerne il valore obbligatorio prima ancora che vi sia stata la consegna.

Ugualmente si può dire con riguardo al deposito, anch'esso collocato tra i contratti reali, in ossequio alla tradizione romanistica. La fattispecie, al pari del mutuo, ha subito una graduale evoluzione.

Anticamente il deposito non era neppure considerato un negozio, in quanto risale al periodo della procedura formula la sua qualificazione di contratto obbligatorio *iuris civilis* che si conclude *re*, cui si accompagnava un'*actio in factum* e *in ius*⁶⁰⁷. Tale scelta trovava indubbiamente ragione in due elementi: la natura della prestazione, riferibile a rapporti di cortesia, e l'essenziale gratuità della fattispecie. Quest'ultimo elemento, conservato anche dal legislatore del 1865, è stato superato dal codice civile del 1942⁶⁰⁸, sintomo evidente della rinnovata veste giuridica assunta dal contratto di deposito, protagonista dunque di un'evoluzione affine a quella del mutuo. Anche nel caso di specie valgono allora le considerazioni maturate rispetto a quest'ultimo, ovvero l'ammissibilità di un deposito consensuale, nonché di un preliminare di deposito.

Alla base delle osservazioni formulate deve dunque richiamarsi *in primis* la natura della prestazione, perché è questo l'elemento che funge da *discrimen* al fine di valutare se un contratto reale possa concludersi in forma consensuale o meno⁶⁰⁹; *in secundis* la natura gratuita o onerosa del contratto. Saremmo infatti in

⁶⁰⁷ G. ASTUTI, *Deposito (dir. romano e int.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 212, tanto è vero che nelle *Istitutiones* di Gaio non è ancora annoverato tra le *obligationes re contractae*, essendo previsto per la prima volta nelle *Res Cottidianae* accanto al mutuo, al comodato e al pegno.

⁶⁰⁸ DALMARTELLO-PORTALE, *Deposito (dir. vigente)*, cit., p. 250 ss., i quali per le suddette ragioni ritengono che sia consentito un deposito consensuale o un preliminare di deposito, affidando il distinguo tra i due all'accertamento della volontà delle parti.

⁶⁰⁹ Il che pare trasparire anche dalle parole di P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 171, per il quale « il patto consensuale di contratto reale sarà giuridicamente vincolante, purché presenti un accordo univocamente impegnativo ».

contraddizione ove ritenessimo non ammissibile un preliminare di contratto gratuito ma consentito un preliminare di donazione, onde nessun dubbio sorge con riguardo ai primi, purché la prestazione, seppure unilaterale, sia di per sé indice della giuridicità dell'impegno assunto, non anche quando, per la sua stessa natura, divenga difficile discernere la reale volontà delle parti senza che un elemento esteriore ed evidente, qual è la consegna, la concretizzi. È evidente allora che l'onerosità per tali contratti diviene il sintomo della giuridicità del vincolo, per cui la previsione di una controprestazione assorbe la necessità di procedere ad una valutazione ulteriore e la dicotomia gratuità-onerosità finisce con il definire il confine tra ciò che sta fuori e ciò che sta dentro il mondo del diritto.

È dunque un falso limite quello che secondo alcuni sarebbe posto alla libertà delle parti di concludere un preliminare di contratto reale oneroso. Il *tradens* che riceverà dall'*accipiens* quale corrispettivo per aver ottenuto la custodia della cosa – nel deposito – ovvero per aver reso disponibile una certa somma di denaro o altre cose fungibili alla parte che ne necessitava – nel mutuo – una controprestazione, persegue un interesse meritevole di tutela, ma non solidale *ex art. 2 cost.*, perché diretto a conseguire un corrispettivo⁶¹⁰. Pertanto non può ritenersi, come invece abbiamo sostenuto in caso di comodato o mutuo e deposito gratuiti, che il passaggio dal piano sociale dei rapporti di cortesia al piano giuridico dei rapporti contrattuali sia affidato alla consegna spontanea, così da non comprimere il volere di chi agisce per spirito di solidarietà verso l'altra parte, poiché la natura onerosa del contratto rende vano tale timore e consente alle parti di obbligarsi alla conclusione del definitivo⁶¹¹: ne è prova l'art. 1822 c.c.

⁶¹⁰ CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, p. 22 ritiene che anche il comodante potrebbe determinarsi a consegnare la cosa al fine di trarne un vantaggio. È questo il caso delle promesse interessate.

⁶¹¹ La consegna è infatti ritenuta da parte della dottrina elemento non necessario dei contratti reali onerosi, aderendo all'orientamento secondo cui essa ha la funzione di sopperire alla debolezza della causa di tali fattispecie, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 108; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 127.

Non riteniamo convincente la tesi secondo cui un preliminare di contratto reale oneroso dovrebbe essere da escludere non essendo suscettibile di esecuzione in forma in specifica l'obbligo di concluderlo *ex art. 2932 c.c.*, poiché così sostenendo si alterano i rapporti tra diritto e processo, i quali esigono che il primo sia funzionale al secondo, senza che l'assenza di rimedi specifici sul piano processuale possa essere addotta quale motivo di esclusione della situazione giuridica sostanziale che si tratta di tutelare. L'art. 2932 c.c. contempla espressamente tra le ipotesi in cui il

Diversamente dal mutuo, dal deposito e dal comodato, la cui realtà discende dall'*id quod plerumque accidit*, nella donazione manuale, nel riporto e nel pegno, il legislatore ha ritenuto necessario condizionare la formazione del contratto alla consegna per il soddisfacimento di interessi di varia natura.

La donazione, lo si sa, è un contratto solenne nel quale la forma risponde a specifiche esigenze di tutela, le quali tuttavia, quando il bene che si dona è di modico valore, appaiono eccessive e non necessarie: da qui la scelta di ancorare la volontà delle parti ad altro elemento esteriore, qual è la consegna. Ma se, come abbiamo ritenuto, deve ammettersi la conclusione di un preliminare di donazione seppure con le forme imposte *ex lege*, *a fortiori* dovrà ammettersi la conclusione del preliminare di donazione quando oggetto della prestazione è un bene di modico valore, essendo qui attenuate le esigenze di tutela del donante.

Diversa è invece la *ratio* della realtà per i contratti di riporto e pegno, ove alla scelta del legislatore si accompagnano specifici interessi di natura pubblicistica. In particolare il riporto è un tipico contratto commerciale, in particolare di borsa, col quale una parte trasferisce all'altra titoli di credito che la controparte si obbliga a ritrasferirgli dietro rimborso del prezzo che, su accordo delle parti, potrà essere aumentato – in tal caso il contratto è oneroso – o diminuito: qui la consegna vale ad evitare le frodi di borsa⁶¹².

Ugualmente avviene nel pegno, ove la consegna assolve una funzione di rilievo pubblicistico, qual è quella di tutelare i terzi, valendo a pubblicizzare il sorgere della garanzia sul bene mobile, in quanto la natura di tali beni e il regime di circolazione che li caratterizza impedirebbe ai terzi di avere percezione della costituzione del diritto sulla *res* ove questa rimanesse nella disponibilità del

vincolo non opera i casi di impossibilità e quello del preliminare è uno di questi. Si potrebbe inoltre prospettare la tesi secondo cui la sentenza emanata *ex art.* 2932 c.c. può divenire titolo per ottenere la consegna della cosa attraverso la proposizione dell'azione di cui all'art. 2930.

⁶¹² COVIELLO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 22 s.; ID., *Del contratto estimatorio*, cit., p. 382; R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1971, p. 554; DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, cit., p. 46; MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 281, per il quale solo in questa fattispecie la consegna si ritiene elemento di qualificazione tipica, oltre che requisito per la perfezione e validità, come disposto dall'art. 1549 c.c.

proprietario, mentre lo spossessamento determina un'assenza di disponibilità che mette allerta i potenziali acquirenti dal compiere atti su un bene gravato da pegno.

Per tali ragioni deve ritenersi che nel pegno e nel riporto la *datio rei* sia elemento inderogabile dall'autonomia contrattuale perché preposto al soddisfacimento di interessi prevalenti a quelli dei privati, onde deve escludersene la conclusione in forza del mero consenso. Se così è, allora, per le ragioni sopra esposte, deve escludersi anche la conclusione di un preliminare di riporto o pegno, in quanto se il legislatore ha ritenuto di vincolare alla consegna la conclusione del contratto, le parti non potrebbero decidere arbitrariamente di anticipare il sorgere del *vinculum iuris*, apparendo evidente in tal caso l'elusione del dato normativo.

4. *L'iter di formazione del contratto: dalle trattative al preliminare, dal preliminare al definitivo.*

Nei capitoli precedenti si è già avvertita l'incertezza della linea di confine che separa il contratto preliminare dalle intese precontrattuali, le cui origini, come già illustrato, risalgono al diritto romano e da lì sono giunte sino ai nostri tempi, attirando l'attenzione del nostro e di altri ordinamenti europei. La *ratio* di tale confondibilità deve senza dubbio ricondursi a quell'aspetto che abbiamo detto rappresentare il *faciendum* del preliminare quale schema di formazione del consenso rispetto al definitivo che le parti si obbligano a concludere.

Tuttavia questa caratteristica non vale ad alterare l'*iter* di formazione del contratto, il quale, anche qualora sia mediato da un preliminare, ha sempre avvio dalle trattative per giungere al definitivo, eventualmente sostituito dalla sentenza *ex art. 2932 c.c.*, non certo dal preliminare che, d'altra parte, non potrebbe neppure sostituirsi alle intese precontrattuali raggiunte nella fase delle trattative, che configura anche in tal caso il primo passo dell'*iter* che condurrà alla conclusione del contratto, dapprima preliminare e poi definitivo, e la cui rilevanza, com'è noto, è stata per lungo tempo oscurata dal contratto, sino a quando con la scoperta della *culpa in contrahendo* di Rudolph v. Jhering non si riconobbe che già prima di tale atto vi è un momento nel quale si instaura tra le parti un rapporto obbligatorio, in quanto tale non trascurabile dal diritto.

Da allora la fase precontrattuale ha ricevuto sempre maggiore attenzione sino a divenire assorbente, perché nella prassi nazionale e internazionale accade di frequente che le trattative si rivelino complesse e durature, scandite dalla conclusione di accordi intermedi che fissano i punti concordati e quelli da concordare in futuro ovvero l'intero regolamento del contratto che pur non si intende concluso, in quanto così voluto dai paciscenti.

Nel corso delle trattative l'autonomia privata incontra i soli limiti derivanti dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede *ex art. 1337 c.c.*⁶¹³, come risulta dalla molteplicità e diversità di accordi che i futuri contraenti possono concludere nella prassi, alcuni dei quali per la loro frequenza hanno anche assunto una propria qualificazione giuridica nella giurisprudenza di legittimità. Due in particolare le fattispecie di accordi che vengono in rilievo: le minute e le puntuazioni, queste ultime distinte in vincolanti e non.

Soffermandoci sulle puntuazioni vincolanti, che tali sono in quanto le trattative hanno raggiunto uno sviluppo tale da far sorgere un legittimo affidamento alla conclusione del contratto, definito nei suoi elementi essenziali ovvero sull'intero regolamento contrattuale, l'interruzione ingiustificata delle trattative integra in questi casi una condotta lesiva del principio generale di buona fede, come per primo rilevò Gabriele Faggella estendendo la scoperta di v. Jhering ad un ambito che dapprima gli era estraneo. Se da un lato le trattative non obbligano al contratto, né il loro inizio di per sé può giustificare un legittimo affidamento alla sua conclusione⁶¹⁴, dall'altro vi è una fase in cui dalla buona fede discende l'obbligo delle parti ad un *facere* positivo⁶¹⁵: proseguire le trattative finalizzate alla conclusione del contratto, il che incide, pur senza limitarla, diversamente dal

⁶¹³ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679, rileva che all'elemento della *culpa* venne sostituendosi la buona fede, la quale emerse come fonte di obblighi autonomi dal contratto e rispetto all'obbligo di prestazione.

⁶¹⁴ V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di G. Gabrielli, Torino, 1976, p. 344.

⁶¹⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e di « mezzi »*, ora in *Scritti*, II, cit., p. 235 nt. 12, ci insegna infatti che reciprocamente gli obblighi di protezione hanno uno scopo negativo ma possono avere ad oggetto un *facere* positivo; gli obblighi di prestazione hanno uno scopo positivo ma possono avere un contenuto negativo.

preliminare, sulla libertà di *contrahere*⁶¹⁶. L'obbligo di contrarre, infatti, può trovare fonte nella legge o nel contratto, mentre non può discendere da un'intesa precontrattuale, coerentemente alla natura degli obblighi che sorgono dalla buona fede, aventi la funzione di conservare la sfera giuridica dell'altra parte e non di mutarla⁶¹⁷. La parte mantiene quindi integra la scelta sul "se contrarre", ma qualora questa sia lesiva della sfera giuridica altrui è obbligata a risarcire il danno cagionato in violazione della buona fede. La natura precontrattuale della responsabilità sul piano risarcitorio, infatti, limita l'ammontare del danno al solo interesse negativo⁶¹⁸, perché la risarcibilità dell'interesse positivo all'esecuzione del contratto e ai vantaggi che si sarebbero potuti trarre dalla sua conclusione presuppone che un contratto sia già stato concluso⁶¹⁹.

Tali riflessioni ci consentono di rilevare che in caso di mancata conclusione del definitivo il danno patito dalla parte del contratto preliminare che se ne duole può non divergere sul piano materiale dal danno sofferto in seguito all'interruzione ingiustificata delle trattative, tanto è vero che fin quando si negò natura contrattuale al preliminare l'accordo concluso tra le parti altro non era che una puntuazione vincolante, come dimostrano le sue origini di *pactum*, e il danno risarcibile l'interesse negativo. Ora che il preliminare è contratto, la conclusione del definitivo è divenuta, da obbligo senza prestazione, obbligo primario di prestazione, la cui violazione obbliga di riflesso al risarcimento dell'intero danno, comprensivo dell'interesse positivo, non potendosi più discorrere di ciò⁶²⁰, mentre deve darsi atto dell'emergere in dottrina di un'inversione di tendenza rispetto a quanto si sosteneva in passato. Se da un lato non si afferma più che il danno derivante dalla

⁶¹⁶ G. BENEDETTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 333, rileva che quel che viene in gioco rispetto alla responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative è la libertà di contrarre « la quale presa allo stato puro consente a ciascuna parte di ritirarsi dalla trattativa fino al momento in cui il contratto è concluso ».

⁶¹⁷ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 679.

⁶¹⁸ MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 229, rileva che tale è l'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dal verificarsi di un danno derivante dalla particolare relazione costituitasi tra i due soggetti.

⁶¹⁹ Le differenze in punto di tutela sono conseguenza della corrispondenza tra risarcimento del danno e situazione giuridica lesa, poiché il primo si conforma alle caratteristiche strutturali e funzionali della seconda, RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 352.

⁶²⁰ PALERMO, *Contratto preliminare e 'interesse al differimento'*, cit., p. 62.

violazione del preliminare debba corrispondere al solo interesse negativo, avendo natura precontrattuale, dall'altro, come si accennava nel capitolo precedente, si ritiene che il preliminare di preliminare, inteso dalle Sezioni Unite della Cassazione 6 marzo 2015, n. 4628 quale *species* delle puntuazioni vincolanti, debba obbligare al risarcimento del danno contrattuale, coincidente con l'interesse positivo⁶²¹.

Ancora una volta le osservazioni formulate partendo dalla diversa prospettiva degli effetti dell'inadempimento conducono alla medesima conclusione: il contratto preliminare conserva una propria utilità e un proprio significato nell'ordinamento giuridico, solo ove se ne conservi la natura che gli è stata *ab origine* riconosciuta dal legislatore, in quanto la sua utilità viene meno ogni qual volta lo si trasformi in un'intesa precontrattuale o in un definitivo.

⁶²¹ BENEDETTI, *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale*, cit., p. 128 s.

INDICE DELLE OPERE CITATE

- ADDIS F., *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in Domenico Rubino, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, I, Napoli, 2009, p. 711 ss.;
- ALBANESE A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008;
- ALBANESE A., *Il contratto normativo. Nozione e problematiche generali*, in *I rapporti giuridici preliminari*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996;
- ALBANESE A., *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase, 2014;
- ALBANESE A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1128 ss.;
- ALBANESE A., *La riserva della proprietà nella vendita immobiliare con particolare riguardo ai rapporti tra coniugi e tra coeredi*, in *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, a cura di A. Albanese e S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 121 ss.;
- ALBANESE A., *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 367 ss.;
- ALBANESE A., *La vendita con riserva della proprietà*, in *Trattato dei contratti*, I, Milano, 2014, p. 471 ss.;
- ALBERTINI L., *Conclusioni e formazione progressiva del patto di famiglia*, in *Giust. civ.* 2007, p. 311 ss.;
- ALBERTINI L., *Esecuzione del preliminare di vendita tramite atto unilaterale e tutela del promissario acquirente contro i vizi del bene acquistato*, in *Jus civile*, 2014, p. 441 ss.;
- ALLARA M., *Osservazioni sul progetto preliminare del secondo libro del c.c.*, Torino, 1938;
- ALLENA M., *Il differimento dell'effetto traslativo dal diritto civile al diritto tributario*, in *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, a cura di A. Albanese e S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 143 ss.;
- ALPA G., *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014;

- ALPA G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.;
- ALPA G., *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giust. civ. comm.*, 2016;
- AMADIO G., *Prime osservazioni sul “deposito prezzo” (legge 27 dicembre 2013, n. 147)*, in *Riv. not.*, 2014, p. 679 ss.;
- AMOROSO B., *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. giur.*, 1964, p. 21 ss.;
- ANGELICI C., *In tema di «deposito prezzo»*, in *Riv. not.*, 2014, p. 657 ss.;
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984;
- ARENIELLO A., *La contrattazione preliminare*, in *Le vendite immobiliari*, a cura di F. Bocchini, Milano, 2016, p. 199 ss.;
- ARGIROFFI C., *Del possesso di buona fede di beni mobili. Artt. 1153-1157*, in *Comm. c.c. dir.* P. Schlesinger, Milano, 1988;
- ASCARELLI A., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952;
- ASCOLI A., *Trattato delle donazioni*, Firenze, 1898;
- ASTUTI G., *Deposito (dir. romano e int.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 212 ss.;
- BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 988 ss.;
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*⁶, I, Torino, 1962;
- BARCELLONA M.-MAUGERI M.R., *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano;
- BARCELLONA M., *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 939 ss.;
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969;
- BATTELLI E., *Obblighi di consegna del bene e passaggio del rischio*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 32 ss.;
- BELVEDERE A., *Le definizioni nel codice civile*, I, in *Scritti giuridici*, Padova, 2016;
- BÉNAC-SCHMIDT F., *Le contrat de promesse unilaterale de vente*, Paris, 1983;

BENATTI F., *Il pagamento con cose altrui*, in *Studi urbinati*, 1974-1975, p. 5 ss.;

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;

BENATTI F.SCA., recensione a A. ALBANESE-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, Torino, 2016, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 683 ss.;

BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002;

BENEDETTI A.M., *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017;

BENEDETTI A.M., *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *La contrattazione preliminare*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017, p. 109 ss.;

BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969;

BENEDETTI G., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 309 ss.;

BENEDETTI G., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, II, 2007, p. 347 ss.;

BERTI G., *Il diritto dell'abitazione*, in *Jus*, 1984, p. 71 ss.;

BETTI E., *Diritto romano*, I, Padova, 1935;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*², rist. Napoli, 1994;

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953;

BETTI E., voce *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 53 ss.;

BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2000;

BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, rist. Napoli, 2013;

BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*², in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, 7, I, 1, Torino, 1993;

BIANCA C.M., *Nozioni per una disciplina particolare in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974;

BIANCA C.M., *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 535-544;

BIANCA MIRZIA, *La vendita con riserva della proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 841 ss.;

BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1965;

BIONDI B., *Le donazioni*, Torino, 1961;

BISCONTINI G., *L'imputazione dei canoni nel procedimento e nella qualificazione del rent to buy*, in *Rent to buy. Tra fattispecie e procedimento di formazione del contratto*, Napoli, 2017, p. 85 ss.;

BONFANTE P., *La data della lesione enorme*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 101 ss.;

BONILINI G., *Preliminare di donazione da parte di enti pubblici, Il commento*, in *I contr.*, 1997, p. 464 ss.;

BOZZI L., *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 231 ss.;

BRECCIA U., *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980;

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Milano, 1991;

CALAMANDREI P., *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 221 ss.;

CALICE E., *Vendita di immobili da costruire*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2007;

CALVO R., *Contratti e mercato²*, Torino, 2011;

CALVO R., *Contratto preliminare*, sub art. 1351 c.c., in *Comm. c.c.*, dir. da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2016;

CALVO R., *I contratti di godimento preordinati alla vendita immobiliare (rent to buy)*, in *Rent to buy tra fattispecie e procedimento*, a cura di R. Franco, Napoli, 2017, p. 65 ss.;

CALVO R., *Situazioni di appartenenza e garanzia nella riserva di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 863 ss.;

CAMARDI C., *Principio consensualista, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 572 ss.;

CAMPAGNOLI G., *In tema di contratto preliminare di vendita*, in *Dir. giur.*, 1953, p. 210 ss.;

CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, I², Torino, 1999;

CANNATA C.A., *Quasi-contratti e quasi-delitti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 25 ss.;

CARIOTA FERRARA L., *I negozi sul patrimonio altrui*, Torino, 1936;

CARIOTA FERRARA L., *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp. e studi leg.*, Roma, 1950, p. 195 ss.;

CARIOTA FERRARA L., *Sulla « definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere »*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 323 ss.;

CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 3 ss.;

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946;

CARRARA G., *La formazione del contratto*, Milano, 1915;

CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *Tratt. contr.*, dir. da P. Rescigno, I, 1, Torino 2006, p. 591 ss.;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014;

CASTRONOVO C., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 905 ss.;

CASTRONOVO C., *Codice civile e diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 687 ss.;

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.;

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.;

CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 765 ss.;

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015;

CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 293 ss.;

CASTRONOVO C., *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 300 ss.;

CASTRONOVO C., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 981 ss.;

CASTRONOVO C., *L'appassimento dello stato moderno e un libro sull'obsolescenza delle leggi*, in *Jus*, 1983, p. 218 ss.;

CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.;

CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, p. 29 ss.;

- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006;
- CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 793 ss.;
- CASTRONOVO C., *Legittimazione discorso giuridico diritto privato*, in *Jus*, 1985, p. 431 ss.;
- CASTRONOVO C., *Prefazione all'edizione italiana. Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001;
- CASTRONOVO C., *Presentazione*, in *Scritti*, Milano, 2011, p. I ss.;
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979;
- CASTRONOVO C., sub artt. 1176-1181, in *Comm. c.c.*, diretto da P. Cendon, Torino, 1991, p. 17 ss.;
- CASTRONOVO C., *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 517 ss.;
- CASTRONOVO C., *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Operazioni bancarie*, I, 1978, p. 479 ss.;
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1323 ss.;
- CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Milano, 1970;
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966;
- CATAUDELLA A., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967;
- CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 980 ss.;
- CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 1108 ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014;
- CHARPENTIER E., *Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme / consensualism*, in *Les Cahiers de droit* 432 (2002), p. 275 ss.;
- CHECCHINI A.L., *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977;
- CHIANALE A., *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Riv. not.*, 2010, p. 42 ss.;
- CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, p. 697 ss.;

- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 234 ss.;
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e di fare in diritto comparato e italiano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino 1995, p. 353 ss.;
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano 1990;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957;
- CHIOVENDA G., *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912;
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1923;
- CHIOVENDA G., *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, p. 85 ss.;
- CHIRONI G.P., *L'obbligazione di dare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 633 ss.;
- CIAN G., *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 del 1996)*, in *Studium iuris*, 1997, p. 215 ss.;
- CITARELLA V., *Il contratto definitivo*, in *Le vendite immobiliari*, a cura di F. Bocchini, Milano, 2016, p. 231ss.;
- COLESANTI V., *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 93 ss.;
- COLESANTI V., *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una « svolta » nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 329 ss.;
- CORRIAS P.E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1005 ss.;
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981;
- COVIELLO L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896;
- COVIELLO N., *Del contratto estimatorio*, in *Riv. it. sc. gir.*, 1893, p. 363 ss.;
- COVIELLO N., *Del contratto estimatorio*, Torino, 1893;
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo*, Milano, 1993;
- D'AMICO G., *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 40 ss.;
- D'ARRIGO C., *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, p. 926 ss.;

DALMARTELLO A. - PORTALE G.B., *Deposito (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 266 ss.;

DATTILO G., *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 772 ss.;

DE GIORGI M.V., *La promessa di matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1969, p. 749 ss.;

DE LUCA A., *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929;

DE MATTEIS R., *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, in *NGCC*, 2015, p. 389 ss.;

DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991;

DE NOVA G., *Il contratto*, Padova, 2011

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Torino, 1974;

DEGNI F., *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova, 1943;

DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare - definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1991, p. 623 ss.;

DELFINI F., *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del d.l. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, p. 177 ss.;

DELFINI F., *Principio consensualistico e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 187 ss.;

DI BENEDETTO D., *Il procedimento acquisitivo della proprietà degli alloggi in cooperative edilizie e le ragioni familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 872 ss.;

DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo* Milano, 1989;

DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994;

DI MAJO A., *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1067 ss.;

DI MAJO A., *La 'normalizzazione' del contratto preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 131 ss.;

DI MAJO A., *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989;

DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985;

DI MAJO A., *Termine (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 187 ss.;

DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967;

DI PRISCO N., *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 845 ss.;

DIMARTINO G., *Preliminare di donazione e donazione obbligatoria*, in *Giur. it.*, 2003, c. 2070 ss.;

DONADIO G., *Diritto privato europeo e trasferimento della proprietà*, in *NGCC*, 2012, p. 151 ss.;

EROLI M., *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 67 ss.;

FARINA M., *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 508 ss.;

FARRO V., *Il contratto preliminare*, Torino, 2006;

FEDELE A., *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950;

FERRARI C., *Il tipo elastico e il tipo super-elastico*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1233 ss.;

FERRI G.B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993, p. 303 ss.;

FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale « per relationem »*, in *Saggi di diritto civile*², Rimini, 1993, p. 281 ss.;

FERRI G.B., *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, 2007, p. 453 ss.;

FERRI G.B., *La nozione di contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999;

FESTI F., *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 626 ss.;

FORCHIELLI P., *Contratto preliminare unilaterale e patto d'opzione*, in *Studi Urbinati*, 1947-1948, p. 221 ss.;

FORCHIELLI P., Recensione a L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, pp. 146, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 1067 ss.;

FORCHIELLI P., voce *Contratto preliminare*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1954, p. 684 ss.;

FOURNIER G., *Du contrat de promesse de vente*, in *Les Cahiers de droit* 12 (1955), p. 149 ss.;

FRAGALI M., *Del mutuo*, Artt. 1813-1822, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966;

FRANCO R., *Il legislatore della novella e la proceduralizzazione dell'autonomia privata*, in ID. (a cura di), *Rent to buy tra fattispecie e procedimento*, a cura di R. Franco, Napoli, 2017, p. 21 ss.;

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentato* dir. da P. Schlensinger, II, Milano, 2013;

FRANZONI M., *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 421 ss.;

FROSINI V., *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 115 ss.;

FROSINI V., *Potere (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, p. 440 ss.;

FULLER L., EISENBERG M.A., GERGEN M.P., *Basic contract law*, West, 2013;

FUNAIOLI C.A., *La tradizione*, Padova, 1942

FUSARO A., *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, p. 201 ss.;

G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999;

GABBA C.F., *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, p. 29 ss.;

GABRIELLI E., *Il « preliminare ad effetti anticipati » e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. comm.*, 1986, p. 303 ss.;

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93 ss.;

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 719 ss.;

GABRIELLI G. - FRANCESCHELLI V., *Contratto preliminare*, I) dir. civ., in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.;

GABRIELLI G., *Contratto preliminare*, I) dir. civ., postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, p. 1 ss.;

GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970;

GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974;

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 529 ss.;

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di dir. civ.*, a cura di R. Sacco, Torino, 2012;

GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, p. 23 ss.;

GALEOTTI S., *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957;

GALGANO F., *Il negozio giuridico*², in *Tratt. dir. civ.*, dir. da A. Cicu-Messineo-L. Mengoni, Milano, 2002;

GALLO P., *Mutuo in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1994;

GALLO P., *Transfer of Ownership and Preliminary Agreement*, in *The Italian Law Journal*, 2016, p. 313 ss.;

GAMBARO A., *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1990;

GARBAGNATI E., *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, p. 550 ss.;

GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. civ.*, 2012, p. 572 ss.;

GASPERONI N., *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 357 ss.;

GATT L., *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, II, p. 269 ss.;

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 52 ss.;

GAZZONI F., *Il contratto preliminare*³, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, 2, Torino, 2010;

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. dir. da P. Schlesinger*, Milano, 1991;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2018;

GHEZZI G., *Cortesia (Prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 1048 ss.;

GIORGIANNI M., *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 547 ss.;

GIORGIANNI M., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica, e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 64 ss.;

GORDON W.M., *Studies in the Transfer of Property by traditio*, Aberdeen, 1970;

GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, 1955;

GORLA G., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 18 ss.;

GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1937;

GORLA G., *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933;

GRASSETTI G., *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano, 1939, p. 299 ss.;

GRECO P.-COTTINO G., *Della vendita*, in *Commentario c.c.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1962;

GROSSI P., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 11 ss.;

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993;

IRTI N., *I 'cancelli delle parole' intorno a regole, principi e norme*, Napoli, 2015;

IRTI N., *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 97 ss.;

IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.;

IRTI N., *La polemica sui concetti giuridici*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 229 ss.;

IRTI N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970;

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it. P. Chiodi, Bari, 1980;

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1960;

KNÜTEL R., *Vendita nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, p. 287 ss.;

KONKRE H., *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato*³, Bologna, 2003, p. 103 ss.;

LA ROCCA G., *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, in *Foro it.*, 1993, c. 2457 ss.;

LA ROCCA G., *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, p. 1791 ss.;

LABELLA E., *La tipizzazione del rent to buy e la sua natura di contratto misto*, in *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, a cura di A. Albanese e S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 15 ss.;

- LENER A., *Contratto « preliminare », esecuzione anticipata del « definitivo » e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, c. 669 ss.;
- LENZI R., *Deposito fiduciario e funzione di garanzia*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 133 ss.;
- LENZI R., *Donazione obbligatoria*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1615 ss.;
- LENZI R., *La donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 1990, p. 926 ss.;
- LENZI R., *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1359 ss.;
- LIBERTINI M.-SANFILIPPO P.M., *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 480 ss.;
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;
- LOMONACO A.-MASTROIACOVO V., *I profili fiscali dei nuovi obblighi dei mediatori e la disciplina tributaria del contratto preliminare*, Studi del Consiglio Nazionale del notariato n. 13/2007/T, in *Studi e materiali CNN*, 2/2007;
- LUMINOSO A., *Armonizzazione del diritto europeo e disarmonie del diritto interno: il caso dei contratti di alienazione e dei contratti d'opera*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 469 ss.;
- LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Torino, 1998;
- LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998;
- LUMINOSO A., *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 929 ss.;
- LUMINOSO A., *Fallimento del promittente alienante e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 597 ss.;
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2008; (devi mettere entrambe le edizioni)
- LUMINOSO A., *La compravendita: realtà e prospettive*, in *Riv. not.*, 2015, p. 495 ss.;
- LUMINOSO A., *La compravendita*⁸, Torino, 2015;
- LUMINOSO A., *La mediazione*, Milano, 2006;
- LUZZATI I., *Della trascrizione: commento teorico-pratico al titolo XXII del libro III del codice civile*, Torino, 1888;
- MACHIAVELLI N., *Discorso intorno alla nostra lingua*, s.d., rist.;
- MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958;

MANCINI C., *La realtà come scelta «atipica»*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 387 ss.;

MANDRIOLI C., *Condanna a eseguire un contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 487 ss.;

MANTOVANI M.P., *Uso dell'argomento comparativo a fini ermeneutici*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 550 ss.;

MARCADÉ V., *Corso elementare di diritto civile francese*, trad. it., Napoli, 1857;

MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 735 ss.;

MARTY G.-RAYNAUD P., *Droit civil*, II, 1, Paris, 1962;

MASTRAGOSTINO F.-TRENTI E., *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 1 ss.;

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015;

MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1998;

MAZZARESE S., *La cultura del postmodernismo giuridico: considerazioni a margine di un volume recente*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 529 ss.;

MENGGONI L.-REALMONTE F., *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1964, p. 189 ss.;

MENGGONI L., *Diritto e tempo*, Milano, 1998;

MENGGONI L., *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985;

MENGGONI L., *Gli acquisti « a non domino »³*, Milano 1975;

MENGGONI L., *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con « causa esterna »*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, I, p. 385 ss.;

MENGGONI L., *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, p. 468 ss.;

MENGGONI L., *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1998, p. 993 ss.;

MENGGONI L., *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 3 ss.;

MENGGONI L., *Le ragioni del diritto. Teoria ed esperienze applicative*, in *Scritti*, I, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011;

MENGGONI L., *Recensione a L. MONTESANO, Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 411 ss.;

- MENGGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto "a non domino"*, in *Riv. dir. comm.* 1946, p. 276 ss.;
- MENGGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Scritti*, II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011;
- MESSINEO F., *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 48 ss.;
- MESSINEO F., *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, 1962, p. 166 ss.;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968;
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1950;
- MICHELI G.A., Sub art. 2932, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953;
- MIRABELLI G., *La locazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, VII, 4, Torino, 1972;
- MONATERI P.G., *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 224 ss.;
- MONTALBETTI S., *Il preliminare di preliminare può essere considerato titolo idoneo ad ottenere la provvigione per il mediatore?*, in *Dir. civ. cont.*, luglio/settembre 2017;
- MONTESANO L., *Contenuti e sanzioni delle obbligazioni da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 33 ss.;
- MONTESANO L., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953;
- MONTESANO L., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1970, p. 1173 ss.;
- MONTESANO L., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 508 ss.;
- MORELLO U., *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, Milano, 1987, p. 77 ss.;
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998;
- MOSCATI E., *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1981;
- MOSCHELLA I., voce *Contratti preliminari*, in *Nuovo dig. it.*, IV, 1938, p. 22 ss.;
- MUSIO A., *Della vendita di cose immobili*, in *Comm. c.c.*, dir. da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2015;

- MUSIO A., *Il mercato immobiliare tra vecchi e nuovi schemi contrattuali*, in *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, a cura di R. Clarizia, V. Cuffaro, A. Musio, Milano, 2017, p. 1 ss.;
- MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la 'realità'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007;
- NAPOLETANO V., *I contratti reali*, Torino, 1979;
- NG T., *Sale and rent back, vendor-purchaser constructive trust and scintilla temporis*, in *Nottingham Law Journal*, vol. 24, 2015;
- NICOLETTI C.A., *Disciplina del preliminare e aspettativa sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 60 ss.;
- NICOLETTI C.A., *Sul significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 396 ss.;
- NICOLÒ R., *Sub art. 2900*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953;
- NICOLÒ R., voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 555 ss.;
- NICOLUSSI A., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1191 ss.;
- NICOLUSSI A., *Etica del contratto e „contratti 'di durata' per l'esistenza della persona"*, in *Life Time Contracts*, a cura di L. Nogler-U. Reifner, The Hague, 2014, p. 123 ss.;
- NICOLUSSI A., *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 3 ss.;
- NIGLIA L., *Tra Europa e diritto privato. La questione del "bilanciamento" secondo il diritto civile comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 159 ss.;
- NOCERA I.L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *NGCC*, 2010, p. 715 ss.;
- OBERTO G., *Vendita di cose e vendita di diritti nell'art. 1470 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 504 ss.;
- OPPO G., *Negozi parasociali*, Milano, 1942;
- PACCHIONI G., *Corso di diritto civile. Dei contratti in generale*, Torino, 1933;
- PADOA-SCHIOPPA A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003;
- PALAZZO A., *Le donazioni*, in *Il c.c. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991;
- PALERMO G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974;

- PALERMO G., *Contratto preliminare e 'interesse al differimento'. Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione*, in *La contrattazione preliminare*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017, p. 243 ss.;
- PALERMO G., *Contratto preliminare*, Padova, 1991;
- PALERMO G., *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1071 ss.;
- PALERMO G., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998;
- PERFETTI U., *La conclusione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, 2016;
- PERINI M., *Compravendita, trasmissione del diritto di proprietà, consenso e consegna del bene in diritto comparato*, in *Vita not.*, 2007, p. 1407 ss.;
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, sub art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 223 ss.;
- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016;
- PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1059 ss.;
- PINO A., *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952;
- PIRAINO LETO A., *I contratti atipici e innominati*, Torino, 1974;
- PITTELLA D., *Il prepreliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, in *Giust. civ.com.*, 2015;
- PLAIA A., *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015;
- PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000;
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*³, Paris, 1949;
- POLETTI D., *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 32 ss.;

- PORTALE G.B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. dir. soc.*, 1970, p. 913 ss.;
- POTHIER R.J., *Traité du contrat de vente. Selon les regles tant dufor de la conscience, que du for extérieur*, Paris, 1768;
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La vendita immobiliare nel diritto comparato*, in *Le vendite immobiliari*, a cura di F. Bocchini, Milano, 2016, p. 612 ss.;
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935;
- PUGLIATTI S., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, ora in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965;
- RAJNERI E., *Il principio consensualistico e l'Abstraktionsprinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di Restatement del diritto privato europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 433 ss.;
- RANIERI F., *Negoziio reale ed astratto*, in *TR - Review d'histoire du droit*, 1970, p. 315 ss.;
- RAVÀ T., *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, p. 249 ss.;
- RAVAZZONI A., *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1994, p. 34 ss.;
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966;
- REALMONTE F., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici preliminari*, Milano, 1996;
- RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950;
- RICCIUTO V., *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999;
- ROCCO A., *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, Milano, 1961;
- ROMANO SALV., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983;
- ROMANO SALV., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;
- ROMANO SALV., *Vendita Contratto estimatorio*, Milano, 1960;

- ROPPO V., *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 49 ss.;
- ROPPO V., *Diritto privato. Linee essenziali*⁴, Torino, 2016;
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001;
- ROTMAN L.I., *Deconstructing the Constructive Trust*, in *Alberta Law Review*, vol. 37, 1999, p. 133 ss.;
- RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937
- RUBINO D., *La compravendita*², in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano;
- RUFFINI GANDOLFI M.L., *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, in *Jus*, 2006, p. 341 ss.;
- RUGGIERO V., *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 978 ss.;
- RUSCONI C., *La pubblicità tavolare nella moderna circolazione giuridico-economica*, in *Fiat intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta normativa*, a cura di A. Nicolussi-G. Santucci, Trento, 2016, p. 1 ss.;
- SACCHI A., *Contratto*, in *Dig. it.*, Milano-Roma-Napoli, 1898-1900, p. 195 ss.;
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2016;
- SACCO R.- CATERINA R., *Il possesso*, Milano, 2014;
- SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.;
- SACCO R., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1971, p. 502 ss.;
- SACCO R., *Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 442 ss.;
- SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, c. 1384 ss.;
- SAINT-ALARY R., *Le droit de la construction*, Paris 1969;
- SANGIOVANNI V., *Contratto di compravendita e riserva di proprietà nel diritto tedesco*, in *Contr.*, 2005, p. 511 ss.;
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 2012;
- SANTORO-PASSARELLI F., voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 203 ss.;

SASSANI B., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997;

SASSO C., *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1971, p. 1529 ss.;

SATTA S., *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, p. 3 ss.;

SATTA S., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952;

SATTA S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, c. 74 ss.;

SATTA S., *La rivendita forzata*, Milano 1933;

SCADUTO G., *Osservazioni sul Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti per l'Italia e la Francia*, in *Il circolo giuridico*, Palermo, 1930, p. 11 ss.;

SCHLESINGER P., *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961;

SCHLESINGER P., *Linguaggio e diritto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 393 ss.;

SCHMITT C., *Glossario*, 19 maggio 1950;

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, sub art. 1321-1352, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1970;

SEMENARO M., *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 333 ss.;

SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995;

SIRENA P., *La nozione della vendita: gli effetti traslativi*, in *Trattato dei contratti*, dir. da V. Roppo, Milano, 2014;

SIRENA P., *Tipo contrattuale e tipologie della vendita*, in *Trattato dei contratti*, dir. da V. Roppo, Milano, 2014;

SMORTO G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 223 s.;

SOLIMANO S., *Il primo codice italiano: vicende e contenuti*, in *Codice civile. 150° Anniversario dell'Unità d'Italia 1861-2011*, Torino, 2010;

SPADA P., *Consenso e indici di circolazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 393 ss.;

SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990;

- SPECIALE R., *Il « Vorvertrag » nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 49 ss.;
- STEFINI U., *Il « preliminare di preliminare » e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1230 ss.;
- STEFINI U., *Secondo le Sezioni Unite il “preliminare di preliminare” è valido; anzi no*, in *Dir. civ. cont.*, 9 giugno 2015;
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, rist. 1961;
- STOLFI M., *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 105 ss.;
- TAMBURRINO G., *Comodato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 994 ss.;
- TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954;
- TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto²*, Milano, 1991;
- TARTUFARI L., *Della vendita e del riporto⁶*, Torino, 1936;
- TASSONE B., *Qualche apertura sul preliminare di donazione?*, in *Foro it.*, 2001, c. 3424 ss.;
- TAVORMINA V., *Diritto e processo rivisitati*, in *Jus*, 2013, p. 47 ss.;
- TEDESCHINI F., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 872 ss.;
- THÖL E., *Trattato di diritto commerciale*, Göttingen, 1847, trad. it. di A. Marghieri, Napoli, 1875;
- TORRENTE A., *La donazione*, Milano, 2006;
- TORRONI A., *Il d.lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. not.*, 2007, p. 879 ss.;
- TRANQUILLO C., *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017*, in *Eur. dir. priv.*, 2018
- TROIANO R., *La preparazione del contratto*, in *La conclusione del contratto*, Torino, 2004;
- TROPLONG R.T., *De la vente ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*, Paris, 1856;
- TROPLONG R.T., *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, III, Bruxelles, 1844-1855, trad. it. Palermo, 1847;

- URSO A., *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 58 ss.;
- V. BAR CHR.-CLIVE E. (ed.), *Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009;
- VALENTINO D., *Crisi economica e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 327 ss.;
- VARI B., *Il contratto preliminare*, in *Lezioni di diritto civile*, Milano, 2013,
- VASSALLI F., *Arte e valori nel diritto*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1939;
- VASSALLI F., *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in *Jus*, 1950, p.;
- VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, I, 19, p.;
- VELLA D., *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 6291 ss.;
- VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997;
- VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Paris, 1975, trad. it. di R. D'ettore-F. D'Agostino, Milano, 1986;
- VISALLI N., *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Torino, 1995;
- VITERBO C.B., *Intorno al concetto di contratto preliminare. A proposito di un recente libro*, in *Arch. giur.*, 1931, p. 39 ss.;
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, II, trad. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino 1925;
- ZAGAMI P., *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust e att. fid.*, 2012, p. 365 ss.;
- ZANNINI P., *Comodato nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, p. 32 ss.;
- ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1965;
- ZWEIGERT K. - KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, I, trad. it., rist. Milano 1998.