

Capitolo Primo

LA COMPRAVENDITA

Sezione prima

La formazione

Sommario

1. Cenni storici. – 2. La nozione. – 3. Le trattative. – 4. Le lettere di intenti. – 5. La puntuazione. – 6. La minuta. – 7. Il preliminare. – 8. La circolazione del preliminare. – 9. Preliminare ad effetti anticipati. – 10. La prenotazione. – 11. La conclusione del contratto.

1. *Cenni storici*

La compravendita¹ non è il contratto più antico; prima della compravendita viene infatti la permuta, intesa come scambio di cose; ben presto in tutte le culture si giunse però all'individuazione di un bene di scambio universale, capi di bestiame, metalli, conchiglie, e poi monete, banconote,

¹GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Vassalli, Torino 1937; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Cicu, Messineo, 2^a ed., Milano 1971; GRECO, COTTINO, *Della vendita*, art. 1470 c.c., in *Comm. cod. civ.*, dir. da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1981, 1-66; BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2 voll., in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Vassalli, 2^a ed., Torino 1993; LUMINOSO, *Vendita*, in *DI SezCiv*, XIX, Torino 1999, 607; CHIANALE, *Vendita in diritto comparato*, *ivi*, 682; FERRERI, *Vendita internazionale di beni mobili*, *ivi*, 703; S. ROMANO, *Vendita nel diritto romano*, *ivi*, 715; BIN (a cura di), *La vendita*, 2 voll., Padova 1999; MACARIO, *Vendita, profili generali*, in *EG*, Roma, s.d.; MUSY, FERRERI, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino 2006; FERRI, NERVI, *Il contratto di compravendita*, in RESCIGNO, LIPARI (a cura di), *Diritto civile, I contratti*, Milano 2009, 1; RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, art. 1470 c.c., in *Comm. cod. civ.*, dir. da Busnelli, Milano 2010; P. GALLO, *Della vendita, Disposizioni generali*, artt. 1470, 1471, 1472, 1473, 1475 c.c., in E. GABRIELLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Torino 2011, 5 ss.; FACCIOTTI, *Natura ed effetti della vendita fallimentare*, in *NGCC*, 2011, II, 231; PONGELLI, *La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo*, in *NGCC*, 2013, II, 665; D'AMICO, *La compravendita*, I, Napoli 2013, con recensione di BIANCA, in *RDC*, 2014, 1678.

e così via; il che preludeva ovviamente alla progressiva affermazione della compravendita come contratto di scambio universale. La possibilità di scambiare i propri beni o servizi con un mezzo di pagamento generalmente accettato è stata a sua volta funzionale al progressivo aumento del volume degli scambi; grazie alla possibilità di scambiare i propri beni con il denaro, non occorre più attendere la circostanza fortunata di incontrare un'altra persona non solo in possesso del bene desiderato, ma anche disposta a scambiarlo con quelli in proprietà della controparte.

Erano poste le premesse per il progressivo sviluppo della compravendita, intesa come il contratto di scambio per antonomasia, il che ha favorito la progressiva specializzazione del lavoro e come conseguenza ulteriore lo sviluppo della società.

Il contratto di compravendita si è evoluto nel corso del tempo anche sotto il profilo delle modalità di conclusione; originariamente il contratto di compravendita era infatti considerato un contratto reale che si perfezionava solo in virtù dell'effettiva consegna del bene; il che era tipico degli ordinamenti giuridici più primitivi; si consideri ancora che sebbene in seguito già con il diritto romano il contratto di vendita fosse considerato un contratto consensuale, il mero scambio dei consensi era considerato idoneo unicamente a far sorgere l'obbligo di dare, con seguente necessità ai fini del trasferimento della proprietà della consegna (*traditio*).

Il contratto di compravendita ha sempre goduto di una rilevanza particolare nell'ambito del sistema dei contratti; esso è infatti il contratto più diffuso, in virtù del quale è possibile scambiare praticamente qualsiasi cosa, dietro la devoluzione di un corrispettivo in denaro; per questa ragione la vendita ha costituito l'archetipo che ha consentito, per generalizzazioni successive, di elaborare una disciplina generale del contratto; il che è vero ancora ai nostri giorni, dove la vendita continua ad essere la fucina per la sperimentazione di nuovi principi che poi tendono a generalizzarsi all'intero settore del contratto, basti per esempio ricordare il ruolo che ha avuto la Convenzione di Vienna in materia di vendita internazionale di beni mobili nell'elaborazione dei principali testi contemporanei di diritto contrattuale uniforme ed europeo, a partire dai PICC, per poi passare ai PECL, al DCFR, e così via; in molti casi i PICC hanno infatti accolto regole presenti nella CISG; i PICC a loro volta hanno costituito un punto di riferimento per l'elaborazione dei testi di diritto contrattuale europeo, prima i PECL e poi il DCFR.

Si segnala infine il progetto di regolamento CESL (*Common European Sales Law*), che è stato elaborato in vista dell'introduzione di una disciplina uniforme della vendita in Europa²; ancora una volta, viste le difficoltà ad

²C.M. BIANCA, *On the Way of a Progressive Codification of European Private Law*, ODCC, 2013, 97-104; ALPA, *CESL, Fundamental Rights, General principles, Rules of Contract Law*, *ivi*,

introdurre una disciplina uniforme del contratto, per non parlare di un intero codice, si è ripiegati su di un progetto più settoriale, relativo alla sola vendita; ma non per questo meno importante, tenuto conto del fatto che da sempre la vendita anticipa soluzioni che in seguito si estendono al contratto in generale. Del resto anche sotto il profilo dei contenuti, si nota una continuità tra CISG, PICC, PECL, DCFR e CESL.

2. *La nozione*

La compravendita è un contratto di scambio, anzi il contratto di scambio per antonomasia di cose dietro la devoluzione di un corrispettivo in denaro. A partire dal tempo dei romani è inoltre considerato un contratto consensuale che si perfeziona in virtù del solo scambio dei consensi. La vendita è inoltre generalmente un contratto ad effetti reali; o meglio ancora lo è negli ordinamenti che, come quello italiano, hanno accolto il principio consensualistico che si è affermato in area francese a partire del codice Napoleone; questo non esclude peraltro che anche negli ordinamenti in cui per generale ammissione si è affermato il principio consensualistico, la vendita possa avere effetti obbligatori; a parte infatti i casi in cui è lo stesso codice a contemplare casi di vendita puramente obbligatoria, nulla esclude alle parti di derogare quanto disposto dall'art. 1376 c.c., prevedendo che lo scambio dei consensi produca effetti puramente obbligatori, salva la necessità ai fini del trasferimento della proprietà di adempimenti ulteriori, quali la consegna, il pagamento del corrispettivo e così via.

La vendita è un contratto a titolo oneroso, ed in questo si differenzia rispetto alla donazione, anche se in concreto non sempre è facile distinguere tra le due figure; si pensi in particolare ai contratti con causa mista. Il contratto è inoltre commutativo, e cioè non aleatorio, anche se lo stesso codice contempla alcune ipotesi di vendita aleatoria, si pensi in particolare alla vendita di speranza. Il contratto è in genere ad esecuzione istantanea, cioè non di durata, anche se certe figure di vendita, come per esempio la

105-118, CONTE, *Some Reflections on the Role, the Impact and the Effects of the Common European Sales Law*, *ivi*, 119-138; DE CRISTOFARO, *Invalidity of the Contracts and Contract Terms in the Proposal for a Regulation on a Common Sales Law*, *ivi*, 139-156; ADAR, SIRENA, *La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre*, ODCC, 2013, 203-234; WHITTAKER, *General Principles and Underlying Principles in the Proposed Common European Sales Law and their Role in its Interpretation*, *ivi*, 361-386; ALPA, *CESL, Diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in NGCC, 2014, II, 147; STANCA, *Conformità al contratto e rimedi nella proposta sulla Common European Sales Law*, ODCC, 2014, 77-98; SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, *Studi*, DE NOVA, Milano 2015, IV, 2819-2829.

vendita a consegne ripartite possono porre problemi di distinzione rispetto alla somministrazione.

3. *Le trattative*

La compravendita, al pari di tutti gli altri contratti, può essere preceduta da una fase più o meno lunga in cui le parti si scambiano proposte, discutono, procedono a verifiche, controlli e così via; tutto dipende dalla natura del bene oggetto di scambio; si può passare dai pochi secondi necessari per scegliere un quotidiano e devolvere il relativo corrispettivo, ai mesi di trattative che possono essere necessari per concludere un contratto di vendita internazionale.

Per quel che riguarda le trattative non vi sono peculiarità di rilievo rispetto a tutti gli altri contratti; le parti dovranno comportarsi secondo buona fede, salvo l'obbligo di risarcire i danni; in particolare ciascun contraente sarà tenuto a rivelare all'altro ogni notizia rilevante ai fini della conclusione del contratto, e così via.

La conclusione del contratto può inoltre essere preceduta da accordi preparatori, quali lettere di intenti, patti di prelazione, contratti preliminari, e così via.

4. *Le lettere di intenti*

La formazione del contratto può avvenire istantaneamente, in virtù dello scambio contestuale di proposta ed accettazione; la conclusione vera e propria del contratto può però essere preceduta da una fase più o meno lunga in cui le parti si scambiano documenti di varia natura ³, che

³ CANDIAN, *Questioni in tema di formazione dei contratti*, in *RDCo*, 1916, I, 854; Id., *Punti riservati e formazione del contratto*, in *T*, 1957, 117; CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *RDCo*, 1916, II, 308; RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *GC*, 1961, I, 1668; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano 1966, 75-90; VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *FP*, 1968, I, 481; G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *RDCo*, 1969, I, 187; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2^a ed., Milano 1991; L. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *CorG*, 1993, 574; FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Contr*, 1993, 144; BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni documenti precontrattuali*, in *CeI*, 1994, 1101; EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *RDCo*, 1997, I, 67; PERRINO, *Intese e procedimento formativo del contratto*, in *RaDC*, 1998, 546; BRACCIO, *Minuta completa e volontà di obbligarsi*, in *Contr*, 1998, 113; NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*, in *CorG*, 1999, 470; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in RESCIGNO (a cura di), *I contratti in generale*, 2^a ed.,

specie nella prassi dei contratti internazionali sono qualificati lettere di intenti⁴.

Il contenuto e le finalità delle lettere di intenti possono essere molto vari⁵.

a) Le parti possono limitarsi ad enunciare per l'appunto l'intento di instaurare tra loro un rapporto contrattuale.

b) Le lettere di intenti possono disciplinare l'iter delle trattative, stabilendo i tempi ed i luoghi degli incontri, la lingua in cui dovrà essere redatto il contratto, e così via; le parti possono precisare meglio il contenuto dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative⁶, prevedendo in modo specifico obblighi di segretezza, il divieto di instaurare trattative in parallelo, i criteri per la ripartizione delle spese, l'obbligo di iniziare fin da subito l'esecuzione del contratto⁷, diritti di prelazione, o altro ancora. L'utilità di questi accordi è particolarmente evidente in quegli ordinamenti, come per esempio quelli di *common law*, nonché quello internazionale⁸, in cui tradizionalmente non esistono regole di responsabilità precontrattuale ben definite; ma anche negli ordinamenti come quello italiano, dove è presente una disciplina della responsabilità precontrattuale (artt. 1337, 1338 c.c.), tramite apposite convenzioni è possibile fugare ogni dubbio circa il contenuto dei reciproci doveri di correttezza nelle trattative.

Milano 2006, I, 177; NATUCCI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. del contr.*, dir. da Roppo, Milano 2006, I, 441.

NAJJAR, *L'accord de principe*, in *Rec. D. Sirey Chron*, 1991, 57; SCHMIDT, *Negotiation et conclusion des contrats*, Paris 1992.

⁴ DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, I, *La formazione dei contratti*, Padova 1984, 47-80; ID., *Criteri redazionali di lettere di intenti alla luce dei casi SME e PENNZOIL*, in *DcomInt*, 1987, 239; ID., *Documenti precontrattuali relativi ad acquisti di società: in DcomInt*, 1988, 181; CARRASSI, *Le lettere di intenti fra prassi e necessità di nuove regole in margine al caso SME*, in *RCDP*, 1988, 843; CANEPA, *Dichiarazioni d'intenti*, in *DI SezCiv*, V, Torino 1989, 329-353; SPECIALE, *Lettere di intenti-Natura*, in *NGCC*, 1986, I, 172; ID., *Dichiarazione d'intenti*, in *Giust. sist.* Bigiavi, *Dei contratti in generale*, a cura di ALPA e BESSONE, Torino 1991, I, 433; MORANO, *Le lettere di intenti*, in *RN*, 1993, I, 849; RADICIONI, *Le lettere di intenti*, Bologna 1995; SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli 1995, 253-291; ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura normativa e profili di responsabilità precontrattuale*, in *RCDP*, 1995, 55; CARUSO, *Le dichiarazioni di intenti*, in REALMONTE (a cura di), *I rapporti giuridici preparatori*, Milano 1996, 275; GRONDONA, *Lettere di intenti*, in CENDON (a cura di), *Contratti*, III, Torino 2000, 79; CAPECCHI, *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, in *DcomInt*, 2001, 383; DE CONINCK, *Rupture des negotiations*, in AA.VV., *Le processus de formation du contrat*, Paris 2002, 39.

⁵ CANEPA, *op. cit.*, 331; E. CARUSO, *op. cit.*, 282 ss.

⁶ DRAETTA, *op. cit.*, in *DcomInt*, 1987, 239, 255.

⁷ BALL, *Work Carried out in Pursuance of Letters of Intent: Contract or Restitution*, in *LQR*, 1983, 572; spesso nei casi di questo genere si fa applicazione alle prestazioni già effettuate di quanto stabilito nel successivo contratto: CANEPA, *op. cit.*, 329, 342.

⁸ MORIN, *Le devoir de cooperation dans les contrats internationaux*, in *DcomInt*, 1980, 9.

c) Le lettere di intenti possono infine documentare i risultati raggiunti nel corso delle trattative; in particolare le parti possono aver raggiunto un'intesa su singoli punti, o anche sull'intero testo contrattuale, senza che però abbiano voluto vincolarsi in modo definitivo; il che può rendere più facile la prova degli estremi di un'eventuale responsabilità precontrattuale.

d) Ancora diverso è il caso in cui le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, ma la conclusione del contratto sia subordinata al verificarsi di eventi, quali l'autorizzazione governativa, il nulla osta dell'organo competente e così via.

I problemi che pongono le lettere di intenti sono numerosi; in primo luogo di tratta di intese palesemente disomogenee, e come tali non riconducibili ad un unico comun denominatore.

A) Le lettere di intenti possono limitarsi a dar atto dell'intenzione delle parti di instaurare trattative tra loro; o viceversa costituirne il resoconto, facilitando la prova degli avvenuti contatti tra le parti, specie ai fini di un'eventuale responsabilità precontrattuale.

B) Le lettere di intenti possono peraltro contenere veri e propri accordi preliminari finalizzati a disciplinare alcuni aspetti delle trattative, come per esempio l'obbligo di segretezza, le modalità di ripartizione delle spese, i tempi ed i luoghi degli incontri, il diritto di prelazione, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, nonché quello di fare il possibile per giungere alla conclusione del contratto (*best efforts*)⁹, la promessa di continuare le trattative¹⁰, e così via¹¹; ove sia possibile ravvisare gli estremi di un vero e proprio contratto preparatorio¹², l'inadempimento può comportare responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.)¹³, con conseguente obbligo di risarcimento integrale del danno.

C) Specie in materia di rapporti di durata è frequente la previsione di un periodo di prova (art. 1521 c.c.), all'esito del quale è subordinata la prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto definitivo¹⁴; nei casi di questo genere l'intesa preparatoria è finalizzata a regolare il rapporto provvisorio, nonché le modalità di prosecuzione delle trattative.

D) Le lettere di intenti possono registrare i punti sui quali le parti hanno

⁹ BENATTI, *op. cit.*, 1101, 1102.

¹⁰ La quale è stata considerata nulla da parte della giurisprudenza: A. Genova, 31 dicembre 1960, in *DM*, 1963, 82; E. CARUSO, *op. cit.*, 285.

¹¹ BENATTI, *op. cit.*, 1101.

¹² DRAETTA, *op. cit.*, in *DcomInt*, 1987, 239, 263.

¹³ GHESTIN, *La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers*, in *Studi*, Viney, Paris, 2008, 453.

¹⁴ T. Catania, 23 febbraio 1988, in *NGCC*, 1989, I, 12; E. CARUSO, *op. cit.*, 286; P. Treviso, 30 ottobre 1991, in *RDSp*, 1991, 360.

già raggiunto un'intesa, o anche il testo finale dell'accordo, senza che però risulti ancora la volontà delle parti di obbligarsi; la conclusione del contratto può essere subordinata al verificarsi di eventi futuri, come per esempio un'autorizzazione governativa¹⁵, una delibera degli organi societari a ciò deputati, e così via; il meccanismo ricorda per certi versi quello della condizione, anche se in questo caso non è l'efficacia del contratto ad essere subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto, ma piuttosto è la conclusione stessa del contratto che risulta ancora in sospeso¹⁶; ne consegue che, salva diversa volontà delle parti, il contratto potrà considerarsi perfezionato solo a far data dal momento in cui si sono verificati tutti gli elementi della fattispecie; effetto prodromico dell'intesa può peraltro essere quello di impedire il recesso prima che si sia verificato l'evento condizionante¹⁷.

E) Qualche dubbio interpretativo può sorgere anche con riferimento alla rilevanza dei documenti preparatori successivamente alla conclusione del contratto¹⁸; se il testo finale riproduce fedelmente il contenuto dei testi preparatori, ovviamente il problema non si pone; diversa può peraltro essere la situazione nel caso in cui il testo finale non riporti singole clausole, che viceversa compaiono in testi precedenti. Le parti hanno ovviamente la possibilità di regolare in modo espresso la questione richiamando nel testo finale singole clausole già oggetto di discussione nel corso delle trattative, o viceversa stabilendo espressamente che il testo finale supera tutti i documenti precedenti; precisazione che non si ritiene peraltro idonea ad impedire al giudice di prendere in considerazione i documenti preparatori in sede di interpretazione del testo contrattuale finale.

Il problema si pone all'incirca nei medesimi termini in materia di preliminare, dove in base all'opinione più diffusa il testo finale assorbe e prevale su quello preliminare, con conseguente rilevanza di quest'ultimo solo ai fini interpretativi¹⁹; anche se non mancano prese di posizione a favore della prevalenza del preliminare rispetto al definitivo²⁰.

¹⁵ T. Roma, 19 luglio 1986, in *NGCC*, 1987, 416: "L'intesa sottoscritta tra un privato ed un ente pubblico di carattere economico, che pure contenga quasi tutti gli elementi essenziali del futuro contratto, ma che subordini la sua conclusione alla autorizzazione dell'autorità governativa, anche se non dovuta, costituisce una semplice manifestazione o formalizzazione dell'intento di trattare e puntualizzazione dei termini della trattativa, e non invece una manifestazione di volontà di concludere un contratto, sia esso di natura preliminare o definitiva" ., con nota di SPECIALE; A. Roma, 9 marzo 1987, in *NGCC*, 1987, I, 431, con nota di SPECIALE; Cass., S.U., 25 marzo 1986, n. 2091, in *FI*, 1986, I, 904, con nota di BARONE, *Affare SME e giurisdizione ordinaria*.

¹⁶ E. CARUSO, *op. cit.*, 297, 299; PERRINO, *op. cit.*, in *RaDC*, 1998, 546, 556, 564.

¹⁷ E. CARUSO, *op. cit.*, 299.

¹⁸ E. CARUSO, *op. cit.*, 310 ss.

¹⁹ Più ampiamente: P. GALLO, *Trattato del contratto*, 3 voll., Torino 2010.

²⁰ Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *FI*, 1988, I, 1606.

F) Nulla è previsto con riferimento alla forma delle lettere di intenti, sebbene nella prassi esse vengano normalmente redatte per iscritto; se però si tratta di un contratto a forma vincolata anche le lettere di intenti dovranno sottostare al medesimo requisito formale ove obblighino le parti alla conclusione del contratto²¹, o contengano la determinazione di elementi essenziali del contratto stesso²².

5. La puntuazione

Molto spesso le parti raggiungono gradualmente l'intesa accordandosi su singoli punti²³, come per esempio l'oggetto del contratto, il corrispettivo e così via, rimandando ad un momento successivo il completamento dell'intesa con riferimento ad aspetti accessori, come per esempio le modalità del pagamento, e così via²⁴; già all'inizio del XX secolo Carnelutti parlava a questo proposito di formazione progressiva del contratto²⁵.

Questi sono i casi che pongono più dubbi all'interprete; si tratta infatti di capire se e quando il contratto può essere considerato concluso²⁶; in ogni caso non è decisiva la presenza o meno della sottoscrizione²⁷; il relativo accertamento attiene al fatto ed è quindi incensurabile in Cassazione se adeguatamente motivato²⁸.

In base ad un'affermazione piuttosto ricorrente in giurisprudenza il con-

²¹ T. Bologna, 28 marzo 1985, in *NGCC*, 1996, 170, con nota di SPECIALE.

²² E. CARUSO, *op. cit.*, 307.

²³ Cass., 7 gennaio 1993, n. 77, in *GI*, 1994, I, 1, 110.

²⁴ Sul punto già CARRARA, *La formazione del contratto*, Milano 1915, 17.

²⁵ CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *RDCo*, 1916, II, 308, a lui si deve l'introduzione di questa terminologia.

²⁶ CANDIAN, *op. cit.*, in *RDCo*, 1916, I, 854, 855; VITUCCI, *op. cit.*, 1968, 1, 8; A. Genova, 31 dicembre 1960, in *DM*, 1963, 82; Cass., 4 marzo 1970, n. 517; Cass., S.U., 9 maggio 1983, n. 3152; A. Lecce, 30 gennaio 1988, in *GI*, 1989, I, 2, 334; Cass., 24 maggio 1995, n. 5691, in *CorG*, 1996, 79: "Non costituisce preliminare quell'atto privo dell'indicazione del termine dell'adempimento e dell'oggetto. Tale atto fa parte della fase delle trattative precontrattuali da cui può sorgere responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.", con nota di EMILIOZZI, *La responsabilità precontrattuale*; Cass., 13 aprile 1995, n. 4265; Cass., 13 maggio 1998, n. 4815, in *CorG*, 1999, 469, con nota di NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*; T. Firenze, 5 ottobre 2000; T. Reggio Calabria, 20 settembre 2002, in *GM*, 2003, 1751; Cass., 7 aprile 2004, n. 6871; T. Monza, 31 gennaio 2004, in *GM*, 2004, 1644; A. Firenze, 14 aprile 2004, in *GI*, 2005, 730; Cass., 14 luglio 2006, n. 16118.

²⁷ T. Milano, 26 giugno 1989, in *GI*, 1990, I, 2, 90; in *RN*, 1990, 474; Cass., 30 marzo 1994, n. 3158, in *FI*, 1994, I, 2719; Cass., 28 marzo 1996, n. 2843, in *GCo*, 1998, II, 362.

²⁸ Cass., 24 febbraio 1975, n. 721; Cass., 18 gennaio 2005, n. 910; Cass., 20 giugno 2006, n. 14267.

tratto potrebbe considerarsi concluso solo nel caso in cui le parti abbiano raggiunto un'intesa completa su tutti i punti oggetto di trattativa, senza distinguere a questo proposito tra clausole principali ed accessorie²⁹; questa affermazione è però subito contraddetta da altre massime, secondo cui sarebbe viceversa sufficiente che le parti si siano accordate sul contenuto minimo del contratto³⁰, salvo il ricorso all'integrazione del contratto³¹; principio di completezza dell'accordo che risulterebbe attenuato in materia di preliminare³²; in dottrina si è anche parlato di preliminare aperto, con riferimento ad accordi parziali che necessitano di ulteriori determinazioni da parte dei contraenti³³, con conseguente esclusione dell'esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.)³⁴.

Si consideri tuttavia che anche clausole accessorie, come per esempio quelle circa le modalità del pagamento, possono in concreto apparire essenziali ai contraenti³⁵; la questione non è infatti tanto quella di comple-

²⁹ A. Venezia, 9 marzo 1916, in *RDCo*, 1916, II, 308, con nota critica di CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*; Cass., 21 aprile 1943, n. 949; Cass., 29 aprile 1943, n. 1004; Cass., 16 giugno 1952, n. 1740; Cass., 18 giugno 1953, n. 1849, in *GCCC*, 1954, II, 158, con nota di A. GALLO; Cass., 28 maggio 1954, n. 1730; Cass., 25 ottobre 1965, n. 2234, in *GI*, 1966, I, 1, 411; Cass., 4 marzo 1968, n. 702; Cass., 10 ottobre 1975, n. 3252; Cass., 23 gennaio 1978, n. 298, in *GI*, 1979, I, 147, con nota di ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso ...*; Cass., 2 marzo 1978, n. 1049; Cass., 15 marzo 1982, n. 1691, in *RDCo*, 1985, II, 199, con nota di FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*; Cass., 7 gennaio 1993, n. 77; EROLI, *op. cit.*, in *RDCo*, 1997, I, 67, 73; accordi modificativi: Cass., 4 maggio 1994, n. 4274, in *FI*, 1995, I, 2963; Cass., 2 febbraio 2009, n. 2561, in *NGCC*, 2009, I, 876, con nota di RITONDALE, *La formazione progressiva del contratto: il complicato discrimen tra puntuazione e perfezionamento dell'accordo*.

³⁰ Così già CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *RDCo*, 1916, II, 308, 310, il quale in polemica con SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *RDCo*, 1909, I, 477, 479, sosteneva la sufficienza dell'accordo sul contenuto minimo del contratto; a lui si deve altresì l'introduzione di questa nozione, dai contorni peraltro un po' indefiniti; DOSSETTO, *Autonomia contrattuale, clausole contrattuali principali ed accessorie, condizioni generali e particolari di contratto*, in *RDCo*, 1950, II, 248, 252, nota 15; VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *FP*, 1968, I, 481, nota a Cass., 18 febbraio 1967; *Id.*, *Profili della conclusione del contratto*, Milano 1969, 203.

³¹ Cass., 24 luglio 1951, n. 2097; Cass., 25 maggio 1955, n. 1556; Cass., 18 dicembre 1956, n. 4452, in *T*, 1957, 117, con nota di CANDIAN, *Punti riservati e formazione del contratto*; in *GI*, 1957, I, 698; Cass., 19 maggio 1961, n. 1195, in *GI*, 1962, I, 1209; Cass., 10 novembre 1963, n. 2995; Cass., 18 febbraio 1967, n. 408, in *FP*, 1968, I, 481, con nota di VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*; Cass., 21 ottobre 1969, n. 3445, in *GC*, 1970, I, 757; Cass., 17 ottobre 1992, n. 11429; Cass., 7 gennaio 1993, n. 77, in *CorG*, 1993, 575, con nota di L. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*.

³² Cass., 6 giugno 1983, n. 3856.

³³ In senso critico: CONTE, *Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e preliminare di preliminare*, in *CorG*, 2004, 1070, 1071.

³⁴ PERRINO, *op. cit.*, in *RaDC*, 1998, 546, 561.

³⁵ Cass., 20 giugno 1961, n. 1459, in *GI*, 1962, I, 1209; Cass., 7 gennaio 1993, n. 77, in *Contr.*, 1993, 142, con nota di V. FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*.

tezza o meno del regolamento contrattuale, quanto quella di volontà delle parti di considerarsi obbligate o meno ³⁶.

Le parti possono aver redatto un testo contrattuale completo, senza però voler ancora considerarsi vincolate ad esso ³⁷; per converso le parti possono aver raggiunto un'intesa di massima sul contenuto essenziale del contratto, rinviando ad un momento successivo il completamento del testo contrattuale ³⁸. Entrambe le soluzioni sono ovviamente possibili; si tratta infatti di una *questio voluntatis* da accertare caso per caso.

Semmai in mancanza di chiare indicazioni in un senso o nell'altro da parte dei contraenti entra in gioco il meccanismo delle presunzioni; in particolare secondo la giurisprudenza la completezza dell'accordo consente di presumere la volontà delle parti di obbligarsi, salva prova contraria ³⁹; per converso l'incompletezza dell'accordo fa presumere il suo carattere non vincolante, salva prova contraria ⁴⁰; prova che peraltro, sempre secondo la giurisprudenza, può essere fornita con testimoni ⁴¹.

Qualche dubbio potrebbe semmai sorgere sotto il profilo dell'individuazione del contenuto minimo necessario affinché il contratto possa considerarsi concluso ⁴²; si tratta in effetti di una nozione piuttosto vaga, che potrebbe essere fonte di incertezze.

³⁶ T. Milano, 26 giugno 1989, in *GI*, 1990, I, 2, 90, con nota adesiva di CAVALIERE, *Note in tema di conclusione del contratto*, 91; Cass., 17 marzo 1994, n. 2548, in *FI*, 1994, I, 1366; T. Torre Annunziata, 21 maggio 2002, in *DG*, 2002, 219; Cass., 24 ottobre 2003, n. 16016, in *Contr*, 2004, 221, BENEDETTI, *Accettazione condizionata e principio di conformità*; T. Monza, 31 gennaio 2004, in *CorG*, 2004, 1067, con nota di CONTE, *Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e preliminarare di preliminarare*; Cass., 18 settembre 2007, n. 19360.

³⁷ Cass., 17 marzo 1994, n. 2548, in *FP*, 1995, I, 146, con nota di MELANDRI, *Formazione e perfezionamento del contratto*; T. Monza, 22 agosto 2007, in *GM*, 2008, 1574.

³⁸ Cass., 27 novembre 1963, n. 3044, in *RDCo*, 1964, I, 192, con nota di G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*; Cass., 7 gennaio 1993, n. 77, in *Contr*, 1993, 142, con nota di V. FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*; Cass., 22 settembre 2008, n. 23949.

³⁹ Cass., 10 luglio 1959, n. 2223, in *GI*, 1960, I, 1, 656; Cass., 30 marzo 1994, n. 3158, in *FI*, 1994, I, 2719, con nota di D'AOUINO; in *FP*, 1995, I, 151; Cass., 22 agosto 1997, n. 7857, in *Contr*, 1998, 113, con nota di BRACCIO, *Minuta completa e volontà di obbligarsi*; in *FI*, 1998, I, 878; in *Not*, 1998, 422; A. Roma, 17 giugno 2002, in *RDCo*, 2003, II, 97; Cass., 16 luglio 2002, n. 10276; A. Torino, 5 novembre 2004, in *GM*, 2005, 1125; A. Napoli, 7 aprile 2005.

⁴⁰ Cass., 20 agosto 1980, n. 4942; Cass., 8 aprile 1983, n. 2500.

⁴¹ Cass., 10 luglio 1959, n. 2223, in *GC*, 1960, I, 379: "Nei contratti a formazione successiva e progressiva, anche quando per essi sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*, è ammissibile la prova testimoniale volta ad accertare se le parti, nel tradurre per iscritto l'accordo sugli elementi essenziali ad un dato momento raggiunto, abbiano voluto limitarsi a documentare l'iter della formazione del contratto, riservandone il perfezionamento al raggiungimento dell'accordo anche sugli altri punti non essenziali, ovvero abbiano al contrario inteso conferire efficacia già di per sé vincolante all'accordo fino a quel momento raggiunto, indipendentemente dall'esito delle trattative sulle determinazioni accessorie".

⁴² Cass., 13 maggio 1998, n. 4815, in *CorG*, 1999, 469.

Si consideri tuttavia che anche i più recenti testi di diritto contrattuale europeo, come per esempio i PECL, si limitano a stabilire che il contratto è concluso quando a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente, e b) hanno raggiunto un accordo sufficiente (art. 2.101).

Caso per caso occorrerà pertanto verificare se l'intesa ha un contenuto tale da poter essere eseguito.

In dottrina si è considerato contenuto minimo del contratto l'accordo sulle prestazioni e sulla causa; in realtà l'oggetto dell'accordo potrebbe essere ulteriormente ridotto, ove si consideri che l'entità del corrispettivo potrebbe essere determinata in virtù di norme suppletive previste dall'ordinamento.

La questione viene ad intersecarsi con quella circa la determinabilità dell'oggetto del contratto; nulla impedisce infatti alle parti di concludere comunque il contratto, ancorché il suo oggetto non sia sufficientemente determinato; salva l'invalidità dello stesso (art. 1346 c.c.)⁴³.

Ancora diverso è il caso in cui le parti dopo aver raggiunto un'intesa su singoli punti, si impegnino a non rimetterli in discussione⁴⁴; a volte nei casi di questo genere si parla di puntuazione o accordo preparatorio in senso stretto; un tale accordo in linea di principio non obbliga le parti a proseguire nelle trattative⁴⁵, salvi gli estremi della responsabilità precontrattuale⁴⁶; se però il contratto viene poi effettivamente concluso, i punti già in precedenza fissati vengono a farne parte integrante, anche se non espressamente richiamati⁴⁷; salva ovviamente una diversa manifestazione di volontà dei contraenti.

La puntuazione, non essendo ancora un atto vincolante, non è sufficiente per far maturare il diritto del mediatore alla provvigione⁴⁸.

Si consideri ancora che l'intesa preliminare può riferirsi a qualunque elemento del contratto, essenziale e non, compreso il corrispettivo; nei casi di questo genere può sorgere il dubbio se si tratti di mera puntuazione o di proposta irrevocabile⁴⁹; questione che deve essere risolta

⁴³ Distinguono nettamente i profili della conclusione da quelli della determinabilità dell'oggetto: G.B. FERRI, *op. cit.*, in *RDCo*, 1964, II, 192; *Id.*, *op. cit.*, in *RDCo*, 1969, I, 187; FUSARO, *op. cit.*, in *RDCo*, 1985, II, 201, 205, 207; ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, 139.

⁴⁴ Cass., 29 ottobre 1993, n. 10777.

⁴⁵ T. Roma, 19 luglio 2004, in *DG*, 2005, 92.

⁴⁶ Cass., 4 agosto 1990, n. 7871.

⁴⁷ TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano 1991, 176 ss.; Cass., 6 aprile 1981, n. 1944, in *RN*, 1982, 69; in *GC*, 1981, I, 2272, con nota di PEREGO, *Trattative, proposta irrevocabile e patto di opzione*; Cass., 5 aprile 1982, n. 2092; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649.

⁴⁸ Cass., 14 luglio 2004, n. 13067, in *GC*, 2004, I, 2576; T. Savona, 29 agosto 2005.

⁴⁹ Cass., 7 gennaio 1993, n. 77: "Nei contratti a formazione progressiva, nei quali l'accordo delle parti su tutte le clausole si raggiunge gradatamente, il momento perfezionativo del negozio è, di regola, quello dell'accordo finale su tutti gli elementi, principali e accessori, salvo che le parti abbiano inteso vincolarsi negli accordi raggiunti sui singoli punti riservando la

caso per caso in base all'interpretazione della volontà delle parti.

In caso di dubbio, la devoluzione di una somma a titolo di caparra può costituire un elemento che depone a favore dell'avvenuta conclusione del contratto ⁵⁰.

6. *La minuta*

Notevoli dubbi interpretativi possono sorgere anche quando le parti redigono un testo contrattuale completo, debitamente sottoscritto, ma dichiarando che la conclusione del contratto è subordinata ad una loro successiva manifestazione di volontà, o ancora al nulla osta di un organo di controllo ⁵¹, o altro ancora.

Nei casi di questo genere, nonostante la completezza, il contratto non può ancora considerarsi concluso, proprio perché manca un qualche elemento, come per esempio il consenso finale dei contraenti, il nulla osta governativo, o altro ancora, necessario ai fini della sua conclusione ⁵².

Questo non esclude che durante la pendenza le parti siano tenute a comportarsi secondo buona fede, in modo tale da non frustrare le aspettative della controparte, come per esempio sottoponendo il testo contrattuale agli organi di controllo, e così via; pena l'eventuale responsabilità precontrattuale.

In mancanza di chiare indicazioni da parte dei contraenti, la completezza dell'accordo fa inoltre presumere la conclusione del contratto, salva la prova in senso contrario.

disciplina degli elementi secondari. *Pertanto, l'impegno assunto in sede di trattativa negoziale di mantenere fermo per un dato periodo di tempo il prezzo offerto, non postula necessariamente l'intento di considerare tale impegno, anche se relativo ad un punto essenziale, quale proposta irrevocabile, ben potendo esso costituire soltanto un momento del processo formativo del contratto senza efficacia vincolante, ove l'accordo delle parti non sia stato raggiunto sulla totalità degli elementi costitutivi*".

⁵⁰ Cass., 6 giugno 1983, n. 3856, in *RDCo*, 1984, I, 187, con nota di FUSARO, *Questioni in tema di contratto*.

⁵¹ E. CARUSO, *op. cit.*, 294.

⁵² A. Milano, 17 gennaio 1961, in *GC*, 1961, I, 1667: "Il documento nel quale si suole fissare per iscritto il contenuto dei punti essenziali, sui quali sia già intervenuta l'intesa fra le parti, viene denominata minuta o puntuazione, che, in linea di principio, non ha carattere vincolativo e che, anche sottoscritta, non è fonte di obbligazioni o di acquisto di diritti reali, perché ha una funzione prevalentemente storica o probatoria non del contratto, ma del percorso della sua formazione"; con nota critica di RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, il quale si esprime a favore del carattere vincolante delle intese preliminari, se sottoscritte, 1670, 1071; già in passato la puntuazione era stata considerata da CARNELUTTI, *op. cit.*, un contratto perfetto, ancorché subordinato alla condizione sospensiva dal suo completamento.

7. Il preliminare

Il codice civile del 1942 dedica al contratto preliminare due soli articoli, uno relativo alla forma (art. 1351 c.c.), ed uno relativo alla possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto (art. 2932 c.c.), senza peraltro fornire alcuna definizione.

Il contratto preliminare può peraltro essere inteso come il contratto in virtù del quale le parti assumono l'impegno di concludere un altro contratto; sebbene qualsiasi contratto possa essere preceduto da un contratto preliminare, salvo poche limitazioni, le applicazioni più frequenti si hanno in materia di contrattazione immobiliare.

Molto spesso, anzi quasi sempre, il contratto preliminare precede il contratto traslativo della proprietà⁵³.

Il contratto preliminare costituisce dunque un vero e proprio contratto, pienamente efficace tra le parti, che per l'appunto obbliga a concludere un altro contratto; si distingue pertanto, anche sotto il profilo delle conseguenze dalle trattative in senso stretto; ove non sia già configurabile un vero e proprio contratto preliminare, il recesso ingiustificato dalle trattative comporta unicamente responsabilità precontrattuale (artt. 1337, 1338 c.c.).

Sotto questo profilo il contratto preliminare deve essere distinto rispetto ad altre forme di intese preliminari, come per esempio le lettere di intenti che non hanno ancora efficacia vincolante tra le parti; un discorso comparabile può essere ripetuto per quel che riguarda la puntuazione o minuta, che si limita ad indicare i punti sui quali le parti hanno già raggiunto un'intesa, senza che però il contratto possa già considerarsi concluso⁵⁴.

Non si ha preliminare anche nel caso in cui le parti assumano semplicemente l'impegno reciproco di instaurare trattative finalizzate alla conclusione di un contratto o alla sua revisione; salvo il risarcimento del danno in caso di inadempimento; secondo alcune posizioni dottrinali l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare legittimerebbe inoltre il ricorso all'art. 2932 c.c.

In queste condizioni ci si potrebbe domandare quale utilità possa avere un contratto che, quale effetto principale, produce quello di concludere un altro contratto; in realtà, tenuto conto dell'enorme rilevanza pratica del preliminare, specie in Italia, non vi dovrebbe essere ragione per dubitare circa la sua utilità.

⁵³ Sulla crescente articolazione in più fasi della contrattazione immobiliare: G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, in *RN*, 1994, 30; Id., *Contratto preliminare, postilla di aggiornamento*, in *EG*, vol. IX, 5; MARMOCCHI (a cura di), *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale*, Milano 1995, 17 ss., 21; SERRAO, *op. cit.*, 2006, 8.

⁵⁴ Cass., 4 agosto 1990, n. 7871; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, distingue tra opzione, minuta e preliminare; A. Torino, 5 novembre 2004, in *GM*, 2005, 1125.

La dottrina si è sbizzarrita nel tentativo di individuare le funzioni del contratto preliminare; secondo alcuni il preliminare si limiterebbe a fissare i punti essenziali dell'affare che dovrebbero poi essere integrati in sede di conclusione del definitivo⁵⁵; secondo altri il definitivo avrebbe viceversa una funzione novativa rispetto agli impegni assunti con il preliminare⁵⁶.

In base all'opinione più diffusa il preliminare consentirebbe di fissare fin da subito un affare, anche quando non si è ancora in possesso di tutte le informazioni necessarie per valutarne la convenienza, nonché per fissare i termini esatti dello scambio; in questo modo si ottiene un margine di tempo più o meno lungo che consente di effettuare tutte le indagini per verificare la presenza di eventuali vizi, oneri, difetti, nonché ancora per gestire le eventuali sopravvenienze; si pensi per esempio ad un'improvvisa modifica del piano regolatore che escluda l'edificabilità dell'area; e questo perché in caso di contestazioni è meglio essere convenuto in una azione di adempimento che attore in un'azione di risoluzione⁵⁷.

In questo modo le parti, pur essendo vincolate, hanno ancora un certo margine per valutare l'effettiva convenienza dell'affare, nonché la sua congruità, alla luce delle effettive caratteristiche del bene, nonché delle eventuali sopravvenienze; questo consente una flessibilità ed un'adattabilità del contratto che non sarebbe facilmente raggiungibile se le parti optassero fin da subito per un contratto immediatamente traslativo della proprietà.

Si consideri ancora il vantaggio per il venditore di conservare la proprietà a garanzia del buon fine dell'affare, nonché ancora di rifiutare la conclusione del definitivo in caso di mancato pagamento (art. 1460 c.c.).

Risultati in un certo senso analoghi possono essere raggiunti anche per il tramite di altre figure negoziali, come per esempio la vendita con riserva di proprietà, o ancora la vendita sottoposta alla condizione del pagamento, o ancora sottoposta a termine; sarebbe però frettoloso ritenere che il preliminare possa essere assimilato ad una vendita sottoposta a condizione con patto di irretroattività (art. 1360, 1° comma, c.c.), o a termine⁵⁸; la differenza principale consiste nel fatto che il trasferimento della proprietà non ha luogo automaticamente al tempo dell'avveramento della condizione o allo scadere del termine, ma soltanto in virtù di un successivo contratto che consente di escludere gli automatismi tipici della condizione o del termine.

L'utilità nel ricorso al contratto preliminare consiste dunque nel dilazionare nel tempo il momento del trasferimento della proprietà, riproducendo

⁵⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, in *RDCo*, 1970, I, 396; *Id.*, *op. cit.*, in *RDC*, 1973, I, 60, 67.

⁵⁶ Così RASCIO, *op. cit.*, 1967, 81, 179.

⁵⁷ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 153, 155, 190; *Id.*, *op. cit.*, in *RDC*, 1987, II, 415, 416; 1993, II, 225, 226; SPECIALE, *op. cit.*, 8.

⁵⁸ Così già CARUSI, *op. cit.*, in *RDC*, 1955, I, 861, 870; ritiene viceversa non facilmente distinguibili le due figure: F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale*, Padova 1999, 2 ss.

per certi versi la scissione tra *titulus* e *modus* tipica del diritto tedesco, e prima ancora di quello romano; questo spiegherebbe altresì il successo del preliminare proprio in Italia, dove la codificazione del principio consensualistico di derivazione francese, sembrerebbe rendere ineluttabile il trasferimento della proprietà in virtù dello scambio dei consensi (art. 1376 c.c.).

In dottrina prevale peraltro ormai l'opinione che il principio consensualistico può essere derogato⁵⁹; in questa prospettiva il contratto preliminare costituisce null'altro che uno strumento che consente di escludere l'immediata operatività dell'art. 1376 c.c.

Secondo parte della dottrina il preliminare avrebbe anzi assunto l'aspetto di una vera e propria vendita obbligatoria, che differisce il trasferimento della proprietà al compimento di un atto successivo, con evidenti punti di contatto con la vendita tedesca, imperniata sulla distinzione tra *titulus* e *modus*⁶⁰.

Questo ha ridato linfa al dibattito che si era originato negli anni '50 del XX secolo circa la natura negoziale o non negoziale del contratto definitivo.

In base all'impostazione tradizionale il preliminare avrebbe unicamente costituito un atto preparatorio, di natura intermedia tra le trattative in senso stretto ed il contratto definitivo, destinato a confluire e ad elidersi nel contratto definitivo, unica e definitiva fonte del rapporto giuridico derivante da esso.

In questo quadro non poteva però passare inosservata l'introduzione dell'art. 2932 c.c., che consente di rendere in un certo senso ineluttabile e quindi necessitata la conclusione del contratto definitivo; ma se alla luce di questa disciplina la conclusione del contratto definitivo risulta essere un atto dovuto, può ancora ritenersi che si tratti di un atto negoziale o piuttosto di un atto di adempimento?

Parte della dottrina, partendo dal presupposto dell'incompatibilità tra autonomia e doverosità dell'atto, è giunta a negare la negoziabilità del definitivo; il quale sarebbe dunque un atto dovuto, con tutte le conseguenze che ne possono derivare in termini di irrilevanza della capacità dei contraenti, dei vizi del consenso e così via⁶¹.

⁵⁹ CAMILLERI, *op. cit.*, in *CeI*, 1999, I, 98, 135, 137; diffusamente sul punto: DELFINI, *Itinerari del contratto preliminare e derogabilità dell'art. 1376 c.c.*, in *Scritti Cattaneo*, Milano 2002, I, 437; in senso contrario: CENNI, *op. cit.*, in *CeI*, 1994, 1108, 1123; MAZZAMUTO, *op. cit.*, in *Studi Mengoni*, 587, 611.

⁶⁰ MIRABELLI, *op. cit.*, 200; BIANCA, *op. cit.*, in *Studi, Scaduto*, Padova 1970, I, 139; Id., *Il contratto*, cit., 182; DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *GC*, 1985, I, 1636; CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *GI*, 1987, I, 1, 673; Id., *Trascrizione*, cit., VII; SPECIALE, *op. cit.*, 1990, 10; SACCO, DE NOVA, *op. cit.*, 3^a ed., II, 270, secondo cui la ragion d'essere del preliminare è la medesima che presiede alla separazione fra vendita e atto traslativo nella maggior parte dei sistemi giuridici del passato (diritto romano) e contemporanei (tedesco, angloamericano, russo, cinese, ecc.); GAZZONI, *op. cit.*, 571, 584, secondo cui dal preliminare nasce un obbligo di dare, 587, 588; in senso contrario: CENNI, *op. cit.*, in *CeI*, 1994, I, 1108, 1124, 1127.

⁶¹ MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli 1953, 71; ma in prece-

Queste conclusioni sono peraltro avversate dalla maggior parte della dottrina, la quale non ravvisa un'incompatibilità assoluta tra autonomia e doverosità⁶²; è infatti vero che il definitivo è un atto dovuto, e quindi come tale suscettibile di esecuzione in forma specifica, anche senza il consenso dell'altro contraente; è però anche vero che questo esito non è ineluttabile, specie nel caso in cui si ravvisino vizi o si verifichino sopravvenienze, con conseguente possibilità di rifiutare legittimamente la conclusione del contratto, o per lo meno di esigere un mutamento delle condizioni originariamente pattuite, al fine di ristabilire l'originario equilibrio tra le prestazioni.

Nonostante che l'evoluzione abbia comportato una progressiva valorizzazione del preliminare, che in misura crescente tende ad assumere l'aspetto di un vero e proprio contratto traslativo, ancorché ad efficacia puramente obbligatoria, con conseguente progressiva legittimazione del promissario acquirente ad esperire tutti i rimedi tradizionalmente previsti a tutela del compratore, come per esempio l'azione di esatto adempimento, di riduzione del prezzo in presenza di vizi e così via, questo non significa necessariamente negare che il definitivo abbia carattere negoziale⁶³.

Infatti anche senza voler aderire alle opinioni dottrinali che attribuiscono al definitivo una funzione integrativa o novativa del preliminare, non vi è dubbio che il definitivo costituisce un'ultima occasione per valutare la convenienza economica dell'affare, nonché di rinegoziarne i termini, specie in presenza di vizi o sopravvenienze; salva la possibilità per la controparte di esigerne comunque l'esecuzione in forma specifica, previa offerta di adempimento nei termini di legge alle proprie obbligazioni, con tutte le variazioni e gli aggiustamenti che possono essere legittimamente chiesti al giudice in presenza di vizi o in caso di sopravvenienze.

8. La circolazione del preliminare

Molto spesso il contratto preliminare viene preferito al definitivo anche per finalità di carattere speculativo⁶⁴; consentire cioè al promissario acqui-

denza si veda già RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli 1950, 117 ss.; in senso critico: MESSINEO, *op. cit.*, 189; per ulteriori riferimenti: G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 11, nota 13.

⁶² G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 20; G. GABRIELLI, FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 5.

⁶³ Così invece MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *ED*, XXIX, Milano 1979, 508, 512; Id., *Contrasti nella suprema giurisprudenza sulle sanzioni delle vendite promesse ed eccezionalità dei contratti preliminari*, in *DP*, 1995, II, 279 ss., *ivi* analisi delle soluzioni giurisprudenziali in materia.

⁶⁴ BERNARDINI, *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua circolazione*, in *CeI*, 1991, 723;