

## PRESENTAZIONE

di VINCENZO ROPPO

Non sarebbe possibile, non sarebbe decente aprire questo seminario trascurando la notizia che ci ha raggiunto solo poche ore fa: il professor Angelo Falzea è passato. Ci uniamo alla famiglia, all'Università di Messina, agli allievi, nell'onorare la memoria di un maestro del diritto civile, e del diritto *tout court*.

Ma veniamo ai vivi, veniamo a questo seminario che si deve a un'idea brillante di Raffaella De Matteis. Brillante e anche tempestiva: perché fra i temi cruciali dell'odierno diritto dei contratti pochi recano, più del preliminare, il segno dell'attualità.

Ancora persiste, infatti, l'eco della sentenza con cui le Sezioni Unite, giusto un anno fa, hanno superato la risalente quanto ingiustificata ostilità al preliminare di preliminare, che adesso trova opportuna cittadinanza nel sistema.

Con la sentenza n. 4628/2015, la Cassazione recupera all'area della validità prassi negoziali e strumenti dell'autonomia privata che non fanno male a nessuno, e anzi servono molto utilmente soprattutto le dinamiche e le esigenze del mercato immobiliare. Nel medesimo tempo, la sentenza sana una contraddizione sempre più stridente all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità: perché sinceramente non sono mai riuscito a capire come una concezione dell'autonomia privata riduttiva, ingessata e rigida come quella sottesa al rifiuto del preliminare di preliminare potesse conciliarsi con la visione – esattamente opposta – che da oramai da qualche lustro porta la nostra giurisprudenza, e *in primis* quella di Cassazione, a valorizzare (talora perfino con qualche eccesso di enfasi) la nozione di “causa concreta” del contratto. Nozione che non per caso, e in modo del tutto appropriato, fa capolino nella motivazione della recente pronuncia.

Dicendo questo, mi viene da pensare che tutto sommato la storia della giurisprudenza sul contratto preliminare è, in buona misura, storia di *revirement* virtuosi: di svolte orientate ad aprire spazi che in passato si volevano chiusi, a offrire ai soggetti strumenti e possibilità che in precedenza si negavano. Perché la recente, felice novità sul preliminare di preliminari ha precedenti significativi. Penso al supera-

mento della tesi che precludeva al promissario acquirente la possibilità di esperire – nei confronti del preliminare non ancora seguito dal definitivo – i rimedi edilizi, e in particolare il rimedio estimatorio, di fronte alla scoperta di vizi nella cosa promessa in vendita. Penso ancora all'abbattimento dell'ingiusto privilegio accordato alla P.A. da quella vecchia giurisprudenza che impediva al contraente privato di avvalersi del rimedio dell'art. 2932 c.c. nei confronti della parte pubblica inadempiente al preliminare cui pure si era vincolata.

Se questi sviluppi non sono casuali, ma segnano una linea coerente di politica giurisprudenziale, ci aspettiamo a questo punto che la Casazione ci regali un ulteriore *revirement* virtuoso in materia di preliminare, correggendo quella che a me sembra una vera e propria storatura (anche se più concettuale che operativa). Parlo del preliminare con effetti anticipati: che ancora oggi viene ricostruito – in modo che a me sembra un po' ridicolo, ancor prima che sbagliato – come coacervo di un contratto preliminare collegato con un comodato e ulteriormente collegato con un mutuo gratuito. Ma che bisogno, in nome del cielo, c'è di cucire questo buffo vestito addosso a un'operazione di autonomia privata che si presenta di per sé così chiara e lineare e per nulla bisognosa di siffatti orpelli?

Ma mi accorgo che sto rischiando di eccedere il ruolo del sobrio coordinatore dei lavori, al quale vorrei invece attenermi. E dunque senz'altro indugio prego Raffaella De Matteis di svolgere la sua relazione introduttiva.

## PARTE PRIMA



# LA SEQUENZA PRELIMINARE-DEFINITIVO E LA MODULARITÀ DEL VINCOLO NELLE FONTI CONVENZIONALI DELL'OBBLIGO A CONTRARRE

di RAFFAELLA DE MATTEIS

SOMMARIO: 1. Il perché di un incontro sul tema della Contrattazione preliminare. – 2. La prassi contrattuale, gli interventi del legislatore e della giurisprudenza. – 3. Possibili aperture scaturenti da un “confronto di idee”. – 4. Gli accordi preliminari come fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre. – 5. Il preliminare “debole” come chiave di lettura della sequenza “preliminare di preliminare”. – 6. Per concludere... risalendo alle origini del preliminare “non eseguibile in forma specifica”.

## 1. IL PERCHÉ DI UN INCONTRO SUL TEMA DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE

Il presente volume raccoglie diversi saggi sul tema della Contrattazione preliminare, che i singoli autori, a testimonianza di un incontro di studi svoltosi a Genova<sup>1</sup> e nell'aderire alla richiesta di chi lo ha organizzato, hanno consentito a pubblicare congiuntamente in questo contesto come riflessioni scaturite e maturate *per e in* quell'occasione di incontro. Il filo conduttore dei diversi interventi si coglie nella ricerca di un dialogo tra teoria e prassi giudiziaria e si riflette nella progressione dei diversi saggi che, partendo dall'inquadramento teorico del contratto preliminare<sup>2</sup>, si sviluppa attraverso l'analisi di que-

---

<sup>1</sup> L'incontro dal titolo *La contrattazione preliminare* e dal sottotitolo *Inquadramento teorico e questioni nella pratica giudiziaria*, si è svolto a Genova, il 12 febbraio 2016, sotto la presidenza e il coordinamento di Vincenzo Roppo.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione del dibattito delineatosi in cent'anni di storia sul contratto preliminare v. lo scritto di G. PALERMO, *Contratto preliminare e “interesse al differimento”*. *Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione* (ivi, p. 39 ss.), al quale si deve il merito di un nuovo approccio allo studio della contrattazione preliminare che ha condotto a valorizzare, in essa, una tecnica procedimentale, dotata di una certa flessibilità in funzione degli interessi delle parti, e, nel Contratto preliminare, un atto procedimentale puro (negoziato configurativo) in grado di pre-

stioni emerse nella prassi giudiziaria<sup>3</sup>. Questioni che si sono arricchite nel confronto con nuove realtà negoziali che, collocate nell'ambito della contrattazione preliminare in quanto fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre, hanno posto l'interprete di fronte ad un duplice interrogativo: il primo, sul se le "nuove forme giuridiche"<sup>4</sup>, in cui oggi si articola il tradizionale binomio "contratto preliminare-contratto definitivo", impongano di ripensare al contratto preliminare in una nuova prospettiva; il secondo, sul se la sequenza, dal legislatore tipizzata, nella previsione di un definitivo che segue ad un preliminare, possa essere alterata dalle parti introducendo atti che preludono ad una diversa segmentazione dell'operazione giuridica. Il primo interrogativo verte sul contratto preliminare – da sempre raffigurato nell'astrattezza di una forma giuridica che, avulsa dall'operazione economica ad essa sottesa, è stata definita unitariamente nel riferimento esclusivo ad un obbligo a contrarre eseguibile in forma specifica – e sulla incidenza che su quel "modello" di contratto preliminare "puro" hanno avuto le variazioni introdotte, specie nella prassi degli acquisti immobiliari<sup>5</sup>; il secondo interrogativo si colloca sul piano del procedimento di formazione del contratto (*rectius*, dell'operazione economica) e investe il ri-

---

determinare la causa di futuri contegni provenienti dai contraenti (Id., *Contratto preliminare*, Padova, 1991).

<sup>3</sup> Si rinvia ai diversi contributi, offerti al dibattito, in direzione di un Preliminare che, dovendosi confrontare con la legislazione urbanistica e con le questioni che emergono nella pratica giudiziaria, nel settore specifico della contrattazione immobiliare, rivela una parcellizzazione delle regole che sono caratterizzate da discontinuità e frammentazione più che da unità nella disciplina di riferimento: si rinvia agli scritti di A. FUSARO, *Contratto preliminare e regolarità urbanistica degli immobili* (ivi, pp. 89 ss.) e di R. BRACCIALINI, *Casi e questioni nella pratica giudiziaria* (ivi, pp. 133 ss.); di M. CAPECCHI, *L'azione ex art. 2932 c.c.* e di M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova*, (ivi, pp. 148 ss. e pp. 203 ss.).

<sup>4</sup> Cfr. lo scritto di A. LUMINOSO, *Il contratto preliminare, le sue applicazioni e il sistema della circolazione dei diritti* (ivi, pp. 65 ss.), al quale si deve un'interessante indagine condotta sulle tecniche traslative in una chiave di lettura, non solo interna al sistema, che ha condotto l'a. ad attribuire alla sequenza preliminare-definitivo un ruolo di primo piano nell'introduzione, attraverso il preliminare c.d.ad effetti anticipati del definitivo di vendita, di una tecnica traslativa ispirata al modello della dissociazione tra *titulus* e *modus acquirendi* (Id., *I contratti traslativi atipici*, Milano, 2007, 26 ss.).

<sup>5</sup> All'analisi di tale prassi è dedicato il contributo di M. FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale* (ivi, pp. 243 ss.), il quale compie una dettagliata e approfondita disamina dei limiti che l'autonomia negoziale incontra nel configurare procedimenti traslativi mediati da un'obbligazione di trasferire: limiti che secondo l'a. debbono rinvenirsi al di fuori della regola posta dall'art. 1376 c.c. ed, in particolare, nel riferimento al principio causalista, di cui è espressione l'art. 1325, n. 2, c.c., e nel giudizio di meritevolezza (ex art. 1322, comma 2°, c.c.) condotto sugli interessi concretamente perseguiti con detta sequenza dagli stipulanti.

conoscimento dell'autonomia privata<sup>6</sup> e degli eventuali "limiti" che essa incontra allorché si esplica o nella fase di programmazione del contratto definitivo intervenendo nell'ambito della progressione di un preliminare a un definitivo per introdurre ad una sequenza di atti differente da quella tipizzata dal legislatore (*i.e.* per il c.d. preliminare di preliminare)<sup>7</sup> o in quella attuativa dell'operazione economica per incidere sulle sue "modalità" di realizzazione alterando il prodursi degli effetti in chiave procedimentale con evidenti riflessi nella configurazione degli accordi che compongono la sequenza preliminare-definitivo (*i.e.* per il preliminare ad effetti anticipati).

La risposta agli interrogativi posti si colloca lungo due direttrici d'indagine che nell'analisi della dottrina sono state sempre evocate, seppure inizialmente per fornire una rappresentazione del fenomeno giuridico in chiave meramente descrittiva<sup>8</sup>; solo successivamente, nel riconoscimento di un'autonomia privata di tipo procedimentale<sup>9</sup>, per

---

<sup>6</sup> Cfr. V. ROPPO il quale, nella *Presentazione* (v. *supra*), auspica che la giurisprudenza, con i suoi *revirement* virtuosi, superi definitivamente quella concezione "riduttiva, ingessata e rigida" dell'autonomia privata che in passato è stata sottesa al rifiuto del preliminare di preliminare e che ancora oggi sorregge la rappresentazione di un preliminare ad effetti anticipati come «coacervo» di contratti tra loro collegati. Come espressione oggi di un *revirement* "virtuoso" viene letta l'ultima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 4628/2015) sul preliminare di preliminare, posto che con essa si recupera «all'area della validità prassi negoziali e strumenti dell'autonomia privata che non fanno male a nessuno e anzi servono molto utilmente soprattutto le dinamiche e le esigenze del mercato immobiliare».

<sup>7</sup> Per A.M. BENEDETTI, *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale* (ivi, pp. 107 ss.), la sequenza "preliminare di preliminare" introduce a *procedimenti contrattuali atipici* devianti rispetto alla sequenza codificata di un preliminare, che precede esclusivamente un definitivo, dando vita a *nuove figure di accordi procedimentali* che non sono né preliminari né definitivi.

<sup>8</sup> Il rapporto tra preliminare e definitivo è stato inizialmente analizzato nell'ottica del collegamento negoziale per coglierne le dovute implicazioni sul piano della formazione progressiva del contratto (G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pp. 203 ss.); una lettura in chiave procedimentale, proposta nell'ambito della concezione normativa (da S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico in diritto privato*, Milano, 1961, pp. 55 ss.), è stata successivamente sviluppata da A. ALABISO (*Il contratto preliminare*, Milano, 1966, pp. 34 ss.) con riguardo specifico al contratto preliminare.

<sup>9</sup> Da una posizione di chiusura in passato espressa da G. BENEDETTI (in *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 35) a un atteggiamento di attenzione per la prospettiva procedimentale sia nell'analisi della sequenza preliminare-definitivo (G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit.) sia nell'ambito dei procedimenti formativi del contratto (A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle pari*, Torino, 2002, spec. pp. 259 ss.); R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento di formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012) per registrare oggi segnali di decisa apertura emergenti in

coglierne le implicazione sul piano ricostruttivo degli accordi che compongono la sequenza preliminare-definitivo<sup>10</sup>. Il “preliminare di preliminare” e il “preliminare di vendita ad esecuzione anticipata” rappresentano, nello sviluppo teorico, il momento di intersezione dei due interrogativi rispettivamente volti alla individuazione del “che cosa” è oggi il contratto preliminare<sup>11</sup> e del “come” la “tecnica di contrattazione”, racchiusa nella sequenza preliminare-definitivo, abbia inciso nella evoluzione di detta figura negoziale: posto che *con essa* e *tramite essa* si sono introdotte nuove fattispecie negoziali da alcuni intese come mere varianti rispetto al modello tradizionalmente inteso di contratto preliminare<sup>12</sup> da altri come figure negoziali già definitive<sup>13</sup>. La compenetrazione della tecnica traslativa nel tipo contrattuale (definitivo) si avverte massimamente nei casi in cui la sequenza preliminare-definitivo accoglie operazioni economiche soggette alla regio-

---

opere generali dedicate al contratto (da U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, nel *Trattato Cicu-Messineo-Schlesinger*, Milano, 2016, pp. 10 ss.).

<sup>10</sup> G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 125 ss.; ID., *Contratto preliminare e “interesse al differimento”. Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione* (ivi, pp. 43 ss.); A.M. BENEDETTI, *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale* (ivi, pp. 116 ss.); ID., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit.

<sup>11</sup> Interrogativo, che emerge anche dallo scritto di R. BRACCIALINI, *Casi e questioni nella pratica giudiziaria* (ivi, pp. 133 ss.), delineandosi nelle riflessioni che l’a. svolge in un percorso tracciato attraverso l’analisi dei casi più significativi decisi dal Tribunale di Genova: una chiave di lettura che, integrandosi con altre in questo contesto adottate, ben riflette l’impostazione privilegiata, per questo incontro di studio sul tema della contrattazione preliminare, nella ricostruzione delle linee emergenti dal dibattito teorico e nella individuazione delle questioni di maggiore rilievo affrontate nella pratica giudiziaria.

<sup>12</sup> Oggi in dottrina prevale la tendenza a inquadrare le diverse figure negoziali, nate e delineatesi nella prassi delle compravendite immobiliari, nell’ambito della contrattazione preliminare come “varianti” della figura base (V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2° edizione, p. 617) tanto da rilevarsi nell’ambito di opere generali, recentemente acquisite al formante dottrinale, come sia estremamente difficile procedere ad una ricostruzione unitaria del contratto preliminare» (D. POLETTI, *Art. 1351*, nel *Commentario del codice civile, Artt. 1350-1386*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Milano, 2011, pp. 130 ss., spec. 137). Prospetta parimenti una frammentazione della fisionomia unitaria del contratto preliminare per individuare più sottotipi come *varianti morfologiche* del medesimo schema contrattuale, E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell’istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 98.

<sup>13</sup> V. F. GAZZONI, *Il contratto preliminare* (estratto), in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2010, pp. 20 ss. Propende oggi per una ricostruzione del c.d. preliminare ad esecuzione anticipata, non più come variante tipologica o modello di Accordi preliminari (ID., *La compravendita*, Torino, 2011, 7° edizione, spec. p. 410), bensì come “una sorta di vendita obbligatoria atipica”: A. LUMINOSO (*Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti* (§5); ID., *La compravendita*, Torino, 2015, 8° edizione, spec. p. 438).

la consensualistica; in quanto in tali casi, per il tramite dello schema dell'obbligo a contrarre, è possibile incidere nella produzione degli effetti alterando "tempi"<sup>14</sup> e "modalità" di attuazione onde potere svolgere, già nella fase preparatoria all'acquisto definitivo, un controllo sull'operazione economica racchiusa nella sequenza preliminare-definitivo. In una prospettiva di massima attenzione alla fattispecie, che ritengo finisca per svalutare ruolo e funzione della tecnica racchiusa nella sequenza preliminare-definitivo, potrà pure individuarsi nella composizione e integrazione degli atti una "vendita"<sup>15</sup> sul modello della vendita obbligatoria tedesca; in direzione invece di una valorizzazione della tecnica compresa in detta sequenza sarà la forma giuridica dell'Accordo preliminare ad acquisire rilievo in quanto essa, nell'incidere sull'operazione economica attraverso il medio dell'"obbligo a contrarre", le conferisce rilievo in chiave procedimentale (*i.e.*, un procedimento traslativo atipico), in sintonia con quanto espresso dalle parti contraenti nella scelta della contrattazione preliminare piuttosto che di quella definitiva.

## 2. LA PRASSI CONTRATTUALE, GLI INTERVENTI DEL LEGISLATORE E DELLA GIURISPRUDENZA

È da tempo oramai che l'autonomia privata, attraverso un certo impiego della sequenza preliminare-definitivo e (con essa) dello schema giuridico dell'obbligo a contrarre, ha dato vita ad accordi che operano sul piano procedimentale: indicando (a) "procedimenti di formazione" dell'operazione economica "altri" rispetto a quelli tipizzati nella tradizionale sequenza di un definitivo ad un preliminare (*i.e.* il c.d. preliminare di preliminare), (b) "tecniche traslative" che vanno a incidere sul tipo contrattuale, racchiuso nel contratto definitivo (*i.e.* il preliminare di vendita c.d. ad esecuzione (integrale) anticipata), sot-

---

<sup>14</sup> Mi sia consentito rinviare a R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, in *Contratto e mercato*, II, *Liber amicorum* per A. Luminoso, Milano, 2013, pp. 621 ss., ove nel confronto con diverse esperienze dell'Europa continentale, pervenni a rilevare come, con particolare riguardo alle operazioni concernenti le vendite di immobili da costruire, ispirate a tecniche di differimento dell'effetto traslativo differenti, sia possibile individuare un comune denominatore nella tendenza alla c.d. "procedimentalizzazione" della vicenda traslativa.

<sup>15</sup> F. GAZZONI, *Il contratto preliminare* (estratto), cit., p. 20; A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti* (*ivi*, p. 76) ove il riferimento ad una «sorta di vendita obbligatoria atipica» sul modello di quella tedesca.

traendolo alla vigenza della regola del consenso traslativo<sup>16</sup>.

Se le parti hanno interesse ad un allungamento dei tempi di formazione del contratto possono, nella fase di programmazione, dare vita ad accordi che, esprimendo un impegno già vincolante, intervengono per segmentare ulteriormente la fase di preparazione al contratto: antepoendo, per esempio, un accordo preliminare “debole” ad un “preliminare forte” che, come fonti convenzionali dell’obbligo a contrarre, si differenziano tra di loro sul piano della tutela rimediabile. Se le parti hanno interesse ad un’attuazione frazionata dell’assetto di interessi già nella fase obbligatoria (in quella cioè che è anche di programmazione dell’accordo definitivo), per soddisfare esigenze di controllo delle sopravvenienze e di regolarità degli adempimenti nelle operazioni soggette alla regola consensualistica, possono stipulare accordi “preliminari” che, attraverso la scissione tra *titulus adquirendi* e *modus adquirendi*, vanno ad incidere nel procedimento di formazione del consenso traslativo sottraendolo alla vigenza della regola consensualistica (art. 2932, 2° comma, c.c.)<sup>17</sup>: accordi preliminari già in gra-

---

<sup>16</sup> Cfr. R. DE MATTEIS (*La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, Padova, 1991), ove all’epoca rilevai come le origini di siffatta tecnica traslativa fossero da rinvenire nella promessa di vendita, già diffusa in giurisprudenza nel periodo antecedente al codice civile e da essa successivamente acquisita entro lo schema contrattuale dell’obbligo a contrarre per il tramite della formula (meramente descrittiva) della c.d. anticipazione degli effetti del definitivo di vendita. Per tale via si introdusse una deroga “mascherata” alla regola del consenso traslativo che all’epoca, in quanto espressione di un principio d’ordine pubblico, veniva considerata inderogabile. Al di là della condivisione o meno di siffatta ipotesi ricostruttiva (ma v. M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la ‘realità’. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, *passim*, spec. pp. 252 ss.), oggi la dottrina – nel prendere atto dell’ammissibilità di tecniche traslative in deroga alla regola del consenso traslativo (oramai non più considerata espressione di un principio inderogabile) – tende ad attribuire un ruolo di primo piano nella loro diffusione alla sequenza preliminare-definitiva. In quanto tecnica procedimentale che, a seconda delle opzioni teoriche, introduce ad Accordi integranti ipotesi di “Vendite obbligatorie atipiche” sul modello della vendita tedesca (A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, *ivi*, pp. 65 ss., spec. p. 76) ovvero ad Accordi preliminari costituenti delle “varianti” rispetto al modello di *Contratto preliminare* diffusosi e acquisito al formante giurisprudenziale (R. DE MATTEIS, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 312 ss.).

<sup>17</sup> Sull’ammissibilità di una deroga al principio consensualistico in quanto principio che, esprimendo una scelta politico-culturale dell’epoca, non può essere considerato di ordine pubblico, v. C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995, p. 26; *Id.*, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, p. 97; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 484-485; A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 48; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, pp. 61 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 2002, p. 169 ss.; C. CAMARDI, *Princi-*

do di dare attuazione alle prestazioni, conformando l'assetto di interessi in chiave procedimentale in vista dell'atto definitivo che sancirà il solo effetto traslativo. Emerge un quadro alquanto articolato in cui le diverse realtà negoziali, che lo stesso schema del contratto preliminare sembra sottendere, richiede di essere rivisitato in una dimensione dinamica che sola consente di sciogliere il tradizionale binomio "contratto preliminare-contratto definitivo" in libere forme<sup>18</sup> accentuando il profilo procedimentale<sup>19</sup> della vicenda traslativa in esse racchiusa.

Un banco di prova interessante, per l'analisi di tali forme giuridiche a valenza procedimentale, è costituito dal settore degli acquisti di immobili da costruire; in questi casi la prassi tende ad allontanarsi dagli schemi tradizionali offerti dalla contrattazione definitiva per privilegiare il ricorso alla contrattazione preliminare per una regolamentazione in chiave procedimentale della vicenda traslativa<sup>20</sup>. Da

---

*pio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, cit. *I diversi modelli*, in *Contratto e Impresa*, 1999, pp. 572 ss., spec. p. 600; G. D'AMICO, *Contratto di compravendita, effetto traslativo e problemi di armonizzazione*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, pp. 517 ss.; Id., *La compravendita*, I, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, pp. 228 ss. Per una approfondita e dettagliata analisi sul tema si rinvia allo scritto di M. FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale* (ivi, pp. 243 ss.).

<sup>18</sup> In continuità con la felice intuizione di G. PALERMO, *Contratto preliminare e "interesse al differimento"*. *Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione* (ivi, pp. 55 ss.).

<sup>19</sup> Verso il riconoscimento del contratto preliminare come fonte nel contempo di effetti procedurali e di effetti sostantivi da valutarsi nei confronti dell'operazione economica unitariamente intesa piuttosto che in funzione esclusiva della conclusione del contratto definitivo, v. *infra* ai §§ 4-5.

<sup>20</sup> Il delinearci di un modello procedimentale comune per gli acquisti di immobili da costruire – caratterizzato dal differimento dell'effetto traslativo rispetto agli (altri) atti di adempimento dello scambio economico (cessione del terreno edificando/pagamento del prezzo suddiviso in *tranches*/consegna bene) da compiersi nel corso del rapporto – accomuna diversi sistemi sempre appartenenti all'area dell'Europa continentale. L'elemento di diversità è costituito dal meccanismo di produzione dell'effetto reale: in esso si riflettono le divergenze tra sistemi improntati o meno alla vigenza del principio consensualistico, e ancora all'interno di questi ultimi (accomunati nell'ossequio a tale principio) tra quelli che hanno accreditato il contratto preliminare di vendita (*rectius*, la promessa di vendita, come accordo che obbliga a trasferire) al sistema codicistico e quelli che invece gli hanno negato riconoscimento all'insegna di una promessa di vendita che vale vendita. Così in Germania – certamente favoriti dalla tradizionale configurazione della vendita come contratto ad effetti obbligatori che necessita di un successivo consenso al trasferimento della proprietà del bene immobile (la c.d. *Auflassung*) – è stata l'autonomia privata a dare vita a forme atipiche (il c.d. *Bauträgervertrag*, in esso individuando il contratto che il costruttore stipula con gli acquirenti di immobili da costruire) in cui il prodursi dell'effetto traslativo è posticipato rispetto

siffatta regolamentazione emerge il rilievo di un'operazione economico-giuridica da attuare attraverso una pluralità di atti che, solo se considerati in una prospettiva procedimentale di reciproca integrazione, consentono di attribuire all'operazione programmata rilevanza unitaria pur nella sua frammentazione in tre distinte fasi. Si parte da una fase iniziale di programmazione che prende il via con la stipulazione di un contratto preliminare al quale sono riconducibili effetti sul piano obbligatorio; per trascorrere ad una fase intermedia, in cui si inseriscono atti di adempimento degli obblighi assunti – da quelli di pagamento del prezzo (nel caso di operazioni di vendita) a quelli (negoziali) di trasferimento di diritti su beni (nel caso di operazioni di permuta per la cui realizzazione è necessario procedere alla cessione del terreno, sul quale dovrà edificarsi); per giungere ad una fase finale nella quale, a conclusione dell'*iter* procedimentale programmato, si inserisce il c.d. contratto definitivo (denominato contratto di vendita o di permuta di bene presente con bene futuro) che sancisce l'acquisto in proprietà dell'immobile che, a costruzione ultimata e prezzo pagato (o terreno ceduto), viene trasferito in capo all'acquirente o permutante. Una simile programmazione dell'assetto di interessi nelle contrattazioni immobiliari, relative ad immobili da costruire, risponde a ben precise esigenze degli stipulanti: da un lato l'esigenza del costruttore di ricevere finanziamenti (senza interessi) nella forma di anticipi sul prezzo o, nel caso di permuta, di acquisire la proprietà del terreno sul quale costruire (anche per potere chiedere i permessi necessari), mantenendo a garanzia del pagamento la proprietà sull'immobile stesso (o acquisendola per accessione); dall'altro lato l'esigenza dell'acquirente di rateizzare il prezzo (o la somma dovuta in conguaglio) programmandone il pagamento in relazione ai diversi livelli di avanzamento dei lavori. Esigenze che, nel ricorso alla sequenza preliminare-definitivo, attribuiscono al promissario acquirente la possibilità di svolgere un controllo *in itinere* sullo stato del bene (alla luce anche di eventuali sopravvenienze giuridicamente rilevanti) e sulla sua conformità al modello pattizio e legale: in modo tale che, se si riscontra una dif-

---

alla prestazione di pagamento del prezzo. Diversamente in Francia dove, essendo i trasferimenti immobiliari soggetti al principio consensualistico, è stato il legislatore a dovere intervenire sulle "forme giuridiche, per dare ingresso e legittimazione a simili procedimenti" conformandole in modo tale da "amministrare" la vicenda traslativa in linea con la regola del consenso traslativo. In Italia, dove a differenza della Francia, il preliminare di vendita ha acquisito al suo interno la promessa di vendita, disconoscendo la regola *Promesse de vente vaut vente* consacrata nell'art. 1589 *code Nap.*, è stata invece la prassi (e solo successivamente il legislatore) ad accreditare, nel ricorso al preliminare e al meccanismo c.d. di anticipazione degli effetti del definitivo, una tecnica traslativa di tipo procedimentale in grado di attuare la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

formità, egli possa giovarsi, anche, di rimedi di segno positivo (riduzione del prezzo/azione di esatto adempimento)<sup>21</sup> da esperire sia nel corso del rapporto preliminare, sia contestualmente alla domanda di esecuzione in forma specifica (*ex art. 2932 c.c.*). Nell'analisi dei diversi procedimenti di scambio, aventi ad oggetto beni immobili da costruire, la sequenza preliminare/definitivo potrà assumere differente articolazione conferendo rilievo a varie figure di accordi preliminari che si collocano tra due poli: da un preliminare di atto causalmente autonomo (*di vendita di cosa futura o di permuta di bene presente con bene futuro*) ad un preliminare di atto "definitivo" di mero trasferimento (*procedimento di vendita*) o di più atti "definitivi" di mero trasferimento (*procedimento di permuta*). L'elemento comune che funge da *trait d'union* per tali contratti è dunque un'operazione economica che si qualifica, al di là delle diverse opzioni prospettate, come operazione di scambio con causa traslativa: posto che, per connotare tale operazione sotto il profilo funzionale, viene conferito rilievo, nell'ambito della sequenza preliminare/definitivo, al nesso di interdipendenza che si instaura tra "il trasferimento non immediato della proprietà dell'immobile da costruire" e "l'obbligazione di pagamento del prezzo" del bene (da adempiersi nel corso dei lavori di costruzione).

E nel riferimento ad un'operazione economica unitaria si ricomponе quell'alternativa che il legislatore moderno ha inteso introdurre nell'ambito di una legge (d.lgs. n. 122/2005), non a caso volta a regolamentare gli acquisti di immobili da costruire (sotto il profilo delle tutele spettanti agli acquirenti<sup>22</sup>), tra tecniche contrattuali diverse ma tutte parimenti proiettate al differimento dell'effetto traslativo<sup>23</sup>. Una

---

<sup>21</sup> Cfr. da ultimo Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, Cass., 15 febbraio 2007, n. 33 e Cass. 16 febbraio 2007, n. 3644 (tutte in *De Jure Giuffrè*) ove si ammette che il promissario acquirente, anche nei confronti del promittente venditore non costruttore del bene, possa chiedere l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo (non sottoposta ai termini di decadenza e prescrizione dell'*actio quanti minoris*).

<sup>22</sup> Si tratta di una tutela dell'acquirente di immobili da costruire di tipo esclusivamente "recuperatorio" in quanto prevista in funzione della restituzione delle somme dallo stesso pagate a titolo di prezzo e con un raggio di operatività alquanto limitato in quanto destinata ad operare a fronte di "situazioni di crisi". Rimangono fuori dalla sua copertura sia le ipotesi di inadempimento da parte del costruttore dell'obbligazione di costruire l'immobile sia quelle di inesatta o difettosa realizzazione dell'immobile, e ciò costituisce certamente un limite nell'obiettivo di introdurre una tutela rafforzata dell'acquirente di immobili in corso di costruzione.

<sup>23</sup> Il legislatore, pur riferendosi nel contesto del d.lgs. n. 122/2005 a diversi schemi contrattuali in grado di disporre i trasferimenti di immobili da costruire, ha sostanzialmente inteso disciplinare, come strumento contrattuale d'elezione, la sequenza preliminare-definitivo e non ritengo del tutto casuale che, in tale disciplina, il c.d. "atto definitivo" venga sovente equiparato ad un "atto di trasferimento" più che ad una "vendita" (v. il testo originario dell'art. 3, comma 7°, come ri-

contrapposizione dal legislatore instaurata tra contratti “definitivi” – che semplicemente differiscono nel tempo l’effetto traslativo avendo in sé, sotto il profilo funzionale, già racchiusa la causa di scambio che contrassegna l’operazione economica nella sua interezza (vendita a rate e di cosa futura; permuta di bene presente con cosa futura; permuta mista ad appalto; *datio in solutum* ad effetti traslativi e transazioni aventi per oggetto il trasferimento di immobili da costruire) – e contratti “preliminari” che invece, nel differire l’effetto traslativo al compimento di un successivo atto negoziale di trasferimento o di più atti di “trasferimento” (c.d. contratti definitivi), richiedono per potere essere accomunati ai primi (sotto il profilo delle tutele riservata agli acquirenti), che l’operazione economica acquisti rilievo unitario sotto il profilo funzionale. E nel nesso di interdipendenza che il legislatore ha instaurato, nell’attenzione riservata alla sequenza preliminare-definitivo in funzione degli acquisti di immobili da costruire, tra le obbligazioni di “trasferimento (non immediato) della proprietà dell’immobile da costruire” e “di pagamento del prezzo” del bene (da adempiersi nel corso dei lavori di costruzione) è dato cogliere il rilievo unitario dell’operazione economica.

Dal “preliminare di preliminare” al “preliminare c.d.ad effetti anticipati”, nelle diverse articolazioni e combinazioni sussumibili in tale formula, dal “preliminare debole” (perché passibile del solo rimedio del risarcimento del danno) al preliminare “forte” (perché non eseguibile in forma specifica), dal “preliminare di edifici in corso di costruzione” al “preliminare per l’acquisto della prima casa” si ricompongono, sotto l’ombrello della sequenza preliminare-definitivo, figure varie e articolate che mirano a conformare l’operazione economica, nella sua unitaria rilevanza, all’assetto di interessi voluto dalle parti. Ed il legislatore moderno, lungo la linea conduttrice di sviluppo normativo già avviata nel ’42 rispondendo all’esigenza storicamente avvertita di non intervenire sulla fonte degli obblighi a contrarre se non per disciplinare i rimedi conseguenti all’inadempimento<sup>24</sup>, ha acquisito al sistema quei modelli di accordi preliminari, delineatisi nella prassi degli acquisti immobiliari, e per essi ha predisposto incisivi

---

sultante dalla Relazione illustrativa che accompagna il decreto; e l’art. 10, nel riferimento agli “atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà...”).

<sup>24</sup>In continuità con il disposto dall’art. 2932, che disciplina il rimedio dell’esecuzione in forma specifica dell’obbligo a contrarre, per una tutela del promissario acquirente opponibile a terzi, il legislatore moderno ha introdotto, con l’art. 2645-bis, la regola della trascrivibilità per i soli contratti preliminari di contratti ad effetti reali, specificamente regolamentando con l’art. 2775-bis la costituzione di un privilegio speciale a garanzia dei crediti di restituzione del prezzo (art. 2932, comma 2°, c.c.).

strumenti di tutela<sup>25</sup>. In ciò abbandonando l'idea, coltivata negli anni '70 di una disciplina delle forme giuridiche (v. Progetto di legge del 22 novembre 1972 n. 589), per seguire invece quella di un adeguamento degli strumenti e delle tecniche di protezione a forme contrattuali, già forgiate dall'autonomia privata, in relazione alle quali nella prassi degli acquisti si erano delineate situazioni di estrema debolezza dell'acquirente (fallimento del costruttore/venditore; inadempimenti del promittente venditore). In questa direzione nei diversi interventi, che si sono succeduti nel tempo, si legge una decisa conferma dell'appartenenza di tali accordi all'area della contrattazione preliminare e nel contempo una esigenza di differenziazione tra "Contratti preliminari" volta a far sì che tutele e strumenti di protezione siano forgiati e modellati in base al livello di attuazione dell'operazione economica. Ne sono conferma sia l'art. 2645-*bis* c.c. con il quale si è conferito rilievo autonomo, tra i "Contratti preliminari" trascrivibili<sup>26</sup>, al "Preliminare avente ad oggetto porzioni di edificio da costruire" in quanto schema procedimentale in grado di graduare nel tempo la vicenda traslativa dando corso immediato agli adempimenti relativi al pagamento del prezzo (v. art. 2775-*bis*, relativo alla costituzione di un privilegio spe-

---

<sup>25</sup> Così è stato per i) il "*preliminare di vendita (trascritto) con pagamento (anticipato) del prezzo*" in relazione al quale il legislatore ha previsto la costituzione di un *privilegio speciale* sull'immobile oggetto del preliminare (art. 2775-*bis* c.c.) al fine di recuperare le somme già versate in conto prezzo; ii) il "*preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile da costruire*" (d.lg. n. 122/2005) nella previsione di una *garanzia fideiussoria* (per il recupero dei pagamenti fatti in conto prezzo) escutibile dal promissario acquirente a condizione che lo scioglimento del preliminare, facendo venire meno il rapporto di sinallagmaticità tra attribuzione traslativa e prestazione pecuniaria, converta in debito restitutorio del promittente venditore quanto dallo stesso ricevuto come corrispettivo; iii) il "*preliminare con consegna (anticipata) del bene*" per il quale si è introdotto uno *strumento di tutela di tipo "acquisitivo"* fondandone il riconoscimento in favore di chi (promissario acquirente), avendo ricevuto in "consegna" la casa (ex art. 9 d.lgs. n. 122/2005) prima del trasferimento in proprietà, l'avesse già "destinata" ad uso abitativo per sé o parenti e affini entro un certo grado; iv) il "*preliminare concluso a giusto prezzo*", per il quale è stata introdotta una *esenzione dalla revocatoria fallimentare* (ex art. 67 l. fall. come modificato dal d.lgs. n. 169/2007) ogniquale volta esso rifletta un "giusto" equilibrio tra le contrapposte obbligazioni, di trasferimento della proprietà del bene e di obbligazione di pagamento del prezzo.

<sup>26</sup> Nel confronto tra l'art. 1351 c.c., intitolato al "*Contratto preliminare*", e l'art. 2645-*bis*, intitolato alla "*Trascrizione di Contratti preliminari*", emergono segnali di un sicuro cambiamento: se si tratti di un cambiamento meramente terminologico da intendere come declinazione al plurale di un sostantivo ovvero sia espressivo dell'esigenza conferire rilievo ad Accordi preliminari, come varianti del contratto preliminare, emergerà nell'evoluzione delle prassi contrattuali e nel modo in cui verranno recepiti nel diritto vivente dei contratti decretarlo (in tale direzione v. R. DE MATTEIS, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, cit., pp. 312 ss.; ID., *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, cit., pp. 621 ss.).

ziale sull'immobile a garanzia della restituzione delle somme già versate a titolo di pagamento del prezzo sulla base del preliminare); sia l'art. 6 del d.lgs. n. 122 del 2005 con il quale si acquisisce al sistema un contratto preliminare – già fonte di un obbligo di “trasferimento non immediato della proprietà” (nel correlato disposto con l'art. 2 del d.lgs. n. 122 del 2005) e di un'obbligazione di pagamento del prezzo (art. 6, lett. f) del d.lgs. n. 122 del 2005) – per il quale si impone una precisa e dettagliata determinazione dell'oggetto del contratto (dell'attribuzione traslativa e di quella pecuniaria) prescrivendo requisiti di forma che si riflettono sul regolamento contrattuale e quindi sul contenuto dell'accordo<sup>27</sup>.

A fronte dunque di tale tendenza, espressa a livello legislativo, verso una differenziazione tra accordi preliminari, la giurisprudenza solo recentemente ha mostrato una certa apertura in tale direzione; mentre in passato ha sempre privilegiato una configurazione unitaria predicandone unitarietà di disciplina<sup>28</sup> anche a fronte del preliminare c.d. complesso. Il preliminare di vendita c.d. ad effetti anticipati venne inizialmente configurato dagli stessi giudici come “un vero e proprio contratto atipico, ove il consenso al trasferimento si pone come atto conclusivo a carattere analogo a quello dei negozi di trasferimento che hanno causa *aliunde*”<sup>29</sup>, successivamente con la pronuncia della Cassazione, resa a Sezioni Unite verso la metà degli '80, venne inve-

---

<sup>27</sup> Si rinvia per maggiori approfondimenti sul punto a R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, cit. spec. pp. 630 ss.

<sup>28</sup> A partire da Cass., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, II, 1630 – che ha spianato la via al riconoscimento di una tutela ampliata per il promissario acquirente verso rimedi di segno positivo (come l'azione di riduzione del prezzo e l'azione di esatto adempimento) – si è delineato un orientamento giurisprudenziale costante nel riconoscere tale tutela in tutti i casi di preliminare eseguibile in forma specifica: una tutela coesistente con quella offerta dalla sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre e ammessa per tutti i tipi di preliminare “puro” o “complesso”. Un tale orientamento si è inevitabilmente riflesso nella valorizzazione del ruolo del preliminare c.d. puro che ha condotto a potenziare in esso l'impegno traslativo, assunto dal promittente venditore, e conseguentemente a valorizzare il ruolo di detto impegno in direzione di una operazione economica unitariamente concepita e disciplinata (cfr. Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, in *Foro it.*, 2002, I, 1423 a Cass. 14 gennaio 2010, n. 477, cit., ove si legge che l'obbligo assunto in preliminare da mero obbligo a contrarre si è trasformato oggi in «*obbligo di svolgere tutte le attività necessarie per assicurare il rispetto del rapporto economico di scambio previsto nel preliminare... in conformità dei principi di correttezza e buona fede*»); in chiave di unitarietà dell'operazione economica compresa nella sequenza preliminare-definitivo, si esprime anche Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, (in *Giur. it.*, 2009, 5, p. 1160, con nota di F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*).

<sup>29</sup> Si tratta di un passo ripreso da Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, c. 177 e svolto *incidenter tantum* nel corso della motivazione.

ce parificato al preliminare c.d. puro e nel riconoscimento per entrambi di una tutela ampliata all'azione di riduzione del prezzo, acquisì rilievo "come un comune contratto di vendita caratterizzato solo da una particolare disciplina del trasferimento del diritto venduto"<sup>30</sup>. In prosieguo di tempo furono sempre le Sezioni unite della Cassazione<sup>31</sup> a confermare l'appartenenza del preliminare di vendita ad effetti c.d. anticipati all'area della contrattazione preliminare (e non definitiva), e ciò avvenne nel ricorso al collegamento negoziale tra preliminare e altri schemi contrattuali (mutuo/comodato) in grado di giustificare il sorgere, in capo alle parti contraenti in preliminare, di obbligazioni "ulteriori" rispetto a quella principale "di contrarre": un'operazione di incasellamento che, nel mascherare il vero significato dell'operazione economica sottesa alla sequenza preliminare-definitivo, è valso però a confermare che il definitivo, in tale sequenza di atti, rimane "vendita" senza ridursi ad un "atto di mero trasferimento", neanche a fronte di un preliminare che, in collegamento con un altro schema contrattuale, obbliga al pagamento del prezzo (*rectius*, "a consegnare una determinata quantità di denaro" *ex art. 1813 c.c.*). Una spiegazione dunque dell'operazione giuridica che non solo ha allontanato dal rischio di dovere riconoscere che, attraverso la sequenza preliminare-definitivo, fosse stata introdotta nel sistema una tecnica traslativa "alternativa" a quella retta dalla regola consensualistica<sup>32</sup>, ma ha sortito anche l'ulteriore effetto di confermare il contratto preliminare, nell'ambito della sequenza, come figura unitaria e centrale

---

<sup>30</sup> Enunciato, tratto da Cass., 14 febbraio 1986, n. 1741, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 673, spec. c. 700, ove si inserisce *obiter* nel corso del motivare, e che trova pieno riscontro in quella giurisprudenza che sostiene l'"applicazione integrale della disciplina dettata dal codice per la garanzia per i vizi della cosa venduta" anche al preliminare di vendita: cfr. Cass., 7 aprile 1986, n. 2398, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 674; Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corriere giur.*, 1997, p. 48; esemplare in tal senso l'argomentare di Cass. 24 novembre 1994, n.9991, in *Corriere giur.*, 1995, p. 839.

<sup>31</sup> Il riferimento va a Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, con nota di S. PATTI, *Consegna anticipata del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 284.

<sup>32</sup> Tant'è che all'indomani dell'intervento delle Sezioni Unite, con Cass., 27 marzo 2010, n. 4863, cit., i giudici di legittimità rilanciano la configurabilità di un preliminare con "obbligazioni aggiuntive", per allontanare il rischio, paventato dalle Sezioni unite, che dietro un tale riconoscimento si possa celare l'introduzione nel sistema di un tecnica traslativa in deroga alla regola consensualistica e al principio della causalità delle attribuzioni: viene infatti rilevato come, nel riconoscimento di un preliminare "complesso", la consegna del bene e l'anticipato pagamento del prezzo «possono anche trovare giustificazione causale in una clausola atipica apposta al preliminare introduttiva di obbligazioni aggiuntive (...) senza che ciò significhi riproposizione della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*» in quanto «è pur sempre il contratto definitivo, espressione di autonomia negoziale e non mero atto dovuto *solvendi causa*, a produrre l'effetto traslativo reale»

di riferimento per qualsiasi accordo fondato sull'obbligo a contrarre. Diversamente oggi, in una decisa inversione di tendenza, le Sezioni Unite abbandonano la lettura della sequenza preliminare-definitivo in chiave di collegamento negoziale per accreditare quella in chiave procedimentale<sup>33</sup> e con essa conferire rilievo all'interno di detta sequenza a «figure atipiche di contratto preliminare»<sup>34</sup> se non ad «accordi preliminari» come «momenti di una sequenza procedimentale diretta alla realizzazione di un'operazione unitaria»<sup>35</sup>. Una giurisprudenza dunque che oggi parrebbe rivelarsi incline a differenziare piuttosto che a omologare tra loro i diversi tipi di accordi preliminari, e che pone l'interprete inevitabilmente di fronte all'interrogativo di fondo, sul se si debba ripensare al Contratto preliminare nel più ampio quadro delle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre. Fonti convenzionali che, essendo state disciplinate nel codice civile sotto il limitato profilo della tutela rimediabile prevista per l'inadempimento dell'obbligo a contrarre, rinvengono nell'art. 2932 c.c. il loro referente normativo che vale a definire presupposti e condizioni di ammissibilità della tutela in forma specifica dell'obbligo a contrarre, non senza introdurre distinzioni correlate ai possibili impieghi (in chiave procedimentale)

---

<sup>33</sup> Tendenza espressa nell'accreditare l'idea di una "procedimentalizzazione delle diverse fasi contrattuali" di un'operazione economica onde adeguarla al perseguimento degli interessi delle parti stipulanti: v. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628 (pubblicata in *Giur. it.*, 2015, I, 1069 con note di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini* e di G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*; e in *Dir. civ. con.* 11 maggio 2015, con nota di A.M. BENEDETTI, *Autonomia dei procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*).

<sup>34</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 37, che in continuità con il passaggio tratto dal motivare di Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505 (in *Corr. giur.*, 2004, p. 1451), prende atto del superamento della concezione del preliminare, come fonte dell'obbligazione di concludere un contratto, in quanto contratto in cui «l'effetto traslativo è già in esso potenzialmente incapsulato e garantito dal potente meccanismo giuridico della sentenza, ex art. 2932 c.c. e della trascrizione della domanda giudiziale ad essa mirante». I casi, esaminati dalle due pronunce, riguardano entrambi un *preliminare di permuta di bene presente con bene futuro* e la questione prospettata –relativa alla opponibilità al promissario acquirente, che abbia trascritto la domanda giudiziale prima della dichiarazione di Fallimento, della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare, ha trovato in esse identica soluzione» (v. Cass. n. 18131/2015 conforma a Cass., Sez. Un. n. 12505/2004). La lettura della *ratio decidendi* non può essere avulsa dall'analisi della fattispecie concreta sulla cui base essa è stata formulata: in entrambi i casi la fattispecie verte su un preliminare «già integralmente eseguito, sia pure rispetto ad uno solo dei contraenti» anche se ancora in attesa della stipulazione del definitivo di permuta. Nel caso meno recente la parziale esecuzione è riconducibile al trasferimento del terreno in permuta, in quello più recente, al pagamento integrale del prezzo eseguito ben nove anni prima della dichiarazione di Fallimento e della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto.

della sequenza preliminare-definitivo. In tale direzione depongono sia il primo comma dell'art. 2932 c.c. che rinvia alla volontà delle parti per sorreggere un accordo preliminare non eseguibile in forma specifica sia il secondo comma nel rilievo conferito a quell'accordo preliminare in cui il pagamento del prezzo è già esigibile al momento della proposizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*

In questa angolazione d'analisi il Contratto preliminare potrà acquisire rilievo come “una”, ma non “l'unica”, delle diverse “forme giuridiche” in cui l'autonomia privata può esprimersi allorquando intende adottare la sequenza preliminare-definitivo per dare ingresso ad un'operazione giuridica in cui gli effetti finali sono mediati da una fase iniziale puramente obbligatoria: è nell'art. 2932 c.c., nel rilievo in tale norma riconosciuto all'autonomia privata, che è possibile leggere un'apertura verso Accordi preliminari che, pur rappresentando delle varianti rispetto al modello tradizionale di Contratto preliminare, rientrano parimenti nel novero delle *fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre*.

Alla dottrina certo il compito di interpretare e inquadrare tali Accordi<sup>36</sup> che, emersi nella prassi della contrattazione preliminare, attendono di essere inquadrati: in un approccio meramente descrittivo si potrà fotografare l'esistenza di un ampio *genus* di accordi preliminari che obbligano a contrarre all'interno del quale collocare – in piena autonomia dal Contratto preliminare e dalla disciplina per esso prevista dal codice civile – le varie figure negoziali “in cerca di una diversa disciplina”<sup>37</sup>; in un approccio, non certo incline a costruzioni geometriche<sup>38</sup>, quanto a scoprire le potenzialità di una tecnica di contrattazione in grado di introdurre nel sistema nuove forme di *contrahere*, l'esigenza di verificare il limite di compatibilità della disciplina codicistica, prevista per l'inadempimento dell'obbligo a contrarre, con le nuove figure negoziali emerse nell'ambito della contrattazione preliminare<sup>39</sup>. In ciò prendendo atto della elasticità e neutralità della “forma giuridica”, che accoglie le fonti convenzionali dell'obbligo a

---

<sup>36</sup> Non a caso V. CARBONE intitola la sua nota di commento a Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 614.

<sup>37</sup> In tali termini mi sembra possano essere intese le conclusioni cui perviene G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 40, in partic. pp. 62-63.

<sup>38</sup> Costruzione geometrica, erroneamente intesa come tale da G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., spec. p. 62 nt. 59, interpretando gli Accordi preliminari, costituenti varianti della figura base tradizionalmente riconosciuta nel Contratto Preliminare, come «sottospecie» del *genus* «contratto preliminare».

<sup>39</sup> Mi sia consentito rinviare a R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, cit., pp. 125 ss.

contrarre, posto che l'impegno assunto dai contraenti, in chiave di obbligo a contrarre, potrà presentarsi – nel rispetto del contenuto minimo necessario perché esso acquisti rilevanza giuridica – con differenti livelli di definizione: nella neutralità della forma giuridica, che accoglie tale schema, prende corpo uno strumento in grado di modulare la produzione degli effetti sia in chiave di formazione progressiva del contratto sia in chiave di attuazione frazionata dell'assetto di interessi diviso.

### 3. POSSIBILI APERTURE SCATURENTI DA UN "CONFRONTO DI IDEE"

Se è possibile, come ritengo e come sembra emergere dal "confronto di idee" avviato con questo incontro e attestato dai saggi in questo volume raccolti, guardare alle nuove figure di accordi preliminari attraverso la chiave di lettura offerta dalla tecnica contrattuale compresa nella sequenza preliminare-definitivo, si potrà ampliare lo sguardo "oltre" il contratto preliminare (tradizionalmente inteso) e guardare alle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre "liberi" dai condizionamenti del passato: in una nuova prospettiva che spezzi il nesso storicamente instaurato tra un accordo preliminare, concepito in chiave esclusivamente preparatoria (di), e un contratto definitivo, inteso come tale, solo se da esso "strutturalmente" e "funzionalmente" autonomo.

Nel riconoscimento di un'autonomia privata libera dalle "ingessature" del passato che vale a recuperare all'area della validità prassi negoziali e strumenti, funzionali alle esigenze del mercato immobiliare e in linea con le sue dinamiche<sup>40</sup>, convergono diverse opinioni espresse nel corso del dibattito. Sia coloro che, nell'angolazione privilegiata di analisi delle tecniche traslative<sup>41</sup>, riconoscono alla sequenza preliminare-definitivo un posto di primo piano come tecnica che con-

---

<sup>40</sup> Per riprendere le parole felicemente usate da V. ROPPO nella *Presentazione* del Seminario (*ivi*, XIII).

<sup>41</sup> Nella evoluzione degli studi condotti "sulla contrattazione preliminare" da tempo era stato ipotizzato che con la sequenza preliminare-definitivo si potesse dare vita a procedimenti traslativi che ripropongono la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* (R. LENER, *Contratto preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, cit., pp. 38 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 410; Id., *I contratti traslativi atipici*, cit., p. 26 ss.); nella evoluzione degli studi condotti "sulla causa" si è approdati al riconoscimento della esistenza nel nostro sistema di tecniche traslative contrattuali diversamente ispirate o alla regola consensualistica o al principio della scissione tra *titulus* e *modus* (E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit.).

sente, nel riferimento ad un'operazione economico-giuridico unitariamente intesa, di «segmentare il procedimento traslativo allo scopo di realizzare interessi e obiettivi non raggiungibili mediante il puro e semplice contratto ad effetti reali»<sup>42</sup>; sia coloro che, nella differente angolazione di studio dell'autonomia privata procedimentale, conferiscono rilievo alla sequenza preliminare-definitivo “in ragione” e “in funzione” di un'operazione economica da realizzare, nella sua unitaria configurazione, attraverso atti a duplice valenza “procedimentale” e “sostantiva”<sup>43</sup>. Nei differenti approcci al tema dell'autonomia privata si perviene dunque alla conclusione che nel nostro sistema, tramite un certo impiego della sequenza preliminare-definitivo<sup>44</sup>, sia stato introdotto un modello di circolazione dei diritti che, in alternativa a quello retto dalla regola consensualistica, si ispira alla scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*; un modello che si è imposto, in deroga alla regola espressa dall'art. 1376<sup>45</sup>, per meglio rispondere alle esigenze, sentite nella prassi degli acquisti immobiliari<sup>46</sup>, strutturando l'opera-

---

<sup>42</sup>V. A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti* (ivi, p. 72).

<sup>43</sup>La prospettiva procedimentale in cui si esprime l'autonomia privata deve essere colta non tanto nell'ottica di conclusione di un contratto definitivo quanto in quella dell'operazione economica «posto che preliminare e definitivo sono contratti autonomi, ciascuno dei quali si conclude secondo le regole generali, salvi i necessari requisiti formali»; in siffatta chiave di lettura unitaria dell'operazione economica il contratto preliminare assume una duplice valenza “procedimentale” e “sostantiva”: un contratto nel quale acquista rilievo anche un regolamento (sostanziale) – concernente l'obbligo a contrarre e eventuali obblighi di pagamento del prezzo e di consegna del bene-oggetto di scambio – e come tale merita l'attributo di «negozio configurativo spurio» (v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle part*, cit., spec. p. 260, spec. nt. 44).

<sup>44</sup>In direzione di una valorizzazione della tecnica traslativa, nel sistema introdotta “con” e “per il tramite” della sequenza preliminare-definitivo (così come disciplinata nell'art. 2932 c.c.), le riflessioni di A. LUMINOSO per il quale con «la locuzione “contratto preliminare ad esecuzione anticipata” si indica quindi non un tipo o modello contrattuale ma un congegno traslativo...ammesso dal nostro ordinamento e applicabile, di massima, a qualunque contratto, in alternativa alla tecnica consensualistica prevista dall'art. 1376» (§4 del saggio ivi pubblicato).

<sup>45</sup>Cfr. A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti* (ivi, pp. 69 ss.); ma più ampiamente in ID., *I contratti traslativi atipici*, cit., p. 26 ss.); anche per A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, cit., spec. p. 260, nulla vieta alle parti di anticipare al preliminare taluni effetti propri del definitivo (in deroga all'art. 1376 c.c.) beneficiando dell'intervallo temporale tra i due atti.

<sup>46</sup>Che nei trasferimenti relativi ad immobili, specie se in corso di costruzione, il fine perseguito – attraverso la prassi della c.d. anticipazione del pagamento del prezzo e della consegna del bene – sia sostanzialmente quello di poter svolgere, in previsione della stipulazione del definitivo, un controllo sulla conformità del bene (alla luce di eventuali sopravvenienze giuridicamente rilevanti) e sulle prestazioni

zione economica attraverso una sequenza bifasica perché le parti posano, già nella fase “obbligatoria” e prima di quella “traslativa”, esercitare un controllo, in termini di esattezza e conformità al programma negoziale sulle prestazioni eseguite (oltreché sulle eventuali sopravvenienze giuridicamente rilevanti nel frattempo intervenute)<sup>47</sup>. Ma già in direzione di una valorizzazione, unitaria sotto il profilo funzionale, dell’operazione economica che si realizza attraverso detta sequenza procedimentale di atti (c.d. preliminare ad effetti anticipati e c.d. atto traslativo *solvendi causa*), si era da tempo espressa la dottrina<sup>48</sup> ponendo in risalto come, nella “comprensione” del fenomeno della c.d. anticipazione degli effetti del definitivo di vendita<sup>49</sup>, dovesse guardarsi al procedimento di formazione dell’operazione economica, realizzato attraverso una struttura bifasica, come espediente per sottrarre le operazioni, soggette alla regola del consenso traslativo, alla vigenza di detta regola. All’epoca e a conclusione dello studio rilevai come l’autonomia privata – con la sequenza preliminare-definitivo e nel ricorso al meccanismo di anticipazione degli effetti per i contratti sottoposti alla regola consensualistica (art. 2932, 2° comma, c.c.) – fosse stata ammessa, in deroga al principio del consenso traslativo, ad incidere sul tipo normativo, che si riteneva compreso nel definitivo (*i.e.* vendita), modificandone lo schema di produzione degli effetti. In una prospettiva che metteva allora a nudo come i *nomina* (“preliminare” “definitivo”), impiegati per individuare atti di rilevanza negoziale nell’ambito

---

(nel frattempo eseguite) in base al programma contrattuale concordato, è dimostrato dall’ampio successo decretato a tale tecnica dalla prassi. Ed il legislatore, adeguandosi e recependo tale prassi, è intervenuto per regolamentare quelle situazioni che espongono il promissario acquirente a maggiori rischi.

<sup>47</sup> Per A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, (ivi p. 71): «Costante nei diversi modelli di contratto preliminare è la funzione assoluta dalla tecnica procedimentale che sta alla base della separazione tra consenso preliminare e consenso definitivo» specificandosi, in caso di esecuzione anticipata delle prestazioni, in quella ulteriore di controllo della esattezza e conformità delle prestazioni eseguite al pattuito (ma v. *infra* nel testo come per l’a. in tale caso si realizza un abuso della figura del contratto preliminare che conduce a prefigurarne una “falsa applicazione”).

<sup>48</sup> V. R. LENER, *Contratto preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, cit., pp. 38 ss.; prospettiva oggi confermata da A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti* (ivi, pp. 70 ss.).

<sup>49</sup> Alle origini di tale prassi e sulle diverse finalità perseguite dalle parti con il ricorso al meccanismo c.d. di anticipazione degli effetti del definitivo di vendita, cfr. R. DE MATTEIS, *Preliminare di vendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 139; ID., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, cit., pp. 51 ss. e 158 ss.

della sequenza, potessero, data la “neutralità” della “forma giuridica”, adattarsi a realtà contrattuali differenti; una prospettiva che, rivisitata alla luce degli stimoli offerti da questo incontro, mi conduce a valorizzare nelle fonti convenzionali dell’obbligo a contrarre diverse tipologie di Accordi preliminari (tra le quali anche il Contratto preliminare) che, nella modularità del vincolo, non disconoscono la funzione unitaria della tecnica procedimentale racchiusa nella sequenza preliminare-definitivo in cui detti accordi si riconoscono<sup>50</sup>.

#### 4. GLI ACCORDI PRELIMINARI COME FONTI CONVENZIONALI DELL’OBBLIGO A CONTRARRE

Se in passato nella prospettiva di un contratto preliminare, in dottrina unitariamente configurato, avevo ipotizzato possibili varianti/articolazioni dello stesso<sup>51</sup>, oggi nella diversa prospettiva delle fonti convenzionali dell’obbligo a contrarre<sup>52</sup>, all’interno delle quali trova collocazione il contratto preliminare, l’attenzione si sposta dalla “forma giuridica”, nominata nell’art. 1351 c.c., alla “tecnica procedimentale” che, nel riferimento alla sequenza preliminare-definitivo, è stata disciplinata dall’art. 2932 c.c. Per tale via sarà possibile esaltare la modularità dello schema dell’obbligo a contrarre che, attraverso la tecnica procedimentale compresa nella sequenza preliminare-definitivo<sup>53</sup>, consentirà alle parti di adeguare la forma giuridica alle loro

---

<sup>50</sup> Nel preliminare di vendita V. ROPPO (*Il contratto*, cit., p. 610) individua «un meccanismo che realizza una sfasatura degli effetti contrattuali: prima gli effetti obbligatori del preliminare, e solo dopo gli effetti reali del definitivo, a cui gli effetti obbligatori si rivelano strumentali».

<sup>51</sup> R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, cit., spec. pp. 144 e ss.

<sup>52</sup> In continuità con il filo conduttore dello studio, allora avviato sulla contrattazione preliminare ad effetti anticipati, ritengo opportuno, nell’esigenza di scindere tra “tecnica procedimentale” (i.e. sequenza preliminare-definitivo) e “forma giuridica”, conferire rilievo alle diverse e possibili articolazioni della stessa: in ciò abbandonando il convincimento che tale forma si debba identificare esclusivamente con il Contratto preliminare disciplinato nell’art. 1351 c.c.

<sup>53</sup> Impostazione che ritengo confermata dalle conclusioni cui perviene A. LUMINOSO nel suo studio (*Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, ivi): in esse mi sembra di potere leggere una presa d’atto del fatto che nel nostro sistema esistono “forme giuridiche”, diverse dal “Contratto preliminare” (per l’a. si tratterebbe di una “vendita obbligatoria atipica”), nelle quali si inverte lo schema dell’obbligo a contrarre, che non alterano, inserendosi nell’ambito della sequenza “preliminare-definitivo”, il ruolo e la funzione ad essa riconoscibile come tecnica procedimentale.

esigenze dando vita ad un diverso atteggiarsi delle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre. Accordi preliminari, ai quali l'art. 2932 c.c. conferisce rilievo nell'ambito di una disciplina che, essendo esclusivamente volta alla definizione dei rimedi e dei presupposti per l'azionabilità degli stessi<sup>54</sup>, non può che coglierne le implicazioni conseguenti (alla loro diversità) sul piano di una diversa regolamentazione della tutela rimediale.

In tale direzione tra le fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre sarà possibile collocare: il *Contratto preliminare*, come fonte di un obbligo a contrarre eseguibile in forma specifica, al quale il Legislatore del '42 ha inteso conferire un ruolo di primo piano come contratto espressamente "nominato" nell'ambito della disciplina generale del contratto (art. 1351 c.c.); un *Accordo preliminare* passibile del solo risarcimento del danno (*c.d. preliminare debole*), al quale fa riferimento l'art. 2932 c.c. che, nel suo 1° comma, rimette all'autonomia privata la possibilità di (escludere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica) introdurre un tipo di Accordo preliminare differenziabile, sul piano della tutela rimediale, dal Contratto preliminare nominato nell'art. 1351 c.c.; infine un *Accordo preliminare*, esclusivamente diretto alla stipulazione di contratti definitivi soggetti alla regola consensualistica, al quale il Legislatore del '42 ha conferito rilievo come possibile fonte di un'obbligazione di pagamento del prezzo (*c.d. preliminare forte*), prescrivendo in tal caso, come presupposto di ammissibilità della domanda giudiziale (*ex art. 2932 c.c.*), l'offerta formale del prezzo<sup>55</sup>.

*Accordi preliminari* dunque che, come fonti convenzionali di un obbligo a contrarre, sono in grado di sommare in sé effetti sostantivi e

---

<sup>54</sup> L'ambito di operatività della disciplina, contenuta nell'art. 2932, è stata delimitato, non in base al *tipo di fonte dell'obbligo a contrarre* (se legale o convenzionale e tra queste se contratto preliminare o altro), bensì in relazione al *profilo effettuale della fonte* stessa. E tra le *fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre* è possibile includere anche il *mandato* ad acquistare beni immobili o beni mobili registrati: ne è conferma il fatto che, in base all'art. 1706 comma 2°, sorge in capo al mandatario una obbligazione di «dare» in senso tecnico che, avendo fonte nel mandato, conferisce a tale contratto i caratteri di un contratto che obbliga le parti a stipulare un successivo contratto (A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, pp. 273 ss.).

<sup>55</sup> Per Cass., 28 luglio 2010 n. 17688, in *De Jure Giuffrè*, è pacifico che «Ai fini dell'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c. l'offerta* del pagamento del prezzo della vendita deve essere effettuata *formalmente solo nell'ipotesi in cui il contratto preliminare abbia previsto che il versamento del prezzo debba avvenire in un momento antecedente alla stipula dell'atto traslativo*, mentre, nella ipotesi di prevista contestualità, non è necessaria una offerta formale, essendo sufficiente la manifestazione dell'intendimento di adempiere la controprestazione».

effetti configurativi mostrando la loro comune appartenenza ad una forma giuridica che, definendosi in funzione esclusiva dell'“obbligo a contrarre”, è in grado di accoglierne differenti articolazioni rimesse all'autonomia privata. Rispetto dunque al modello di contratto preliminare, che si ritiene accolto nell'art. 1351 c.c., detti accordi differiscono da esso per un diverso atteggiarsi dell'obbligo a contrarre<sup>56</sup>: in taluni casi l'obbligo a contrarre, assunto nei confronti di un definitivo da concludere, essendo passibile, in caso di inadempimento, del solo rimedio del risarcimento del danno, lascia aperta alle parti stipulanti la possibilità di continuare a “trattare”, non certo per rivedere le condizioni essenziali dell'accordo sulla cui base si era assunto l'obbligo a contrarre, bensì i punti da esse stesse “riservati” (in chiave di integrazione/specificazione) al fine di garantirsi la possibilità di un rifiuto legittimo a contrarre<sup>57</sup>; in altri casi l'obbligo a contrarre, nell'essere diretto alla stipula di un contratto definitivo di vendita, include l'obbligo a trasferire il diritto di proprietà sul bene, oggetto dell'accordo: si tratta dei casi in cui l'accordo preliminare, nell'obbligo a contrarre (eseguibile in forma specifica) il definitivo, comprende anche un obbligo di “dare” in senso tecnico, un obbligo cioè di trasferire<sup>58</sup> la proprietà sul bene oggetto del procedimento traslativo (mediante un atto

---

<sup>56</sup> Che il contratto preliminare, non sia più da considerare come un semplice *pactum de contraendo* bensì come negozio destinato a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello definitivo, sicché l'obbligo a contrarre possa in esso atteggiarsi (anche) come obbligo a trasferire, è un dato acquisito nel ragionare dei giudici soprattutto allorquando decidono relativamente a casi di preliminari di vendita di bene altrui o di preliminari ad effetti c.d. anticipati. In relazione a questi ultimi v, quanto asserito in Cass., 16 giugno 2006, n. 11624, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1394, ed in Cass., 23 novembre 2007, n. 24448, cit., ove si legge che oggetto del preliminare «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 pur futuro, *dare*: la trasmissione della proprietà che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti»; parimenti in Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, in *De Jure Giuffrè*, ove si legge che «sul promittente alienante grava un *obbligo di trasferire* l'immobile esente da vizi che lo rendono inidoneo all'uso o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore».

<sup>57</sup> Per un'analisi dello scenario prefigurabile, dopo l'intervento delle Sezioni Unite con Cass. n. 4628/2015, nella definizione della tutela risarcitoria conseguente alla violazione di accordi che nella formazione progressiva del contratto possono collocarsi tra preliminari di preliminari e intese precontrattuali, si rinvia allo studio di M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il “danno da risoluzione” alla prova* (ivi, pp. 203 ss.).

<sup>58</sup> Anche per il mandato si afferma che esso, in quanto fonte di un'obbligazione di «dare» in senso tecnico da adempiere mediante un atto di «ritrasferimento» *solutionis causa* (ex art. 1706, 2° comma, c.c.), assuma i caratteri di un contratto che obbliga le parti a stipulare un successivo contratto (A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 378).

definitivo c.d. di puro trasferimento). Attraverso una tale sequenza di atti, funzionalmente considerati in chiave unitaria, prende corpo un procedimento traslativo (atipico) composto da un primo accordo (c.d. accordo preliminare), nel quale si sommano effetti configurativi (nei confronti dell'operazione economica unitariamente intesa) e sostantivi (obbligo a contrarre per trasferire il diritto di proprietà sul bene, obblighi di pagamento prezzo e eventuale consegna bene), e da un secondo accordo (c.d. atto definitivo *ex art. 2645-bis*, 2° comma, c.c.) che chiude la sequenza: in ciò dando attuazione in chiave procedimentale ad una operazione economica che, solo nella unitaria considerazione degli atti che la compongono, è in grado di realizzare la funzione di scambio ad essa assegnata dalle parti (di scambio di bene contro prezzo/altro bene). Con tali accordi (*preliminari c.d. forti*) si riconosce all'autonomia privata il potere di anticipare, in modo più funzionale alle esigenze della contrattazione immobiliare, il pagamento del prezzo e la consegna del bene rispetto al verificarsi dell'effetto traslativo, mediante uno strumento tecnico (*i.e.* la sequenza preliminare-definitivo) in grado di offrire alle parti la possibilità di esercitare, nel corso del rapporto, un controllo sulla esattezza e conformità delle prestazioni eseguite e, nel caso, potere opporre un rifiuto legittimo alla conclusione dell'atto definitivo di trasferimento del bene. Certamente si può anche affermare che, tramite tale sequenza di atti, si viene a delineare «una sorta di vendita obbligatoria atipica» sul modello di quella realizzata altrove<sup>59</sup> ma ciò non vale ad escludere che il primo atto della sequenza, che introduce un siffatto procedimento traslativo, impieghi lo schema dell'obbligo a contrarre per ottenere la scissione tra effetti obbligatori ed effetti traslativi nell'ambito di un'operazione economica che, nel nostro sistema, è normalmente ispirata al principio consensualistico.

Accordi che, pur essendo fonti convenzionali di un obbligo a contrarre eseguibile in forma specifica, divergono dal modello di contratto preliminare, tradizionalmente conosciuto (che si assume essere stato disciplinato nell'art. 1351 c.c.), in quanto accordi preliminari (c.d. forti) che non hanno esclusivamente valenza preparatoria nei con-

---

<sup>59</sup>In Germania la vendita obbligatoria non sembra introdurre alla possibilità per le parti di svolgere un controllo sull'operazione economica, prima dell'atto di trasferimento del diritto, alla luce di eventuali sopravvenienze giuridicamente rilevanti e/o termini di esattezza e conformità di quanto eseguito a quanto programmato (come invece da noi garantito dal ricorso alla sequenza preliminare-definitivo); l'emersione di forme atipiche di accordi intercorrenti tra costruttore e acquirente dell'immobile (il c.d. *Bauträgervertrag*) hanno risposto all'esigenza delle parti di modellare il procedimento traslativo posticipando il prodursi dell'effetto traslativo rispetto all'attuazione della prestazione di pagamento del prezzo (si rinvia ai rilievi già svolti alla nt. 20).

fronti di un definitivo concepito come contratto strutturalmente e funzionalmente autonomo da essi. Si tratta di fonti convenzionali, che rappresentano delle “varianti” rispetto a quel modello, pur essendo tra esse accomunate dalla funzione assolta dalla tecnica contrattuale, racchiusa nella sequenza preliminare-definitivo, in quanto essa, pur nella diversità dei rimedi (esecuzione in forma specifica/risarcimento del danno) previsti per l’inadempimento dell’obbligo a contrarre, appare sempre rispondente ad una logica di controllo dell’operazione economica. Un controllo da svolgere *in itinere* sull’operazione economica, nel suo passaggio dalla fase di programmazione a quella di attuazione, salvaguardando sempre la possibilità per il contraente adempiente di un rifiuto legittimo: una funzione<sup>60</sup>, dunque, che, a seconda del tipo di accordo preliminare, si specificherà in quella di verifica e controllo della operazione economica prima ancora di definirla in termini più precisi e articolati (per gli *accordi preliminari c.d. deboli*, perché non eseguibili in forma specifica); ovvero in quella di controllo delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti (nel riferimento al modello tradizionale di *contratto preliminare ex art. 1351 c.c.*); ed ancora in quella di controllo della esattezza e conformità (al pattuito) delle prestazioni nel frattempo eseguite (per gli *accordi preliminari c.d. forti*)<sup>61</sup>. In ciò, nella unitarietà della funzione assolta dalla tecnica procedimentale racchiusa nella sequenza preliminare-definitivo, è possibile comprendere le possibili e diverse articolazioni di un accordo che è fonte di un obbligo a contrarre variamente modulabile in base all’operazione economica unitariamente intesa.

Nel superamento delle formule che sono a lungo valse a mascherare una realtà contrattuale, complessa e articolata, in nome della unitarietà della figura contrattuale di riferimento, il contratto preliminare – da categoria astratta dell’obbligo a contrarre – ritorna sul terreno della vendita immobiliare per riscoprire le sue antiche origini che furono nella promessa di vendita<sup>62</sup>; ed in questo settore della contratta-

---

<sup>60</sup> Si deve all’opera di G. Gabrielli l’individuazione del contributo nuovo, di natura effettivamente negoziale, che il contratto definitivo apporta rispetto alla valutazione di opportunità già contenuta nel preliminare: contributo che consiste in quello di controllo di eventuali sopravvenienze verificatesi nell’intervallo di tempo intercorrente tra il preliminare ed il definitivo (cfr. G. GABRIELLI e V. FRANCESCHELLI, (voce) *Contratto preliminare*, I, cit., p. 1 ss.; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (Sintesi di informazione)*, cit., p. 415 ss.; ID., *Contratto preliminare (Sintesi di informazione)*, cit., p. 225 ss.).

<sup>61</sup> Mi sia consentito rinviare a R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 143 ss.

<sup>62</sup> Nel periodo immediatamente precedente l’emanazione dell’attuale codice la configurazione riconosciuta in giurisprudenza alla promessa di vendita – sostanzialmente intesa come contratto che obbliga al pagamento del prezzo e, tramite un

zione continua a confrontarsi con la regola consensualistica valorizzando schemi contrattuali rivelatisi in grado di differire e «amministrare» la produzione dell'effetto traslativo, non più nella forma "mascherata"<sup>63</sup> (dalla formula delle c.d. anticipazione degli effetti del de-

---

successivo atto negoziale, al trasferimento del diritto – aveva in un certo modo favorito l'imporsi di una prassi negoziale volta ad anticipare la consegna del bene e/o il pagamento del prezzo rispetto al verificarsi dell'effetto traslativo, legittimando tale prassi con il supporto di un adeguato schema causale. Il convincimento allora diffuso che il principio consensualistico, nella sua inderogabilità, precludesse all'autonomia privata la disponibilità dell'effetto traslativo mediante negozi dispositivi che, anziché operare direttamente il trasferimento del diritto, obbligassero al trasferimento di questo, indusse ad interpretare il silenzio serbato dal codice del 1865 sulla promessa di vendita nello stesso senso dell'art. 1589 *Code Napoléon*. Le difficoltà che, allora sul terreno specifico della vendita, ostacolavano il pieno riconoscimento dell'autonomia rilevanza della promessa di vendita, presto vennero superate allorquando anche tra la giurisprudenza si diffuse l'ormai nota concezione del preliminare come accordo che obbliga a contrarre il futuro contratto definitivo (di vendita): concezione che, nell'astratta genericità della sua definizione, consentiva di farne una categoria contrattuale completamente avulsa, quanto meno sul piano concettuale, dall'operazione economica, alla cui regolamentazione era preordinata tramite la conclusione del contratto definitivo.

<sup>63</sup> Nelle elaborazioni teoriche di inizio del novecento il contratto preliminare si presentava come categoria generale che, essendo dotata di un autonomo rilievo causale nei confronti del corrispondente contratto definitivo, era suscettibile in astratto di precedere qualsiasi tipo contrattuale; nella casistica giurisprudenziale dell'epoca il riconoscimento del contratto preliminare procedeva inquadrato nella promessa di vendita: è dalla vendita infatti che, con un processo esattamente inverso a quello che contraddistinse l'elaborazione teorica della nozione di contratto preliminare, la problematica dell'impegno rivolto a produrre i propri effetti tramite la stipulazione di un negozio intermedio venne poi estesa a tutti gli altri contratti. Tant'è che la definizione stessa di contratto preliminare, ancor oggi tralattivamente riportata nei repertori, venne modellata dalle prime pronunce che l'introdussero sull'ipotesi campione della promessa di vendita. La promessa di vendita, ostacolata nel suo riconoscimento dalla vigenza del principio consensualistico, rivestita invece della forma giuridica dell'accordo che obbliga a contrarre, acquisì autonoma rilevanza nei confronti della vendita. Ed il preliminare di vendita individuato in quell'accordo che "*obbliga a prestare un consenso futuro alla trasmissione del dominio*" si differenziò dalla vendita, immediatamente traslativa, in ragione del fatto che con esso si differiva ad un successivo atto l'effetto traslativo. Fu quindi possibile, nella vigenza della regola consensualistica, attribuire, per il tramite di quel *medium* costituito dell'obbligo a contrarre, autonoma rilevanza causale, nei confronti della vendita, a quell'accordo che, esprimendo già il contenuto dell'intera operazione economica racchiusa nella vendita, era in grado di attuare sotto il profilo esecutivo quella scissione tra effetti obbligatori ed effetto reale, dalla cui unitaria considerazione emerge il profilo funzionale della vendita. Ed il contratto preliminare, pur profilandosi nelle declamazioni giurisprudenziali come quel contratto che obbliga a contrarre, nel contesto della singola decisione veniva sovente identificato con quell'accordo che obbliga immediatamente al pagamento del prezzo e/o alla consegna del bene, ma rinvia alla stipulazione di un successivo atto, sempre denominato definitivo di vendita, il verificarsi dell'effetto traslativo in ciò facendosi applicazione di quel principio, che tuttora vige indiscusso nelle mas-

finitivo di vendita) di un preliminare che precede un definitivo, ma attraverso forme alternative dal sistema ammesse come fonti convenzionali di un obbligo a contrarre<sup>64</sup>. Nel riconoscimento dunque di un accordo preliminare, che prelude ad un atto/i c.d. definitivo/i di mero trasferimento, si trascorre dal contratto preliminare di vendita “ad effetti c.d. anticipati” ad un accordo avente ad oggetto “immobili da costruire”, che il legislatore moderno ha inteso disciplinare con norme *ad hoc* inserite nel codice civile (con gli artt. 2645-*bis*, commi 4, 5, 6 c.c.; 2775-*bis*) e nell’ambito di una legislazione settoriale (d.lgs. n. 122/2005).

---

sime giurisprudenziali in base al quale per poter qualificare un accordo come preliminare di vendita, è necessario e sufficiente che l’intento delle parti sia rivolto a differire il verificarsi dell’effetto traslativo al compimento di quell’atto, alla cui stipulazione i contraenti in preliminare si sono obbligati. Se dunque una più consapevole recezione da parte della giurisprudenza dello schema formale – contratto preliminare – da un lato condusse ad una ben più definita autonomia causale assunta dal contratto preliminare rispetto al definitivo, dall’altro lato pose i giudici di fronte al problema di ricondurre nell’ambito applicativo del nuovo strumento contrattuale tutte quelle fattispecie che si erano delineate, come ipotesi applicative della promessa di vendita, in base a ben precise esigenze degli stipulanti, funzionali alla realizzazione di determinati obiettivi. Di qui il ricorso alla formula dell’anticipata esecuzione, che avrebbe consentito di mantenere inalterato il collegamento tra il contratto di vendita e le obbligazioni del pagamento del prezzo e della consegna del bene, e nel contempo di fondare sul preliminare l’adempimento, in quanto anticipata esecuzione, delle prestazioni tipiche di quel contratto di vendita che gli stipulanti si erano impegnati a concludere. E così la locuzione “obbligo a contrarre” stava di fatto ad indicare un impegno finalizzato al semplice compimento di un atto traslativo: risultato questo che, in un sistema dominato dal dogma del principio consensualistico, aveva una portata innegabilmente eversiva, anche se resa meno percettibile dal fatto di radicarsi sul piano della prassi piuttosto che su quello delle declamazioni formali. In sostanza la formula dell’anticipata esecuzione segnò, in quel contesto giurisprudenziale, il momento di passaggio dalla concezione della promessa di vendita come contratto che obbliga all’effetto traslativo, a quella del preliminare di vendita come accordo che obbliga alla conclusione di un futuro contratto di compravendita (da R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., pp. 143 ss.).

<sup>64</sup> Sulla contrattazione immobiliare e sulle tecniche traslative adottate nella prassi si rinvia alle riflessioni di C. CAMARDI (in *Principio consensualistico, produzione e differimento dell’effetto reale. I diversi modelli*, cit., pp. 572 ss.) per l’analisi delle interferenze delle dinamiche, proprie del mercato immobiliare, e sulla loro ricaduta nella scelta delle forme organizzative meglio idonee a dare attuazione agli interessi delle parti contranti.

## 5. IL PRELIMINARE “DEBOLE” COME CHIAVE DI LETTURA DELLA SEQUENZA “PRELIMINARE DI PRELIMINARE”

Dal confronto di idee, avviato con questo incontro, è emerso anche come la sequenza, dal legislatore tipizzata nella previsione di un definitivo che segue ad un preliminare, possa essere alterata dalle parti introducendo atti che preludono ad una diversa segmentazione dell'operazione giuridica (*i.e.* per il c.d. preliminare di preliminare)<sup>65</sup>: e ciò all'insegna di una autonomia privata che, sul piano procedimentale, si esprime come libertà di articolare la sequenza preliminare-definitivo attraverso un procedimento scandito in tre fasi e, sul piano della fattispecie, come libertà di dare vita ad accordi (preliminari) che, come fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre, rientrano a pieno titolo nell'ambito della contrattazione preliminare<sup>66</sup>. L'esigenza di scindere le due prospettive in cui si manifesta l'autonomia privata nell'ambito della contrattazione preliminare costituisce la premessa necessaria per comprendere e meglio cogliere il senso di quel *revirement* che le Sezioni Unite della Cassazione<sup>67</sup> hanno inteso inaugurare nei confronti di un orientamento giurisprudenziale decisamente contrario alla sequenza “preliminare di preliminare”. In direzione del riconoscimento di un'autonomia privata di tipo procedimentale, quelle argomentazioni dai giudici orientate a sorreggere il giudizio di meritevolezza (in termini di causa concreta<sup>68</sup>) sul pre-preliminare<sup>69</sup> come negozio atipico: in realtà dirette a esplicitare il senso e la funzione del ricorso a “procedimenti contrattuali gradualì” che deviano dalla sequenza “tipizzata” nell'art. 2932 c.c.; in direzione invece della libertà delle parti di dare vita a figure contrattuali atipiche di preliminare, le argomentazioni svolte sul “contenuto” che deve avere quel Contratto

---

<sup>65</sup> Si rinvia agli studi di G. PALERMO, *Contratto preliminare e “interesse al differimento”*. *Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione* (ivi, pp. 55 ss.) e di A.M. BENEDETTI, *Le varianti del preliminare nella prospettiva procedimentale* (ivi, pp. 107 ss.), ma anche a quanto rilevato in questo saggio nei §§ 1.2.

<sup>66</sup> Si rinvia ai §§ 3.4.

<sup>67</sup> Con Cass. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit. In direzione dell'ammissibilità del “preliminare di preliminare” come “preliminare debole” da ultimo e a conferma: Cass. 17 gennaio 2017, n. 923, in corso di pubblicazione in *N.G.C.C.* con nota di M. CAPECCHI.

<sup>68</sup> Cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 261, ove si rilevava, in epoca antecedente all'intervento delle Sezioni Unite, come nel riferimento proprio al preliminare di preliminare l'impiego della nozione di causa concreta avrebbe potuto condurre a esiti diversi da quelli che hanno condotto a decretarne allora la nullità.

<sup>69</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., p. 40.

preliminare, dai giudici definito “vero e proprio” in quanto fonte di un obbligo a contrarre eseguibile in forma specifica (*ex artt.* 1351 e 2932 c.c.). Da tali rilievi che condurranno i giudici ad affermare che il pre-preliminare potrà essere ammesso al formante giurisprudenziale «soltanto qualora emerga la configurabilità dell’interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale (da esso) originato», viene tratto argomento per inquadrare detto contratto in una *figura negoziale atipica di contratto preliminare*<sup>70</sup>. Una figura negoziale che è negozio atipico in quanto presenta contenuti diversi da quelli richiesti per il contratto preliminare, tradizionalmente individuato dalla giurisprudenza in quel preliminare “nominato” nell’art. 1351 c.c.<sup>71</sup>; una figura negoziale che nel contempo è anche accordo preliminare in quanto fonte convenzionale di un obbligo a contrarre<sup>72</sup>. Conclusione tratta senza tenere in debito conto il fatto che il contratto preliminare è stato sì “nominato” dal legislatore per regolarne “forma” e “rimedi” esperibili in caso di inadempimento all’obbligo a contrarre, diversamente rimettendo all’autonomia delle parti la libertà di definizione dei contenuti. Ma, nella specificazione del contenuto minimo necessario per dare rilievo giuridico all’obbligo a contrarre, è intervenuta la giurisprudenza aprendo alla configurazione di preliminari “atipici”

---

<sup>70</sup> Cfr. quanto rilevato da U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, p. 1230.

<sup>71</sup> Delle due l’una, o si ritiene che le fonti convenzionali dell’obbligo a contrarre siano state disciplinate nell’art. 2932 c.c. nel riferimento esclusivo al Contratto preliminare, in quanto contratto tipizzato nell’art. 1351 c.c., per cui qualsiasi variante, si introduca in quell’accordo rappresenterà una figura atipica di contratto preliminare; oppure si ritiene possa ammettersi, sulla base della disciplina contenuta nell’art. 2932 c.c., una serie aperta di fonti convenzionali dell’obbligo a contrarre, eretta sulla modularità e neutralità dello schema che sorregge siffatto obbligo, all’interno della quale sarà possibile collocare accordi preliminari che introducono a “varianti” (del) ma non certo a “figure atipiche” di contratto preliminare.

<sup>72</sup> I passaggi della pronuncia delle Sezioni unite in cui viene confermato che il preliminare di preliminare è fonte di un obbligo a contrarre sono diversi (tra i quali quelli *infra* riportati nel testo) e non ritengo che quel passaggio in cui si fa capo a un obbligo “a contrattare” – più che a “contrarre” – valga a rinnegare i primi. Nell’espressione “sembra introdurre un obbligo a contrattare” dai giudici impiegata nel riferimento al preliminare di preliminare mi sembra di poter leggere un’apertura verso accordi preliminari in cui l’assunzione di un obbligo a contrarre (passibile del solo rimedio del risarcimento del danno) non sia d’ostacolo alla possibilità per le parti stipulanti di continuare a “trattare” punti (non essenziali) già “riservati” ad una trattazione successiva, al fine di salvaguardare, in caso di insuccesso delle trattative, l’eventualità di un rifiuto legittimo a contrarre (sempreché la riserva non verta sugli elementi essenziali perché in tal caso non si profilerebbe alcun obbligo a contrarre, cfr. nota 74).

come figure negoziali, divergenti nei contenuti, dal “vero e proprio” contratto preliminare<sup>73</sup>. Nel contesto del motivare viene infatti rilevato dai giudici di legittimità, appellandosi a massime consolidate, come per «costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932 c.c. (...) sia necessario che tra le parti sia raggiunta l’intesa su tutti gli elementi dell’accordo, non potendosene ravvisare la sussistenza là dove, raggiunta l’intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori». Una concezione del Contratto preliminare che, seppure elaborata in funzione esclusiva del suo essere suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932 c.c.<sup>74</sup>, resiste anche a fronte di un contratto preliminare per il quale le parti hanno deciso, nell’autonomia ad essi riservata dall’art. 2932 c.c., di escludere, già in sede di definizione dell’accordo, l’eseguitività in forma specifica dell’obbligo a contrarre (a favore del risarcimento del danno): e questo perché, a detta dei giudici che recepiscono le indicazioni provenienti da certa dottrina, il rapporto tra i preliminari deve essere valutato «in termini di contenuto dispositivo e non già di sanzioni». In questo combinarsi di letture “giurisprudenziali” e di indicazioni “teoriche” il senso di un ragionare dei giudici di legittimità che ritengo essere “solo apparentemente” orientato a escludere che la diversità tra il pre-preliminare e il contratto preliminare possa cogliersi sul piano delle tutele rimediali.

Per tornare alla prospettiva accreditata in questo studio e alla ipotesi di un accordo preliminare (c.d. debole), fonte di un obbligo a contrarre anche se passibile del solo rimedio del risarcimento del danno, potrebbe ipotizzarsi una sequenza di preliminari tra loro differenziabili esclusivamente sul piano delle tutele rimediali, senza dovere necessariamente ipotecare una loro diversità sul piano dei contenuti. Se si ritiene di condividere l’impostazione, alla base della ipotesi ricostruttiva avanzata<sup>75</sup>, si verrebbero a delineare figure negoziali che, come fonti convenzionali all’origine di un obbligo a contrarre, non necessitano di un confronto “sul piano dei contenuti” con il contratto preliminare tradizionalmente inteso, per poterne inferire la loro ap-

<sup>73</sup> In tali termini nella motivazione di Cass. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

<sup>74</sup> Non a caso i giudici delle Sezioni Unite si chiedono «Se la formazione di un accordo che riguardi solo i punti essenziali del contratto di compravendita sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932».

<sup>75</sup> Ipotesi che conduce ad avvalorare una serie aperta di Accordi preliminari in ragione della modularità e neutralità dello schema che sorregge l’obbligo a contrarre: accordi che si affiancano al contratto preliminare, acquisito al sistema codificato tramite l’art. 1351, nel quadro di una declinazione al plurale delle fonti convenzionali dell’obbligo a contrarre non certo riconducibili a “figure negoziali atipiche” di contratto preliminare.

partenza alla contrattazione preliminare. Una ipotesi ricostruttiva sulla cui base è possibile riconoscere come atti iniziali della sequenza “preliminare di preliminare”: sia un preliminare che presenti quel livello minimo di definizione e specificazione dei contenuti del regolamento programmato, necessario per conferire rilevanza giuridica all’impegno a contrarre, sia un preliminare che invece presenti lo stesso livello di definizione nei contenuti del preliminare che lo segue, purché, per entrambi gli accordi, le parti abbiano escluso l’eseguibilità in forma specifica dell’obbligo (a contrarre) assunto. Per tale via prende corpo l’esigenza, dalle parti espressa nel ricorso a siffatta sequenza, di potere svolgere un controllo graduale, scandito in diverse fasi, sull’evoluzione di un’operazione economica “altrimenti” necessariamente (se non coattivamente) orientata verso il definitivo.

Certamente si potrà anche concordare con i giudici delle Sezioni Unite allorché rilevano che in tale sequenza di accordi preliminari l’obiettivo normalmente perseguito dagli stipulanti è quello di «“fermare l’affare” per verificare con certezza la praticabilità dell’operazione, prima di definirla in termini più decisi e articolati»: ciò nel riconoscimento di una «libertà delle parti di determinarsi e fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali»<sup>76</sup> come una delle diverse ragioni concrete<sup>77</sup>, che possono spingere gli stipulanti a scegliere la sequenza “preliminare di preliminare” ma non certamente come l’unica prospettabile<sup>78</sup>. Sono d’altronde gli stessi giudi-

---

<sup>76</sup> In questi esatti termini, per riprendere un brano nell’argomentare dei giudici con Cass. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

<sup>77</sup> L’obiettivo di integrazione dei contenuti parrebbe essere alla base di un accordo in cui, essendo già definite le condizioni essenziali sulla cui base si è assunto l’obbligo a contrarre, “l’obbligo a contrattare” (dai giudici affiancato all’obbligo a contrarre) si potrebbe in esso profilare esclusivamente in relazione ai punti dalle parti stesse “riservati” ad una successiva trattazione nell’ottica di salvaguardare la possibilità di un rifiuto legittimo “a contrarre” (da valutarsi in base al parametro della buona fede).

<sup>78</sup> Ne è conferma il caso, oggetto dell’ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite della Cassazione, in relazione al quale si profilano due preliminari, in sequenza, di identico contenuto essendo la stipula del secondo (definito come “regolare contratto preliminare”) semplicemente subordinata al consenso della banca, nel frattempo intervenuto, alla cancellazione dell’ipoteca sul bene. Nel riferimento a detta sequenza le Sezioni Unite invitano il giudice del rinvio a valutare se il primo preliminare «sia valido e suscettibile di conseguire effetti *ex artt.* 1351 e 2932 c.c. ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell’eseguibilità in forma specifica in caso di inadempimento» avvertendo che esso potrà ritenersi produttivo di effetti «soltanto quando emerga la configurabilità dell’interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto *basata sulla differenziazione dei contenuti* e sia identificabile in esso la *più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale* (originato dal primo preliminare)». Principio formulato come *ratio decidendi* per decidere una fattispecie, non ricono-

ci ad avvertire che in taluni casi «la previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale», tenendo ben presente l'esigenza di ravvisare, già nel primo accordo, i tratti del contratto preliminare con tutti gli elementi necessari per la sua configurazione quali «l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo». Tra le diverse esemplificazioni si conferisce rilievo al contratto preliminare “debole o aperto” – con il quale il contraente «resta libero da vincoli astringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberatamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui all'art. 2932 c.c.»: un preliminare dunque che va incontro, come rilevato dai giudici stessi in altra parte del motivare, alla “fondamentale” esigenza degli stipulanti «di riservare il consenso vincolante, sottomesso alla esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente» a fronte di una società complessa come quella attuale «interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali “minori”, ma non per questo meno incisive negozialmente». Ma si potrà anche trattare di un preliminare che subordina la stipula del secondo preliminare all'estinzione dell'ipoteca sul bene o ancora di un preliminare, contenente una caparra penitenziale, che attribuisce a una delle parti la possibilità di godere del diritto di recesso dietro pagamento di una modesta somma. Esemplicazioni nelle quali la causa concreta, che sorregge la sequenza procedimentale, non è rintracciabile certo nella riserva di integrazione del regolamento, quanto invece, nel combinarsi di determinate clausole con un preliminare, in cui le parti si vincolano ad un contrarre “non eseguibile in forma specifica”: questo perché solo per tale via sarebbe possibile per le stesse conferire rilievo determinante a “apprezzamenti soggettivi” o a “comportamenti” o “fatti” che non potrebbero essere adottati, se apposti ad un preliminare tradizionale, come rifiuto legittimo a contrarre salvo negare l'esistenza del vincolo stesso.

---

scibile in quella alternativa, posto che in essa si rinvengono certamente due preliminari in sequenza, differenziabili tra loro (forse) sul piano della tutela rimediabile ma non, certo, sul piano dei contenuti, profilandosi in entrambi lo stesso regolamento contrattuale, ampiamente definito e dettagliato sin dal primo accordo. Se la *ratio decidendi* non inganna, vi è un'unica via percorribile dal giudice del rinvio ed è quella che conduce ad esprimere contrarietà alla sequenza “preliminare di preliminare” accreditando il primo preliminare come contratto, valido e suscettibile di conseguire effetti *ex artt.* 1351 e 2932 c.c., ed il secondo preliminare, in una direzione esplicitata *obiter* nel corso del motivare, come contratto nullo perché nei contenuti ripetitivo del primo.

In conclusione, “una cosa” è “il tipo di sequenza procedimentale”, che l’ordinamento ammette riconoscendo all’autonomia privata la libertà di fare ricorso ad essa, “altro” sono “le ragioni concrete”, da valutare caso per caso, sulla cui base si ritiene “meritevole di apprezzamento” il fine perseguito dalle parti nel ricorso ad essa<sup>79</sup>. Se si condivide una simile lettura della sentenza, che impone una differenziazione dei piani entro cui collocare le riflessioni dai giudici svolte, sarà possibile invertire la prospettiva, quale ci appare consegnata in una prima lettura e interpretazione della sentenza, per assegnare al preliminare c.d. debole (o non eseguibile in forma specifica) non il ruolo di mera esemplificazione casistica del preliminare di preliminare bensì quello di comune denominatore di quelle “figure atipiche di contratto preliminare” che confermano, nella varietà degli interessi ad esse sottesi, il suo ingresso nel diritto vivente.

#### 6. PER CONCLUDERE... RISALENDO ALLE ORIGINI DEL PRELIMINARE “NON ESEGUIBILE IN FORMA SPECIFICA”

Se le origini del preliminare di preliminare sono relativamente recenti e si rinvengono nella prassi, che si è imposta nell’ambito dell’intermediazione immobiliare, di scindere in più fasi il procedimento di formazione dell’accordo, le origini del preliminare non eseguibile in forma specifica sono piuttosto risalenti nel tempo essendo riconducibili alla stessa disciplina codicistica. Il fondamento normativo per il riconoscimento di detto preliminare risiede nell’inciso «qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo», contenuto nell’art. 2932 c.c. che rinvia all’autonomia privata la scelta sul se escludere l’eseguibilità in forma specifica dell’obbligo a contrarre per ottenere, in caso di inadempimento, il solo rimedio del risarcimento del danno. In realtà se si analizza il dibattito teorico che ha accompagnato l’acquisizione del contratto preliminare al nostro sistema, specie in quella *querelle* che ha interessato la tutela rimediabile in caso di inadempimento dell’obbligo a contrarre, nell’alternativa tra eseguibilità in forma specifica dell’obbligo a contrarre e risarcimento del danno, è possibile cogliere come già allora la scelta tra i due rimedi non rimanesse ininfluenza nella configurazione dell’accordo. Intorno agli anni ’50 un illustre processualista rilevava: «non si tratta più di stabilire la natura ed il contenuto del contratto preliminare, per decidere se esso ammette

---

<sup>79</sup> Per ulteriori approfondimenti relativamente ai rilievi svolti, si rinvia a R. DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 389 ss.

l'esecuzione in forma specifica, bensì di stabilire quali conseguenze l'ammissione dell'esecuzione specifica abbia sulla natura e sul contenuto del contratto»<sup>80</sup>. Ma a lungo il preliminare, privato dalle parti di una tutela rimediabile "forte", è rimasto confinato alle notazioni di autorevoli studiosi<sup>81</sup> sempre attenti alla lettura del dettato normativo, sollecitando qualche discussione sulla forma che la clausola di esclusione del rimedio deve rivestire, se non sulla possibilità di una esclusione implicitamente deducibile dalla previsione di una caparra confirmatoria<sup>82</sup>.

Solo a partire dagli anni '90 a fronte dell'attenzione rivolta al preliminare di vendita ad effetti c.d. anticipati in dottrina è stata valorizzata una visione procedimentale<sup>83</sup> della vicenda traslativa conferendo rilievo alla modularità di uno schema contrattuale che dischiude all'autonomia privata la possibilità, per il tramite del medio costituito dall'obbligo a contrarre, di perseguire gli interessi delle parti contraenti modellando in chiave procedimentale una loro composizione. E ciò ha condotto a cogliere in tale schema la peculiarità di uno strumento giuridico con il quale si offre all'autonomia privata una forma giuridica al servizio di una certa realizzazione dell'assetto di interessi o meglio, ancora, una tecnica di composizione dell'affare che incide sulle modalità di realizzazione degli effetti (specie se si combina con un contratto soggetto al principio del consenso traslativo). Di ciò, si affermò allora<sup>84</sup>, è rimasta traccia nella norma che il legislatore del '42 ha inteso dedicare alle fonti convenzionali e legali dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.).

---

<sup>80</sup> Cfr. S. SATTÀ, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1951, c. 75.

<sup>81</sup> V. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 49.

<sup>82</sup> Se in giurisprudenza si ritiene che la clausola pattizia, diretta ad escludere l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo a contrarre, debba risultare *expressis verbis* (v. Cass., 16 novembre 1984, n. 5827 e Cass., 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*, 1972, I, 899), non essendo sufficiente né il mero richiamo alla responsabilità per danni, né l'apposizione di una clausola penale o di una caparra confirmatoria; la dottrina è divisa tra chi condivide l'orientamento giurisprudenziale richiedendo una clausola ad *hoc* (F.D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti* (artt. 2930-2933), in *Commentario UTET*, IV, Torino, 1980, p. 378) e chi invece (G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 49) ritiene essere sufficiente anche la mera apposizione di una clausola penale sempreché risulti, in concomitanza con altre circostanze desumibili dall'accordo e dal comportamento delle parti successivo alla stipulazione del preliminare, una effettiva volontà delle parti in direzione di una esclusione della eseguibilità in forma specifica dell'obbligo a contrarre.

<sup>83</sup> Per tale angolazione di analisi, fondamentale il contributo monografico che G. PALERMO (*Il contratto preliminare*, cit.) ha dato al tema.

<sup>84</sup> V. R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., pp. 140 ss. e 172 ss.

Fu così che quel preliminare, non eseguibile in forma specifica, ai più sconosciuto, cominciò a differenziarsi dal preliminare “tradizionale”, non solo nei rimedi posti a tutela dell’obbligo a contrarre da esso scaturente, ma anche nei contenuti stessi dell’accordo: in questa direzione si esaltò la funzione integrativa e specificativa svolta dal secondo contratto preliminare a fronte di un primo preliminare che riservava alle parti la libertà di sottrarsi al vincolo assunto al più perdendo la caparra data. Un accordo preliminare che, riempiendo quel vuoto che si era venuto a delineare tra “intese”, non ancora contratti (perché mancanti degli elementi necessari per configurare un contratto), e contratto preliminare eseguibile in forma specifica, rivelava nella prassi della contrattazione immobiliare le potenzialità applicative di uno strumento contrattuale che andava a differenziarsi dal preliminare “tradizionale” potendo essere collocato in quella fase iniziale della contrattazione preliminare al confine con la formazione progressiva del contratto. Un preliminare “debole” perché passibile del solo rimedio del risarcimento del danno con il quale le parti acquistavano la possibilità di una successiva valutazione dell’operazione negoziale, in esso già definita nei suoi elementi essenziali, anche se normalmente ancora da specificare ulteriormente e definire prima di addivenire alla stipulazione del definitivo. «Un accordo» ancora che, come ebbi a rilevare negli anni '90, «per potere essere interpretato come impegno a concludere un contratto e non come impegno a continuare le trattative, deve contenere come già determinati o quanto meno determinabili gli elementi essenziali del contratto definitivo»<sup>85</sup>.

È nel riferimento al settore delle compravendite immobiliari, compiute tramite intermediario, che il preliminare debole, successivamente nel tempo, ha richiamato su di sé l’attenzione per imporsi come “variante” rispetto a quello che era considerato il preliminare “tradizionale” e nel contempo giustificare sul piano causale una deviazione nel procedimento di formazione dell’operazione economico-giuridica. Il preliminare debole è valso infatti a rivestire di una forma giuridica adeguata quelle “proposte d’acquisto”, allora assai diffuse nella prassi della intermediazione immobiliare, con le quali il mediatore metteva in contatto le parti contraenti in vista di una vendita: proposte di acquisto che, una volta accettate dal promittente venditore, valevano a definire un accordo, nei suoi elementi strettamente essenziali (ogget-

---

<sup>85</sup> A tali conclusioni pervenni nello studio condotto agli inizi degli anni '90 sulla contrattazione preliminare ad effetti anticipati, e in esso mi sia consentito rinviare al paragrafo dedicato al *Contratto preliminare non eseguibile in forma specifica* (§ 3 del cap. III): R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., pp. 149 ss., spec. p. 153.

to/prezzo), rinviando al preliminare c.d. formale una più completa definizione delle reciproche attribuzioni, pena la perdita della somma versata come caparra confirmatoria in caso di mancata conclusione di detto preliminare.

Il perché di tali accordi, che quindi nascono dall'esperienza professionale degli agenti immobiliari, è stato oggi intravisto dai giudici delle Sezioni Unite nell'esigenza di consentire a chi ha interesse all'acquisto di un certo immobile di "fermare l'affare", senza rinunciare alla possibilità di «verificare con certezza la praticabilità dell'operazione prima ancora di definirla in termini più precisi e articolati»<sup>86</sup>: praticabilità in ipotesi ricondotta alla possibilità di un accertamento successivo, o sul bene o sulla persona dell'altro contraente, anche per acquisire elementi che, ove conosciuti come negativi, non potrebbero essere adottati a motivo di risoluzione di un contratto o di rifiuto legittimo a contrarre in caso di preliminare eseguibile in forma specifica, e che, diversamente, nel riferimento ad un preliminare debole consentirebbe alla parte interessata di poter rinunciare all'affare con un sacrificio in denaro.

Sulla qualificazione di tali accordi la dottrina ha da sempre rivelato posizioni diverse e alquanto articolate che possono essere ricondotte sostanzialmente a due filoni di pensiero: da un lato le voci di quanti attribuivano già al primo accordo, raggiunto con l'accettazione della proposta d'acquisto, il valore di un contratto preliminare «formale» o «chiuso», non rilevando in contrario che fosse anche prevista la necessità di sottoscrivere un successivo preliminare (o compromesso) notarile, in quanto quest'ultimo, si affermava, avesse natura meramente riproduttiva di un accordo già completo<sup>87</sup>; dall'altro lato le voci di quanti intendevano invece conferire rilievo al vincolo assunto dalla parti, ma non in direzione di un Contratto preliminare, tradizionalmente inteso, bensì in quella di un preliminare «aperto» o «debole»: un preliminare cioè che obbligava a un contrarre non eseguibile in forma specifica e in sé comprendeva anche un obbligo (a continuare) a trattare i punti riservati o non ancora specificati (ovviamente non rientranti tra quelli essenziali per la definizione dell'accordo); un preliminare il cui inadempimento riflettesse i suoi effetti esclusivamente sul piano del risarcimento del danno, in linea con la scelta espressa dalle parti contraenti

---

<sup>86</sup> Cfr. Cass. n. 4628/2015, cit.

<sup>87</sup> Cfr. per tutti, G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, pp. 24 ss., spec. 31, il quale all'epoca affermava che il preliminare, la cui conclusione costituisce adempimento dell'obbligo assunto dalle parti, con sottoscrizione del modulo a mani dell'intermediario, è in realtà un preliminare improprio, che ha natura di scambio dei consensi definitivi, da produrre in forma autentica, nella prassi denominato «compromesso» o «scrittura privata di compravendita».

con l'apposizione di una caparra confirmatoria o con una clausola *ad hoc* volta ad escludere l'eseguitività in forma specifica dell'accordo.

In questa chiave di lettura, ritengo, si possa dare un senso ad alcuni passaggi, non certo piani, nell'argomentare delle Sezioni Unite della Cassazione, per potere infine accreditare, in quella forma atipica di contratto preliminare, un preliminare c.d. "debole" come espressione di una libertà, dagli stessi giudici, riconosciuta alle parti stipulanti di articolare la sequenza preliminare-definitivo attraverso un procedimento scandito in tre fasi e in questo ambito dare vita ad accordi diversi che, in quanto fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre, si collocano nell'ambito della contrattazione preliminare. In ciò ritengo debba cogliersi il filo conduttore del ragionamento svolto dai giudici di legittimità i quali, in continuità con la logica sottesa all'ordinanza di rimessione e in risposta al quesito in essa posto, affermano che sostenere la nullità di tali accordi o la loro qualificazione in termini di preliminari chiusi significherebbe mortificare l'autonomia privata<sup>88</sup>. Libertà dunque delle parti di fare ricorso a «procedimenti contrattuali gradualmente» purché non contrastino con norme imperative e siano rispondenti ad un interesse concreto delle parti; libertà di dare vita a figure contrattuali atipiche che assumono rilievo all'interno della contrattazione preliminare purché il procedimento in cui si inseriscono risponda ad una causa concreta.

Un "altro" e "diverso" modo per rilevare e affermare la necessità di una declinazione al plurale delle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre che, se fondata nel riconoscimento della modularità dello schema giuridico che le accoglie, si rivela in grado di salvaguardare il contratto preliminare nella sua tradizionale e unitaria configurazione come "vero e unico" contratto preliminare dalla tradizione ammessa. Si potrà pure disquisire su figure contrattuali atipiche di contratto preliminare ovvero su accordi preliminari, tra loro differenziabili in preliminari "deboli" e in preliminari "forti" come "atti iniziali di un procedimento traslativo", ma non si potrà certo rinnegare l'esigenza di dovere ripensare al "contratto preliminare" come l'unica ed esclusiva fonte convenzionale dell'obbligo a contrarre nell'ambito della sequenza preliminare-definitivo.

---

<sup>88</sup> Ipotesi quest'ultima che in realtà parrebbe emergere dalla *ratio decidendi* formulata per il giudice del rinvio da Cass. n. 4628/2015, cit. (cfr. i rilievi svolti a p. 26 e nella nt. 78).