



# Diritto civile

## Corso P-Z

# Lezione 12

## Il contratto preliminare

---

Prof. Giovanni Pascuzzi

[www.giovannipascuzzi.eu](http://www.giovannipascuzzi.eu)



Antonio è interessato ad acquistare una porzione di fabbricato di proprietà di Filippo che è disponibile a venderla.

Antonio vuol impegnare Filippo alla conclusione del contratto. Ma prima di ogni cosa vuole essere certo che la porzione di fabbricato sia libera da ipoteche.

Antonio propone allora a Filippo di stipulare un contratto nel quale le parti si impegnano a stipulare un successivo contratto preliminare di compravendita non appena la Banca avesse dato, entro un certo termine, l'assenso alla cancellazione dell'ipoteca gravante su tale bene.

Quali problemi pone questo tipo di accordo?

## 1351. *Contratto preliminare.*

Il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo.

## 2645 bis Trascrizione di contratti preliminari.

1. I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

2. La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

3. Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2).

4. I contratti preliminari aventi a oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

5. Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti.

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

Questo articolo è stato aggiunto dall' art. 3, comma 1, del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 1997, n. 30.



# Contratto **preliminare**

- Le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto, detto **definitivo**, i cui elementi fondamentali sono già fissati nello stesso preliminare
- Il preliminare unilaterale si ha quando l'obbligo di prestare il consenso per il definitivo è assunto solo da una delle due parti mentre l'altra rimane libera
- Il preliminare deve rivestire, appena di nullità, la stessa forma prescritta dalla legge per il contratto definitivo (1351 codice civile)

# Natura giuridica del preliminare

- Tesi tradizionale:
  - il contratto preliminare ha natura meramente preparatoria avente ad oggetto l'obbligo di prestare il consenso per la conclusione del definitivo
- Tesi del doppio contratto:
  - attribuisce al contratto definitivo la funzione di controllo delle sopravvenienze mentre dal preliminare nascerebbero due obblighi:
    - a) l'obbligo di prestare il consenso e
    - b) l'obbligo di dare o di fare cioè di realizzare concretamente l'assetto di interessi programmato
- Tesi minoritaria:
  - il preliminare è un contratto definitivo ad effetti solo obbligatori che costituisce la fonte di tutti gli obblighi giuridici mentre il definitivo mira soltanto a realizzare l'effetto traslativo previsto dal preliminare

# La causa del contratto definitivo

- Tesi della causa unica:
  - la causa del contratto definitivo è nella funzione che di volta in volta è perseguita dalle parti attraverso quel contratto
- Tesi della causa solutionis:
  - l'unica funzione del definitivo sarebbe quella di adempiere agli obblighi nascenti dal preliminare
- Tesi della doppia causa:
  - individua nel definitivo due funzioni:
    - a) una interna e variabile propria del tipo contrattuale di volta in volta realizzato
    - B) l'altra esterna e fissa consistente nell'adempimento degli obblighi nascenti dal preliminare

# Contratto definitivo non conforme al preliminare

- tesi della prevalenza del definitivo:
  - non determina un vizio del definitivo il quale prevale sulle pattuizioni del preliminare assumendo il significato di una nuova regolazione dei rapporti tra le parti che si sovrappone a quella originaria
- tesi della doppia causa
  - se il definitivo si discosta dal preliminare perché rappresenta un nuovo modo di regolare i reciproci interessi tra le parti, il definitivo prevale sul preliminare e realizza la funzione di controllo delle sopravvenienze. Se invece sono intervenuti fatti nuovi e nuove valutazioni di interessi, il definitivo che si discosta dal preliminare costituisce a tutti gli effetti un inadempimento degli obblighi assunti originariamente e perciò il contrasto si risolve a favore del preliminare
- tesi della causa solutionis:
  - avendo il definitivo mera funzione di adempimento degli obblighi preliminari non potrebbe discostarsi dal contenuto del preliminare senza incorrere nell'inadempimento

# Effetti sul definitivo del preliminare viziato

(in esecuzione di un preliminare risolubile o viziato viene concluso un definitivo: questo risente dei vizi del primo?)

- **Tesi tradizionale:**
  - la stipula del definitivo esaurisce il rilievo del preliminare per cui si esclude che possono essere fatti valere vizi del preliminare e che possano inficiare la validità del definitivo
- **Tesi della doppia causa:**
  - la soluzione dipende dal rilievo che si attribuisce la causa esterna rispetto a quella interna in quanto la causa esterna consistente nell'adempimento degli obblighi nascenti dal preliminare rafforza la dipendenza funzionale fra preliminare e definitivo



# Effetti sul preliminare del definitivo viziato

(se ad un preliminare non viziato consegua un definitivo viziato il preliminare risente dei vizi del definitivo?)

- **Tesi tradizionale del preliminare come promessa di consensi**
  - il definitivo, seppur viziato, vale comunque realizzare il preliminare da cui nasce il sole impegna a concludere il contratto. Gli obblighi nascenti dal preliminare vengono adempiuti a condizione che venga stipulato un definitivo seppur viziato
- **tesi del preliminare come promessa delle prestazioni finali**
  - solo un definitivo valido ed efficace consente di realizzare l'interesse alla prestazione finale già presente nel preliminare. In caso di stipula di un definitivo viziato il preliminare rimane in vita e deve essere seguito da un nuovo definitivo non viziato

# Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare

## A) azione di risoluzione

- risoluzione per inadempimento:
  - è configurabile verso il preliminare solo nel caso di mancata conclusione del contratto definitivo nei termini prefissati
- risoluzione per impossibilità sopravvenuta:
  - al momento della stipula del preliminare rileva solo il fatto che sia possibile concludere il contratto definitivo essendo irrilevante che le prestazioni finali siano divenute impossibili
- risoluzione per eccessiva onerosità
  - non rileva al momento della conclusione del preliminare per cui la relativa azione sarà esperibile solo contro il definitivo

# Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare

## B) azioni per vizi della cosa

- tesi negativa:
  - non sono esperibili nei confronti del preliminare non producendo questo l'immediato effetto traslativo della proprietà del bene
- tesi positiva:
  - non costituendo il preliminare la fonte di un obbligo di contrarre ma comprendendo anche l'impegno a realizzare prestazioni finali qualora la cosa sia viziata il promissario acquirente avrebbe la possibilità di avvalersi delle tutele contro i vizi della cosa

# Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare

## C) azione di rescissione

- Tesi della rescindibilità del solo vincolo
  - la lesione e l'iniquità caratterizzano solo il definitivo mentre al momento della stipula del preliminare rimangono solo potenziali e non immediatamente azionabili
- tesi della rescindibilità del solo preliminare
  - in quanto il preliminare è l'unico atto di natura negoziale cui si ricollegano gli effetti iniqui o la lesione da impugnare
- tesi della rescindibilità del preliminare e del definitivo
  - poiché già al momento della stipula del preliminare si può presentare la lesione così come non può escludersi che lo stato di bisogno perduri fino al momento della stipula del definitivo

# Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare

## D) azione di surrogazione

- tesi tradizionale
  - al creditore non sarebbe possibile sostituirsi al debitore nell'esercizio di un suo diritto, quale quello derivante da un contratto preliminare consistente nella conclusione di un contratto
- tesi positiva
  - è esperibile l'azione surrogatoria in quanto la conclusione del definitivo non comporterebbe la spendita di alcuna volontà negoziale ma solo l'adempimento di una obbligazione assunta

# Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare

## E) azione di revocazione

- tesi classica
  - è esercitabile solo dopo la stipula del definitivo che segna il momento in cui il debitore dispone effettivamente del suo patrimonio
- tesi minoritaria
  - l'azione di revocazione è esperibile solo contro il preliminare in quanto il definitivo avrebbe natura di mero atto di adempimento e non sarebbe revocabile

# Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare

## F) rimedio ex art. 2932

2932. Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

La parte non inadempiente può chiedere  
la risoluzione del contratto  
il risarcimento del danno  
oppure può valersi del rimedio dell'articolo 2932  
a condizione  
che sia possibile  
che il titolo non lo escluda  
e che sia stato adempimento offerto di adempimento da parte del soggetto che intende avvalersene

# Ipotesi applicative

## A) PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI

- Si caratterizza per l'anticipazione al momento della stipula del preliminare di alcuni effetti tipici del definitivo
- Natura giuridica
  - tesi del contratto definitivo:
    - deve escludersi la natura preliminare del contratto il quale può considerarsi a tutti gli effetti un definitivo con parziale anticipazione di alcuni effetti
  - tesi del procedimento contrattuale:
    - inquadra i due contratti in un procedimento negoziale complesso in cui gli effetti contrattuali si scindono in più fasi successive
  - tesi del contratto preliminare:
    - l'anticipazione non vale a modificare la natura giuridica e la funzione tipica del preliminare a meno che non si realizzi una completa anticipazione di tutti gli effetti



# Ipotesi applicative

## A) PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI

- Si caratterizza per l'anticipazione al momento della stipula del preliminare di alcuni effetti tipici del definitivo
- Natura giuridica (risoluzione del contrasto)
  - Tesi del collegamento negoziale
    - il contratto preliminare si caratterizza proprio per la volontà delle parti di rinviare ad un momento successivo l'effetto traslativo che costituisce il principale e tipico effetto del contratto definitivo. Per le sezioni unite al momento della stipula del preliminare ad effetti anticipati le parti si limitano a realizzare accanto all'effetto obbligatorio tipico dei preliminari altri effetti come alcune prestazioni tipiche del contratto definitivo quale la consegna della cosa e il pagamento integrale o parziale del prezzo
      - Cassazione, Sezioni Unite, 27 marzo 2008 n. 9730
      - Cassazione 1° marzo 2010 n. 4863

# Ipotesi applicative

## B) PRELIMINARE CON CONSEGNA ANTICIPATA DEL BENE

- Possesso o detenzione?
- tesi della detenzione
  - si fonda sulla considerazione che il preliminare è sempre un contratto ad effetti obbligatori e non traslativi per cui il promissario acquirente è consapevole di ricevere la materiale disponibilità della cosa senza l'animus rem sibi habendi necessario per il possesso
- tesi del possesso
  - al momento della consegna del bene ha la piena consapevolezza di essere destinato ad acquistare la proprietà del bene assicurando quindi l'animus possidenti

# Ipotesi applicative

## B) PRELIMINARE CON CONSEGNA ANTICIPATA DEL BENE

- Possesso o detenzione? (Risoluzione del contrasto)
  - L'effetto della consegna del bene viene collegata al contratto di comodato stipulato fra le parti contestualmente e quindi la posizione dei promissari acquirenti non ha natura di detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse ma alieno nomine
    - Cassazione, Sezioni Unite, 27 marzo 2008 n. 9730
    - Cassazione 1° marzo 2010 n. 4863

# Ipotesi applicative

## C) PRELIMINARE DI COSA ALTRUI

- Contratto con il quale il promettente venditore promette di vendere una cosa di cui non è proprietario al momento della stipula del preliminare
- 1. Preliminare di cosa altrui con cui le parti si impegnano a stipulare un definitivo di cosa altrui
  - la cosa continua ad essere altrui anche al momento della stipula del definitivo
- 2. Preliminare di cosa altrui con cui le parti si impegnano a stipulare un normale definitivo
  - al momento della conclusione del definitivo la cosa è passata in proprietà al promettente venditore o questi ne può disporre

# Il preliminare del preliminare

- Cassazione civile sez. un. 06/03/2015 n. 4628
  - *In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, 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 originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.*