

## 19) CONTRATTO PRELIMINARE: LA FORMA E L'ADEMPIMENTO

Fonti: 1351, 2932, 2657 cod. civ.: art. 216 cod. proc. civ.

Con il contratto preliminare le parti si obbligano reciprocamente a concludere un futuro contratto (definitivo) del quale predeterminano il contenuto. A esso si ricorre nella pratica, specie in caso di compravendita, allorché le parti, pur volendo assicurarsi il

impegno alla conclusione del contratto definitivo, intendono riservarsi ulteriori accertamenti tecnici nonché il c.d. controllo delle sopravvenienze (ad es. di ordine economico) al fine di una migliore puntualizzazione di tutte le clausole dell'accordo, e preferiscono pertanto rinviare a un momento successivo la stipula del contratto definitivo e la produzione dei suoi effetti (ad es. l'effetto traslativo della proprietà). Va distinto dal contratto preliminare – nonostante nella pratica venga spesso denominato erroneamente allo stesso modo – il contratto mancante dei requisiti necessari per la trascrizione, nel quale le parti si impegnano appunto a una futura *riproduzione* dell'accordo in una forma diversa (scrittura privata autenticata o atto pubblico) prescritta dalla legge per la pubblicità a mezzo di trascrizione. Al di là della terminologia usata, è la situazione degli interessi dei contraenti e l'intenzione da essi manifestata che permette di distinguere le due ipotesi, configurandosi nel secondo caso un contratto definitivo, produttivo di tutti gli effetti tra le parti (ad es., nella compravendita di cosa determinata, dell'effetto traslativo della proprietà).

Il codice civile dispone che il contratto preliminare deve essere stipulato nella stessa forma che la legge eventualmente richiede per la validità del contratto definitivo (art. 1352 cod. civ.). Un vivace contrasto è insorto in giurisprudenza riguardo alla forma richiesta per la risoluzione consensuale del contratto preliminare avente

a oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari. La

affrontata nella prima delle due sentenze di seguito riportate, verte su due principi che connotano il nostro ordinamento giuridico: quello della libertà di forma, da un lato; quello che richiede la forma scritta *ad* per le contrattazioni più importanti (tra cui quelle costituite o traslative di diritti reali su beni immobili), dall'altro. La decisione della suprema corte è riconducibile all'orientamento secondo cui la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare alla forma scritta (da ravvisare nell'incidenza che il preliminare spiega, sia pure in via mediata tramite l'assunzione di obbligazioni, sui diritti reali immobiliari) si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso.

Il nostro codice prevede, inoltre, una particolare sanzione per l'inadempimento del contratto preliminare, alternativa ai normali rimedi risolutivi e risarcitori: mediante l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, prevista dall'art. 2932 c.c., la parte disposta ad adempiere può chiedere una sentenza costitutiva che produca gli effetti che sarebbero scaturiti dal contratto definitivo ove la parte inadempiente si fosse indotta spontaneamente a prestare il consenso necessario per concluderlo. La sentenza di cui all'art. 2932 è costitutiva proprio perché si pone come fonte degli effetti del contratto definitivo non concluso.

Uno dei problemi più discussi, in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, riguarda il preteso principio di intangibilità, a opera della pronuncia ex art. 2932, del regolamento di interessi contenuto nel preliminare: tale questione viene affrontata nella seconda sentenza.

La costruzione teorica dominante nella dottrina tradizionale riconduce alla natura costitutiva della sentenza ex art. 2932 tre corollari: a) il giudice compie un accertamento concernente la non conclusione del contratto cui il promittente era obbligato, ma solo in funzione della costituzione in via giudiziale degli effetti che sarebbero derivati dal contratto definitivo; b) la sentenza si presenta come un surrogato del contratto dovuto; c) l'autorità giudiziaria non può, dunque, sostituirsi alla volontà delle parti se non limitatamente alla produzione degli effetti: sicché l'esecuzione è ammissibile solo se e

in quanto risultino preventivamente determinati, dalla volontà delle parti, gli elementi essenziali del contratto e in fatto tali elementi siano rimasti identici.

La tendenza della dottrina più recente è, invece, volta a considerare il rimedio ex art. 2932 soprattutto quale strumento di attuazione coattiva di un programma obbligatorio: la sentenza costitutiva è un rimedio contro una situazione obbligatoria rimasta insoddisfatta laddove il momento costitutivo è strumentale all'esecuzione specifica.

La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto l'ammissibilità di una asimmetria tra preliminare inattuato e sentenza che tiene luogo del contratto definitivo non concluso, correggendo, così, il principio dell'intangibilità, in sede di esecuzione specifica ex art. 2932, delle condizioni contrattuali sancite dal preliminare.

La sentenza che si riporta è riconducibile all'indirizzo decisamente erosivo del principio di assoluta immodificabilità del contratto preliminare a opera del giudice.

La vicenda, in breve, è questa. I promittenti venditori si rifiutano di concludere il contratto definitivo avente a oggetto un terreno, che, successivamente alla conclusione del preliminare, era stato parzialmente occupato dalla Pubblica Amministrazione per costruirvi un edificio scolastico. Convenuti in giudizio dal promissario acquirente, eccepiscono l'inammissibilità della domanda ex art. 2932 c.c., sostenendo che il bene oggetto della domanda è diverso da quello oggetto di preliminare, e chiedono, di conseguenza, che venga dichiarata la risoluzione totale del preliminare. Il promissario acquirente insiste, invece, affinché venga risolto il contratto preliminare nella parte relativa alla quota di terreno ormai intrasferibile e si disponga il trasferimento della porzione residua ai sensi dell'art. 2932 c.c.; chiede, in via subordinata, che venga risolto l'intero preliminare con obbligo di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dei promittenti.

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della decisione del giudice di merito che aveva ritenuto «astrattamente ammissibile» la domanda di trasferimento di parte dell'originario terreno promesso, ma concretamente inaccoglibile «per la sua

incompatibilità con la pretesa risoluzione parziale della promessa di vendita», afferma l'eseguibilità del preliminare di vendita di un bene che, *medio tempore*, abbia subito modifiche o deprezzamenti o decurtazioni.

Superata così la barriera dell'intangibilità del regolamento di interessi, che condurrebbe alla drastica alternativa per il promissario fra accettare il bene non conforme alla previsione contrattuale pagando il prezzo risultante dal preliminare, ovvero domandare la risoluzione giudiziale dell'intero contratto o l'eventuale risarcimento dei danni, i giudici della Suprema Corte ammettono la praticabilità di una «terza via» che attribuisce al rimedio predisposto dall'art. 2932 un'adeguata duttilità funzionale agli interessi del soggetto che intende avvalersene.

**Cass. civ. 29 gennaio 1994, n. 928 - in Il Foro Italiano, 1994, I, 710.**

(*Omissis*) - *Diritto* - Il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1372 c.c. ed omessa e contraddittoria motivazione sul punto anzidetto della controversia. Deduce, che, in assenza di una specifica norma di diritto, erroneamente dalla corte di merito è stata ritenuta necessaria la forma scritta per la validità dell'accordo risolutorio del contratto preliminare di compravendita dell'immobile, intercorso tra le parti.

Il motivo è infondato e va disatteso, in quanto la sentenza impugnata, confermando sul punto controverso la soluzione adottata dal primo giudice, ha fatto corretta applicazione delle norme di diritto sostantivo, e particolarmente di quelle attinenti alla disciplina del contratto, ed ha fornito nel contempo motivazione sufficiente e non contraddittoria.

In realtà, con la censura indicata, il ricorrente ripropone in questa sede la questione se contratti risolutori di contratti preliminari aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari siano anch'essi soggetti alla forma scritta *ad* ovvero possano essere stipulati nella forma più libera.

Tale questione, sollevata da dottrina e giurisprudenza per l'affermata autonomia del contratto preliminare rispetto a quello definito ex art. 1321 c.c., è stata ripetutamente e prevalentemente risolta dalla giurisprudenza nel senso della necessità della forma scritta *ad substantiam*, alla quale ha fatto ossequio il secondo giudice con la sentenza impugnata. Ciò sulla base di una valutazione delle

zioni apportate dagli art. 1351 e 2932 c.c. vigente alla precedente disciplina dei contratti preliminari e sulla base della constatazione che, accanto al principio generale della libertà della forma dei contratti, esiste l'altro principio, del pari affermato dal legislatore, secondo il quale tutti gli atti ed i contratti che hanno per oggetto la contrattazione di beni immobili, stante l'importanza degli obblighi che le parti assumono, devono essere accompagnati e rivestiti da particolari garanzie di forma, per cui tale principio va applicato in tutte le esteriorizzazioni nelle quali ricorre la medesima ratio che ha ispirato il legislatore per la soddisfazione delle esigenze sopra ricordate e quindi anche per tutte le manifestazioni di volontà che mirano a modificare o estinguere il contratto preliminare.

Poi, di recente, è stato affermato che la risoluzione consensuale di un contratto, riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione dei diritti reali immobiliari, è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non soltanto quando il contratto da risolvere sia definitivo e, quindi, il contratto risolutorio rientri nella espressa previsione dell'art. 1350 c.c., ma anche quando detto contratto da risolvere sia preliminare, tenuto conto che la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare alla forma indicata (ai sensi dell'art. 1351 c.c. da ravvisare nella incidenza che il preliminare spiega sui diritti reali immobiliari, sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazione) si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso (Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8878).

Questo collegio non ha motivi per discostarsi dall'orientamento sopra citato. (*Omissis*).

## II

**Cass. civ., sez. II, 24 aprile 1993, n. 5066 - in Giurisprudenza civile 1994, I, 489.**

(*Omissis*) - *Diritto* - L'inadempimento del contratto preliminare di compravendita da parte del promittente alienante legittima il promissario a proporre la domanda di risoluzione (art. 1453 cod. civ.) e quella di esecuzione specifica del contratto (art. 2032 cod. civ.). E, qualora sia scelta quest'ultima domanda e nel corso del processo sia impossibile insistere per il suo accoglimento integrale per essere venuta meno una parte dell'oggetto del contratto, il promissario può limitare la richiesta di esecuzione alla porzione residua, e il giudice di merito deve disporre in conformità, salvo il caso in cui ritenga, con suo apprezzamento incensurabile, che il bene sia divenuto radicalmente diverso da quello pattuito. In proposito, va osservato che le Sezioni Unite di questa Corte hanno risolto (v. sent. n. 1720 del 1985), nel senso favorevole all'indirizzo di ampia tutela del il contrasto formatosi fra le pronunce delle sezioni semplici circa la possibilità o

meno di sperimentare l'azione di cui all'art. 2932 del cod. civ., qualora la sentenza debba prevedere condizioni diverse da quelle contenute nel contratto preliminare. Per le Sezioni Unite la pronuncia giudiziale non può operare il trasferimento di un bene diverso da quello su cui si sia formato il consenso delle parti, ma perché si abbia diversità dell'oggetto non è sufficiente qualsiasi difformità o vizio, essendo necessaria una modifica tale da incidere sulla struttura e sulla funzione del bene e sulla possibilità di utilizzarlo secondo l'uso convenuto. Solo in quest'ultima ipotesi la sentenza prevista dall'art. 2932 cod. civ. modificherebbe e sostituirebbe inammissibilmente la volontà manifestata dalle parti nel contratto preliminare.

Nella specie, la Corte di rinvio ha ammesso, in applicazione di tale principio, l'astratta esperibilità in una situazione come quella sottoposta al suo esame, della domanda di cui all'art. 2932, ma ne ha escluso la proponibilità in concreto per la sua incompatibilità con l'azione di risoluzione parziale del contratto preliminare, promossa per la parte di suolo divenuta di proprietà pubblica, e quindi, intrasferibile per effetto della costruzione su di essa compiuta dell'immobile ad opera del Comune, in base al rilievo che, per costante orientamento della Corte di Cassazione, è inconcepibile la risoluzione parziale del contratto di compravendita per inadempimento relativo al suo oggetto, non potendosi realizzare in tal caso la completa remissione in pristino cui detta azione è per sua stessa natura diretta (sent. nn. 4762 del 1991, 1874 del 1985, 6935 del 1982 e 420 del 1981).

Tale indirizzo si è, però, formato in tema di contratto definitivo di compravendita in ordine al quale la risoluzione parziale non consentirebbe il ripristino della situazione originaria realizzabile solo mediante il ritrasferimento del diritto di proprietà dell'intero bene dall'acquirente all'alienante. Nell'ipotesi di contratto preliminare, invece, questo ostacolo alla configurabilità della risoluzione parziale non sussiste, perché da essa deriva soltanto lo scioglimento del vincolo obbligatorio e, quindi, il venire meno degli impegni rispettivi ad alienare e ad acquistare con riferimento alla parte del bene promesso in vendita e non più trasferibile, il che non comporta alcun problema di remissione in pristino del diritto reale sul bene. Inoltre, contrariamente a quel che ha ritenuto il giudice di rinvio, è la disciplina della risoluzione per inadempimento che deve essere coordinata con quella dell'azione prevista dall'art. 2932 del cod. civ. Se alla parte non inadempiente è stato concesso di promuovere a sua scelta l'una o l'altra delle menzionate azioni, deve ritenersi che, nel caso in cui sia divenuto impossibile nel corso del processo ottenere una sentenza di esecuzione specifica del contratto preliminare per l'intero bene promesso, la stessa parte sia abilitata a sperimentare la azione risolutoria per la prestazione non più eseguibile. In caso contrario la parte che abbia scelto l'azione di esecuzione specifica e che ad essa abbia ancora interesse, anche in presenza di una riduzione del suo oggetto, potrebbe chiedere il solo accoglimento di tale domanda, certamente proponibile per le anzidette ragioni, mentre le sarebbe precluso l'esercizio congiunto dell'azione di risoluzione per la prestazione divenuta inesigibile, il cui esperimento comporterebbe addirittura l'improponibilità

non solo di tale domanda, ma anche di quella prevista 2932 dal cod. civ. per l'incompatibilità di cui non si rinvergono elementi di riscontro oggettivi. E l'unico rimedio apprestato alla parte senza alcuna limitazione sarebbe, quindi, costituito dall'azione di risoluzione dell'intero contratto preliminare alla quale, in assenza di più estesa tutela, la medesima sarebbe costretta a fare ricorso, eventualmente anche in contrasto con il suo interesse al simultaneo parziale accoglimento delle due pretese giudiziali.

*Pertanto, la Corte d'appello è incorsa in errore non avendo applicato il principio secondo cui la parte non inadempiente del contratto preliminare di compravendita che abbia proposto la domanda di cui all'art. 2932 del cod. civ., in caso di sopravvenuta eseguibilità solo parziale della prestazione, può limitare la sua pretesa alla porzione residua del bene, purché questo non sia divenuto diverso, abbia cioè conservato la sua struttura e la sua funzione, e proporre contemporaneamente la domanda di risoluzione per la prestazione divenuta impossibile.*

Consegue che il ricorso deve essere accolto, e, in relazione ad esso, la sentenza impugnata deve essere cassata e la causa rinviata per un nuovo esame alla Corte d'appello di Napoli, che, nel decidere si adeguerà all'enunciato principio di diritto. (*Omissis*).