
DIRITTO PRIVATO

a cura di

ENRICO GABRIELLI

Addenda al

Capitolo XVII

FORMAZIONE E CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Alessandro D'Adda



G. Giappichelli Editore

*Per un inconveniente tecnico è stato omissso il paragrafo 11
che riportiamo nelle pagine seguenti.
Ci scusiamo con il lettore. [ndr]*

CAPITOLO XVII

FORMAZIONE E CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Alessandro D'Adda

SOMMARIO: 1. La conclusione del contratto: la regola generale. Le modalità di scambio di proposta ed accettazione. – 2. *Segue*. Contratti consensuali e contratti reali. – 3. L'offerta al pubblico. – 4. Revoca della proposta e dell'accettazione. – 5. La proposta irrevocabile. – 6. L'opzione. – 7. La prelazione. – 8. Il contratto aperto all'adesione. – 9. Le trattative e la responsabilità precontrattuale. – 10. La natura della responsabilità precontrattuale ed il danno risarcibile. – **11. Il contratto preliminare.** – **12. Integrazione cogente ed inserzione automatica di clausole.**

11. Il contratto preliminare

Talora, le parti che hanno di mira un determinato affare (si pensi all'alienazione di un bene immobile dietro il pagamento del prezzo) non stipulano, all'esito delle trattative, il contratto che direttamente realizza l'operazione economica prospettata, ma preferiscono concludere un accordo con cui *si obbligano* reciprocamente alla conclusione del contratto "finale" (nel caso evocato il contratto di compravendita che trasferisce il bene).

Un siffatto accordo obbligatorio viene denominato "contratto preliminare", mentre il contratto che realizza in via finale l'operazione economica programmata è il "contratto definitivo".

Di regola è il tenore letterale del contratto ad evidenziare la natura preliminare ovvero definitiva della pattuizione: così le parti, con il preliminare, dichiarano di "obbligarsi a vendere" un bene (ovvero "a concludere un successivo contratto") mentre con il definitivo "vendono" il bene o "concludono" il contratto (sicché, quando programmino effetti traslativi, i contraenti si definiranno "*promittente venditore*" e "*promissario acquirente*"). Tuttavia talora i confini tra le due figure può risultare incerto e dovrà essere oggetto di disamina l'intero regolamento contrattuale per intendere la effettiva natura del contratto concluso.

L'accordo obbligatorio così descritto non costituisce tuttavia una fase delle trattative, ma è già un contratto che dispiega pienamente "forza di legge tra le parti", e le

vincola alla stipulazione del contratto “finale”, nel caso appena evocato, di trasferimento della proprietà del bene.

Le ragioni che inducono i contraenti a “frazionare” il proprio programma negoziale possono essere le più diverse: così l’acquirente può avere necessità di tempo per ottenere un finanziamento che gli consenta di pagare il prezzo del bene; ovvero per effettuare le ultime verifiche circa la conformità del bene a quello promesso.

Con la stipulazione del preliminare egli riesce così a contemperare simili, opposte, esigenze: per un verso l’affare è in tal guisa “bloccato”, perché le parti, lungi dal restare sul mero piano della trattativa hanno già stipulato un contratto vincolante; per altro verso la produzione degli effetti finali (sovente, come detto traslativi) e quindi anche l’obbligo alla corresponsione del prezzo, possono essere differiti nel tempo. E qualora nelle more della stipulazione del definitivo sopravvengano fatti (o si prenda conoscenza di circostanze) che non consentano la realizzazione dell’interesse programmato dalle parti, il contraente pregiudicato potrà cautelarsi, sottraendosi alla stipulazione del contratto definitivo.

Se gli effetti finali dell’operazione perseguita dai contraenti si realizzano col definitivo, il preliminare potrebbe tuttavia essere “ad effetti anticipati”: è quel che accade quando già al momento della sua stipulazione le parti eseguano talune delle prestazioni dovute in via definitiva solo alla stipulazione del contratto finale. Ad esempio, le parti possono prevedere che il compratore paghi in via anticipata (integralmente o parzialmente) il bene; ovvero che sia immesso nel possesso del medesimo senza attendere la stipulazione del definitivo.

Di frequente il preliminare è stipulato in vista di un successivo negozio traslativo, sicché risulta qui nitida la distinzione degli effetti dei due contratti: effetti *obbligatori* quanto al preliminare, effetti reali (appunto traslativi) per il definitivo. Ma non si può escludere che le parti si vincolino in via preliminare alla successiva stipulazione di un contratto ad effetti obbligatori (si pensi ad un preliminare relativo alla prestazione di complesse attività di consulenza).

Poiché è un contratto immediatamente vincolante per le parti, il preliminare deve definire già in modo completo il contenuto del contratto definitivo; in caso contrario non sarebbe possibile intendere a che cosa le parti si siano obbligate, ed il preliminare non potrebbe che dirsi nullo per indeterminazione dell’oggetto. Può essere invece demandata al momento della stipulazione del contratto finale la definizione degli elementi accessori ed accidentali del negozio, ma le parti debbono essere concordi nell’apportare siffatte integrazioni.

In ogni caso, alla stipulazione del definitivo, le parti potranno di comune accordo – restando altrimenti vincolate ai termini dal preliminare – modificare il regolamento già predeterminato nel preliminare; in tal caso sarà evidentemente solo il definitivo a produrre effetto tra i contraenti poiché la volontà di questi ha superato quella originariamente manifestata con la conclusione del preliminare, che obbliga esclusivamente alla conclusione del definitivo.

Il codice civile non detta una disciplina analitica del preliminare: l’art. 1351, senza definire il preliminare, regola tuttavia la forma del contratto, prevedendo che esso debba avere la stessa forma prevista per il definitivo che la parti si sono obbligate a stipulare. Sicché il contratto preliminare di alienazione di un bene immobile dovrà es-

sere stipulato in forma scritta atteso il vincolo di forma previsto dall'art. 1350 per i contratti (finali) traslativi di diritti su beni immobili.

Si è detto che il preliminare non “registra” o documenta una fase delle trattative, ma costituisce già la positiva conclusione di una trattativa, all'esito della quale le parti decidono di stipulare un contratto che le vincola. In questo senso il preliminare deve essere tenuto ben distinto dalle *bozze*, *puntuazioni* o *minute* di contratto, con cui le parti di una trattativa documentano in forma scritta – ma senza vincolarsi in alcun modo alla prosecuzione della negoziazione e tanto più alla stipulazione di un negozio – i “punti” su cui già abbiano raggiunto un accordo, che diverranno tuttavia vincolanti solo al momento in cui il consenso delle parti investirà l'intero accordo. Tali scritture – assai frequenti nel caso di contrattazioni dall'oggetto particolarmente complesso – si limitano pertanto a rappresentare lo stadio della trattativa cui siano giunte le parti, restando però del tutto prive di forza vincolante. Possono semmai fornire indicazioni circa la natura o meno nel caso in cui si lamenti una rottura ingiustificata dalle trattative, ragione di responsabilità precontrattuale: se le minute o puntuazioni attestino uno stadio avanzato della trattativa poi interrotta potrebbe essere più agevole considerare ingiustificato il recesso dalle medesime; quando al contrario certifichino che la fase prenegoziale è solo agli inizi, l'abbandono delle medesime apparirà più facilmente giustificata, in quanto manifestazione di presa d'atto dell'impossibilità per le parti di raggiungere un accordo vincolante.

Ancor più distanti dal preliminare sono poi le lettere di intenti, scritture unilaterali – anche se sovente “accettate” dal destinatario, con cui di regola si avvia una trattativa definendo in forma scritta il perimetro della stessa.

Da altro (e speculare) punto di vista il preliminare deve essere tenuto distinto dal contratto con cui le parti si vincolino già in via definitiva, così realizzando in via immediata gli effetti finali (reali e/o obbligatori) programmati, ma si obbligano alla successiva “riproduzione” del negozio in forma solenne (normalmente l'atto pubblico). Qui non si dà luogo all'evocata sequenza contratto preliminare – contratto definitivo, bensì a quella tra contratto definitivo e sua riproduzione in forma diversa, ad esempio ai fini di opponibilità a terzi del regolamento stesso. È quel che accade nel caso in cui i contraenti concludano con scrittura privata un contratto di vendita di un bene immobile, riservandosi di procedere di seguito alla ripetizione del contratto mediante atto pubblico, avendo il compratore l'interesse a trascrivere l'acquisto per opporlo ai terzi.

Il contratto preliminare vincola tutte le parti alla stipulazione del definitivo; in tal senso si distingue nettamente dal patto di opzione, con cui la parte concedente soggiace agli effetti del contratto finale quando l'opzione sia esercitata dal beneficiario, restando però quest'ultimo libero di valersene (concludendo così il negozio finale) ovvero rinunciare all'esercizio del diritto di opzione. Talora si ritiene tuttavia prospettabile anche un *preliminare unilaterale*, in cui solo uno dei contraenti del preliminare è tenuto alla stipula del definitivo, restando libera la controparte di astenersi dalla stipulazione “finale”. Secondo altra opinione sarebbe tuttavia arduo distinguere la figura del preliminare unilaterale da quella del patto di opzione (ma si può evidenziare che se nell'opzione, il concedente è in una posizione di soggezione, e quindi “subisce” gli effetti di un contratto che si conclude con l'esercizio dell'opzione da parte di chi ne è titolare, nel preliminare unilaterale il soggetto obbligato è tenuto alla conclusione del contratto se controparte, non obbligata, glielo chieda).

Si diceva che non si può escludere che le parti si vincolino in via preliminare alla

successiva stipulazione di un contratto (non ad effetti reali bensì) ad effetti obbligatori. Talora si ritiene valido e produttivo di effetti finanche il contratto preliminare con cui le parti si obbligano alla stipulazione di un ulteriore contratto preliminare (c.d. “preliminare di preliminare”), schema che realizza un ulteriore frazionamento dell’operazione negoziale; la giurisprudenza sovente ha ritenuto una simile pattuizione invalida perché priva di causa (in quanto l’interesse a “promettere di promettere” non sarebbe meritevole di tutela realizzando un percorso negoziale “macchinoso” e privo di senso pratico); ma da ultimo non mancano segnali di apertura, avvalorati anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, propensi a giustificare “in concreto” l’operazione.

Nel caso di inadempimento agli obblighi che trovano fonte nel preliminare, e quindi nell’ipotesi di rifiuto di una delle parti alla stipulazione del definitivo, diversi sono i rimedi prospettabili in capo al contraente fedele (colui che è invece pronto a concludere il definitivo).

In primo luogo quest’ultimo (si pensi al promissario acquirente che prende atto dell’indisponibilità del promittente venditore a concludere l’atto di trasferimento del bene promesso) potrebbe decidere di rinunciare all’affare, chiedendo il risarcimento del danno a controparte.

La legge accorda tuttavia al contraente fedele pure un rimedio alternativo, che consente a quest’ultimo non il mero risarcimento bensì una tutela specifica o reale, che le consente di acquisire in via coattiva gli effetti che sarebbero seguiti alla fisiologica stipulazione del preliminare (e quindi, nell’esempio appena portato, l’acquisto della titolarità del bene promesso dal promittente venditore che si è reso inadempiente). L’art. 2932 cod.civ. (esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto) consente infatti al contraente fedele di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso per scelta (di inadempimento) della controparte, qualora ciò sia possibile ovvero non sia escluso dal titolo (e quindi dal contratto preliminare stesso).

In altre parole, il promissario acquirente deluso, che ha interesse ad acquisire la titolarità proprio di quel bene oggetto di preliminare, potrebbe agire in giudizio per chiedere al giudice una sentenza costitutiva che, accertato l’inadempimento, trasferisca essa stessa la proprietà del bene, producendo gli stessi effetti del contratto definitivo cui le parti erano obbligate. Naturalmente l’accoglimento di tale domanda postula che chi l’ha formulata (nel nostro caso il promissario acquirente fedele) abbia adempiuto la propria controprestazione (il pagamento del prezzo) ovvero ne faccia offerta nei modi di legge (magari rendendo disponibile la somma di denaro innanzi al giudice).

Una tutela siffatta si rivela efficace specie nei contratti ad effetti reali, in quanto in tale caso, l’effetto traslativo può essere assicurato dalla sentenza a prescindere da una condotta attiva “di esecuzione della prestazione” da parte del contraente inadempiente.

Come detto, la sentenza che produca gli effetti del definitivo non concluso deve tuttavia essere possibile; e perché lo sia è necessario che la prestazione cui le parti si sono obbligate con il preliminare possa ancora essere eseguita; il che non succede quando ad esempio, il bene promesso sia andato distrutto; ma anche – e si tratta della fattispecie più ricorrente di impossibilità – quando il promittente venditore non concluda il definitivo con il promissario acquirente perché, rendendosi inadempiente all’obbligo scaturente dal preliminare, ha già trasferito il bene ad un terzo soggetto.

In tale caso la tutela reale risulta preclusa, prevalendo l’interesse del terzo acqui-

rente del bene, ed il contraente fedele (nel caso esaminato il promissario acquirente che non riesce a vedere trasferito il bene in suo favore, e che magari aveva già provveduto al pagamento di un acconto di prezzo) dovrà limitarsi a chiedere alla controparte infedele la restituzione degli acconti ed il risarcimento del danno.

Tuttavia, proprio con riguardo all'ultima fattispecie descritta, il legislatore è intervenuto con l. 28 febbraio 1997, di conversione del precedente decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, introducendo l'art. 2645 *bis* c.c. che prevede la possibilità di chiedere la trascrizione del preliminare. Possibilità prima denegata attesa la tipicità degli atti soggetti a trascrizione di cui all'art. 2643 c.c. nonché la natura obbligatoria e non traslativa o costitutiva di effetti reali propria del preliminare (mentre, come si vedrà nella sede opportuna, la funzione della trascrizione è proprio quella di rendere opponibile atti che costituiscono o modificano diritti reali su immobili ovvero che trasferiscono la proprietà od altri diritti reali su immobili).

Rinviano ad altra sede la trattazione analitica del meccanismo di trascrizione del contratto preliminare, basti qui considerare che, trascrivendo il preliminare (che dovrà pertanto essere stipulato con atto pubblico o scrittura privata autenticata), il promissario acquirente di un bene immobile potrebbe formulare una domanda *ex art.* 2932 anche nel caso in cui il promittente venditore abbia alienato il bene ad un terzo, con atto antecedente la domanda *ex art.* 2932, ma successivo alla trascrizione del preliminare. Infatti, prevede l'art. 2645 *bis* 2° co., la trascrizione del definitivo o della sentenza di accoglimento della domanda *ex art.* 2932 prevale sulle trascrizioni degli acquisti di terzi successive alla trascrizione del preliminare; in altri termini, grazie alla previa trascrizione del preliminare, la trascrizione del successivo definitivo o della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 rende opponibili questi ultimi anche ad eventuali terzi che abbiano previamente acquistato il bene dal promittente venditore, ma in tempo successivo alla trascrizione del preliminare. Si parla al riguardo di c.d. effetto prenotativo della trascrizione del preliminare, che in qualche modo fa retroagire l'effetto della successiva trascrizione della sentenza *ex art.* 2932, ovvero del definitivo stipulato tra promissario acquirente e promittente venditore.

Si segnala che ai sensi dell'art. 2654 *bis*, 4° co., c.c., è trascrivibile anche il preliminare che ha ad oggetto immobili "*da costruire o in corso di costruzione*".

12. Integrazione cogente ed inserzione automatica di clausole

L'accordo contrattuale delinea pertanto il contenuto del contratto e gli effetti che gravano sui contraenti (sulla forza di legge del contratto cfr. ancora l'art. 1372 c.c.).

Talora tuttavia la legge contempla regole che possono integrare il contratto; e quindi vincolare le parti, che pure non le hanno stabilite.

L'integrazione del contratto per via legale può avvenire secondo due modalità tra loro radicalmente diverse. Talora l'integrazione serve a colmare lacune che le parti hanno lasciato nel regolamento contrattuale: è assai frequente infatti che i contratti non siano completi nel regolare qualsivoglia profilo di disciplina. E qui soccorre la legge (ma anche gli usi e l'equità: cfr. art. 1374 c.c.) con l'integrazione dispositiva o

suppletiva, che concorre con l'autonomia privata per assicurare ai contraenti una disciplina dell'affare la più possibile completa.

In altri casi, invece, l'integrazione del contratto ha una finalità completamente diversa: e mira a correggere il contratto che non osservi prescrizioni di legge inderogabili, cioè che non possono essere pretermesse da clausole negoziali che con esse siano contrastanti.

La norma inderogabile è una norma imperativa, che si impone quindi alle parti ed alla loro libertà di determinare il contenuto del contratto. Ma a differenza della normale previsione imperativa, che disapprova e vieta determinate clausole convenute tra le parti, colpendole con la nullità (si pensi al divieto del patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*), la norma inderogabile non si limita a disporre, in negativo, un divieto nei riguardi di determinate pattuizioni. Al contrario, ed in positivo, impone ai contraenti di un certo tipo contrattuale, la regola da osservare. Nel caso in cui i contraenti disciplinino però la materia mediante pattuizioni difformi rispetto a quelle imposte dalla legge, queste ultime non solo sono prive di efficacia, ma altresì vengono sostituite in via automatica dalle previsioni inderogabili che non sono state osservate dai contraenti (cfr. art. 1339 c.c.). Viene così impedita la nullità dell'intero contratto – che avrebbe potuto essere effetto della nullità della clausola difforme, se essenziale: cfr. art. 1419, 1° co., c.c. – a favore della conservazione del medesimo, ma secondo i contenuti voluti dalla legge, che le parti non avevano osservato (v. anche l'art. 1419, 2° co., c.c.).

In definitiva all'attivarsi del meccanismo dell'art. 1339 c.c. segue una correzione legale del contratto per come voluto dalle parti, e quindi l'applicazione di un dispositivo di integrazione cogente che entra in conflitto con il principio dell'autonomia privata, che affida alle scelte libere delle parti la costruzione del regolamento contrattuale.

Il meccanismo dell'art. 1339 è quindi presidio per l'intervento autoritativo dello Stato nel settore del diritto dei contratti. Ed ha avuto modo di attivarsi soprattutto nel secondo dopoguerra, in tempi in cui l'ordinamento statale ha talora inteso regolare direttamente prezzi e condizioni negoziali, attraverso, ad esempio, l'imposizione di calmieri o prezzi imposti (si pensi all'imposizione autoritativa dei prezzi del carburante, dei generi alimentari di prima necessità, ovvero del corrispettivo del contratto di locazione nei settori coperti dal c.d. "equo canone").

Una delle fattispecie più note in cui la sostituzione automatica di clausole ha ancora modo di manifestarsi si rinviene nel caso di contratto di locazione di immobili urbani. Qui la legge, con riguardo al contratto di locazione ad uso abitativo prevede che – salve deroghe speciali – il contratto di locazione abbia una durata minima di 4 anni, rinnovato, salva disdetta prevista in casi tassativi, per altri 4 anni. Ed evidente è la finalità di assicurare continuità al diritto del conduttore all'abitazione, perseguita in tal caso dal legislatore anche contro le scelte delle parti.

Ebbene, se il proprietario locatore riuscisse ad imporre al conduttore una durata del contratto di soli due anni, quindi inferiore al termine legale di 4 anni, e scaduto il biennio intendesse proceder allo sfratto del conduttore per finita locazione, non potrebbe conseguire un tale esito: il giudice chiamato alla convalida dello sfratto dovrebbe accertare la illecita previsione del termine biennale, e sostituirlo automaticamente con il termine legale quadriennale, dichiarando quindi la persistente operatività del contratto di locazione.