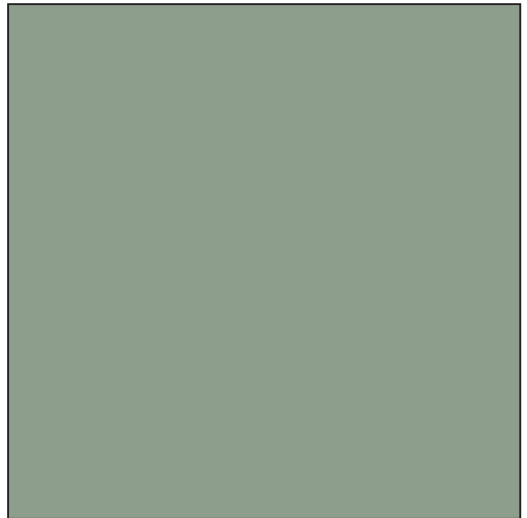


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

75



MANUELA MUSTARI

**IL LUNGO VIAGGIO
VERSO LA 'REALITÀ'**

*DALLA PROMESSA DI VENDITA AL
PRELIMINARE TRASCRIVIBILE*

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME SETTANTACINQUESIMO

MANUELA MUSTARI

**IL LUNGO VIAGGIO VERSO
LA 'REALITÀ'**

Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-13562-2

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2007

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Ai miei genitori, Pierluigi e Lucia

INTRODUZIONE

Che l'istituto 'contratto preliminare' abbia costituito fin dalla sua nascita nel nostro ordinamento oggetto di notevole interesse e studio per i civilisti è affermazione che risponde al vero, ma è altrettanto imperdonabilmente incompleta e fuorviante. L'interesse per il 'contratto che promette un altro contratto' nacque ben prima, infatti, che il legislatore del '42 introducesse il contratto preliminare nel codice civile ⁽¹⁾, costituendo già in vigenza del codice liberale, e soprattutto a partire dalla fine dell'800, fonte di forte attrazione e di curiosità, per i teorici come per i pratici ed anzi, soprattutto, per quella parte della dottrina che, per essere dedita all'attività forense, era particolarmente attenta alle esigenze della prassi ⁽²⁾. Eppure, nonostante l'intensità e la complessità del dibattito da allora mai sopito, nonostante la copiosità degli studi — dalle numerose monografie, agli articoli, alle note a sentenza — nonostante i numerosi

⁽¹⁾ Senza in alcun modo definirlo, ma limitandosi a dettare una norma (l'art. 1351) relativa alla forma, oltre al fondamentale art. 2932 sull'esecuzione coattiva tramite sentenza costitutiva del contratto non concluso (entrambi gli aspetti sono affrontati nella parte II, cap. II, di questo lavoro).

⁽²⁾ Il riferimento è non solo a LEONARDO COVIELLO, al quale si deve il noto scritto *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, poi trasfuso nella voce *Contratto preliminare* della *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. III, p. III, sez. II, Milano, 1902, p. 68 e ss., ma anche a GIOVANNI CARRARA, che ne *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, nell'ambito di una trattazione assai più vasta, tratta del contratto preliminare offrendo un contributo estremamente importante per lo studio, non solo della dottrina italiana a lui precedente e contemporanea, ma anche di quella tedesca sul *Vorvertrag*; a FRANCESCO CARNELUTTI, ed in particolare ai suoi scritti in materia di formazione progressiva del contratto (*Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, vol. XIV, 1916, II, p. 308 ss.; *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, vol. XV, 1917, parte I, p. 339 e ss.) ed infine ad IGNAZIO MOSCHELLA, che successivamente scrive la voce *Contratti preliminari*, per il *Nuovo Digesto italiano* (vol. IV, Torino, 1938, p. 21 ss.).

interventi giurisprudenziali che mai hanno subito una significativa battuta d'arresto sino ad oggi, il preliminare è stato decisamente trascurato dalla storiografia giuridica. E ciò può dirsi, senza esitazione, non solo limitandosi all'osservazione del contesto italiano, ma con riferimento al ben più vasto panorama europeo, o, almeno, a quelli francese e tedesco, dove pure non sono mancati, né mancano, interessanti contributi dei giuristi di diritto positivo ⁽³⁾.

A non pochi autori si deve riconoscere, ad onor del vero, il merito di aver dedicato — nell'ambito di studi sul contratto preliminare nel diritto attuale — interessanti pagine alla storia dell'istituto ⁽⁴⁾.

Abbiamo, insomma, delegato ad altri lo studio della storia del contratto preliminare, forse, a parere di chi scrive, percependo l'intensità del complicato dibattito civilistico, e ritenendo che la materia appartenesse, proprio per i risvolti tecnici indubbiamente complessi, più al civilista, appunto, che allo storico.

⁽³⁾ In realtà, lo si anticipa (ma si veda *amplius* la parte I, cap. II) desta stupore che proprio in Germania, dove la Pandettistica elaborò la figura del *Vorvertrag*, l'ultimo contributo sostanzioso sull'argomento risalga al 1965 (ci riferiamo alla monografia di DIETER HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsabschluss*, Marburg, 1965, che ha costituito importantissimo strumento per l'approfondimento dello studio del *Vorvertrag*). Altrettanto può destare stupore, *prima facie*, la constatazione che molto se ne sia parlato e se ne parli in Francia, dove, oltre ai contributi dottrinali (tra i quali sin da ora segnaliamo L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, p. 1-35) ed alle numerose sentenze, non mancano interventi, seppur settoriali, del legislatore (a legge n. 67-3 del 3 gennaio 1967 ha disciplinato il contratto di *vente d'immeuble à construire*; la legge n. 84-595 del 12 luglio 1984, più volte modificata, anche di recente, (dalla legge n. 2005-32 del 18 gennaio 2005 e dalla *Ordonnance* 2006- 346 del 23 marzo 2006, con riguardo ad articoli non rilevanti, comunque, ai nostri fini) disciplina appunto la *location-accession* (vedi parte I, cap. I).

⁽⁴⁾ In particolare, nella letteratura più recente, vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991; A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1988, pp. 290-294; Id., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. IX, tomo II, Torino, 1998.

È, invece, una mancanza, quella del contributo dello storico, che si fa sentire. Ed ancora, proprio per la complessità tecnica — che ha certamente offerto la possibilità, abilmente colta dai giuristi più accorti, in differenti momenti e contesti socio-economici, di fare del preliminare importante strumento di tutela d'interessi concreti — l'argomento si rivela particolarmente stimolante per lo storico del diritto.

Senza mai dimenticare di essere un giurista, infatti — il che si traduce nella necessità di previamente conoscere l'istituto e le problematiche tecniche da esso coinvolte — lo storico può, dal suo peculiare e privilegiato angolo di osservazione, tentare di leggere, nell'acceso e mai stanco dibattito dottrinale, nell'evoluzione della spesso 'artificiosa' interpretazione giurisprudenziale, nelle differenti scelte di un legislatore specchio fedele del periodo in cui si trova di volta in volta ad operare, la nascita e l'evoluzione dell'istituto, fornendo così al giurista di diritto positivo un utile mezzo per la miglior comprensione delle attuali problematiche poste dall'istituto e per la ricerca delle più idonee soluzioni.

Con questo spirito si è dunque ripercorsa la storia del contratto preliminare nel nostro ordinamento, dalla sua 'nascita' dottrinale — che viene unanimemente fatta coincidere, non senza un eccesso di semplificazione, con il noto scritto di Leonardo Coviello ⁽⁵⁾ — fino agli ultimi, recenti e recentissimi interventi del legislatore ⁽⁶⁾, tentando di comprendere i motivi reali ed il significato della sua introduzione nel nostro ordinamento ed il perché della sua diffusione, soprattutto nel settore delle compravendite immobiliari.

Tale impostazione ha consentito di appurare che, al di là di quello che può sembrare ad un primo, superficiale approccio, è possibile individuare, nella storia di questo complesso istituto, si-

⁽⁵⁾ *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, già citato.

⁽⁶⁾ Il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con l. 28 febbraio 1997, n. 30, il cui art. 3 ha significativamente modificato alcune disposizioni del vigente codice civile introducendo la possibilità di trascrivere alcuni contratti preliminari. Il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, attuativo della legge delega 2 agosto 2004, n. 210, ha introdotto strumenti di protezione per i promissari acquirenti (e gli acquirenti) di immobili da costruire o in corso di costruzione, in caso di sottoposizione del costruttore a procedure concorsuali o espropriative. Si è affrontata la riforma del 1997 nella parte II, cap. II, § 3. Al decreto del 2005 si è accennato nella parte II, cap. II, in nota n. 219.

gnificative linee di continuità, anzi, di più, un unico filo conduttore, consistente nella costante ed instancabile tensione verso un fine ben preciso: la 'realità', volendo intendere con questo termine la sintesi degli elementi caratterizzanti i contratti ad effetti reali.

Come poco sopra osservato, il primo studio organico sul contratto preliminare, risalente alla fine dell'800, è il noto contributo di Leonardo Coviello e si ispira, o, più propriamente, afferma di ispirarsi, alla dottrina tedesca del *Vorvertrag* (7).

Un'analisi che pretendesse di assumere tale studio come punto di riferimento iniziale, come data di nascita del contratto preliminare, non potrebbe risultare, però, che parziale ed incompleta.

Il primo modello ispiratore della nostra dottrina fu, infatti, quello francese, e, più precisamente, l'art. 1589 (8) del *code civil*, che, come interpretato dalla maggior parte degli autori dell'epoca, sanciva la perfetta equiparazione della promessa di vendita alla vendita (9).

(7) Sullo scritto di Coviello si veda la parte II, cap. I, § 1.3.1.

(8) Il tanto noto quanto discusso articolo recita testualmente: "La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix".

(9) È parso appropriato definire tali giuristi 'innovatori', in quanto aderenti all'ideologia del codice e conseguentemente propensi ad interpretare l'art. 1589 alla luce dell'introduzione del principio consensualistico. Si tratta di P. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, quinta edizione, Bruxelles, 1828, tomo XXXVI, voce *Vente*, § VII, pp. 83-85; A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le code français*, quarta edizione, Bruxelles, 1841, IX, liv. III, tit. VI, n. 47-58, pp. 22-27; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, 1869-1878, XXIV, n. 21-25, pp. 27-37; C. AUBRY e C. RAU, *Cours de droit civil français par C. S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la cinquième édition*, Bruxelles, 1838, I, § 349, p. 388. A tale corrente 'innovatrice' si contrappose una corrente che può essere denominata 'tradizionalista', perché i giuristi che vi aderirono interpretarono la formula "promesse de vente vaut vente" richiamandosi al significato originario dell'antico brocardo ed affermarono così l'autonomia della promessa dalla vendita definitiva. Tra i 'tradizionalisti' possiamo annoverare: C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Paris, 1824, quarta edizione, IX, n. 92, pp. 162-167; R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. De la vente, commentaires du tit. VI du liv. III du code civil*, n. 114-134, pp. 70-82; V. N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique di Code Napoléon*, quinta edizione, Paris, 1855, VI, liv. III, tit. VI, art. 1589, § I-VII, pp. 156-172.

E proprio nel dibattito ⁽¹⁰⁾ che dopo l'entrata in vigore del *code civil* si scatenò tra gli interpreti in relazione a tale articolo, all'apparenza chiaro e ben poco interpretabile, ancor prima che nell'elaborazione del *Vorvertrag* ad opera della Pandettistica tedesca, si deve individuare la nascita del contratto preliminare.

Impossibile, quindi, prescindere da un'indagine comparativa avente ad oggetto le esperienze di quegli ordinamenti — il francese ed il tedesco, appunto — che, seppur in modi ed in tempi diversi, influirono sulle scelte del nostro legislatore, e, prima ancora, su quelle della giurisprudenza e della dottrina.

Ecco il perché della scelta di articolare il presente lavoro in due parti, delle quali la prima relativa alle esperienze francese ⁽¹¹⁾ e tedesca ⁽¹²⁾; la seconda, invece, incentrata sull'esperienza italiana, attraverso le pagine dei civilisti e l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali tra otto e novecento.

Si è, così, dedicato ampio spazio allo studio della promessa di vendita in Francia, ed in particolare delle origini della formula “promesse de vente vaut vente” recepita poi dal *code civil*, e dei diversi significati ad essa attribuiti dai redattori del codice, e poi dagli interpreti di esso, dai giuristi esegeti, fino ad oggi, nel tentativo di comprendere le motivazioni concrete alla base delle diverse interpretazioni susseguitesi nel tempo.

Dalla lettura dei lavori preparatori del *code civil* ⁽¹³⁾, nonché delle pagine dei commentari dedicate all'art. 1589, emergono due evidenti forzature che prima l'antico brocardo ⁽¹⁴⁾ e poi la norma

⁽¹⁰⁾ Il dibattito tra giuristi ‘tradizionalisti’ ed ‘innovatori’ è stato approfondito nella parte I, cap. I, § 3.

⁽¹¹⁾ Vedi parte I, cap. I.

⁽¹²⁾ Vedi parte I, cap. II.

⁽¹³⁾ La lunga gestazione del codice, con particolare riferimento alla nascita dell'art. 1589, è esaminata nella parte I, cap. I, § 2.2.2, ove si è evidenziato come la disciplina codicistica della promessa di vendita ben possa essere considerata norma di chiusura di un vero e proprio sistema normativo, il ‘sistema consensualistico’, appunto, frutto di un progetto strategico, volto a tutelare gli interessi politico-economici di una specifica classe sociale, quella borghese. Il forte ruolo politico caratterizzante la Codificazione è stato ribadito da PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 127-141.

⁽¹⁴⁾ Sulle origini e sul significato del quale è ancora importante punto di riferi-

codicistica hanno nel tempo subito per essere adattate alle diverse esigenze contingenti, consistenti, la prima nella vera e propria identificazione della promessa alla vendita, corollario del principio consensualistico — che negava la possibilità di scindere in due momenti la vicenda traslativa — all'entrata in vigore del codice e negli anni immediatamente successivi; la seconda, nella riduzione dell'equivalenza ontologica a quella che si potrebbe definire meramente effettuale, interpretandosi la formula come affermazione dell'equiparazione della promessa alla vendita limitatamente ai soli effetti ultimi, corrispondenti al trasferimento della proprietà della cosa, e, dunque, come affermazione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica, anziché del solo rimedio risarcitorio, per l'inadempimento, in un secondo momento, quando — già nel corso dell'800, ma soprattutto nel secolo scorso — si cominciò a sentire fortemente l'inadeguatezza della compravendita consensuale ad effetti reali rispetto alle concrete esigenze dei traffici ⁽¹⁵⁾.

mento l'articolo di GUIDO ASTUTI, comparso *sulla Rivista di storia del diritto italiano* nel 1952 (*Promesse de vente vaut vente*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1952, vol. XXV, p. 247 e ss.), analizzato nella parte I, cap. I, § 2.1.

⁽¹⁵⁾ Già all'inizio del '900, influenzati dalla dottrina tedesca del *Vorvertrag* e da quella italiana del 'contratto preliminare', i giuristi francesi cominciarono a parlare di *avant-contrat*, con il chiaro intento d'introdurre anche in Francia un gemello del 'contratto che promette un contratto', creato dai tedeschi, senza riuscire, però, a superare l'ingombrante ostacolo posto dalla consolidata interpretazione dell'art. 1589. Si è sottolineato in particolare il ruolo svolto in tal senso da RAIMOND SALEILLES (*De la déclaration de volonté, contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* (art. 116 à 144), Paris, 1901), che per primo parlò di *avant-contrat*, traducendo così il tedesco *Vorvertrag*, e, di contro, l'incapacità della dottrina successiva (vedi, per tutti, R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, Paris, 1923, seconda parte, cap. IX, p. 1 ss.) di farne veramente qualcosa di più di una categoria eterogenea di accordi precontrattuali, di carattere unilaterale (si veda in proposito, quanto esposto nella parte I, cap. I, § 4 ed in particolare §§ 4.1 e 4.2). Fu, invece, intorno agli anni '40, come ben si evince dalle pagine di L. BOYER (*Les promesses synallagmatiques de vente*, cit.), che la dottrina e la giurisprudenza (celebre, l'*arrêt Cotterau*, del 1943), più propense che in passato ad un'interpretazione meno rigida degli articoli del codice, hanno percepito chiaramente l'inidoneità del principio consensualistico a soddisfare le mutate esigenze dei traffici ed hanno iniziato a comprendere il ruolo importante dello strumento, già da tempo in uso nella prassi degli scambi, del *contrat préliminaire*, senza mai giungere, però, a riconoscerlo come istituto di portata generale, arrivando a mettere in dubbio l'identificazione fra promessa di vendita e vendita (anzi, tra promessa di contratto e contratto definitivo)

Nell'affrontare, poi, lo studio del *Vorvertrag*, si è tentato di scoprire le ragioni alla base dell'elaborazione teorica di tale figura ad opera della Pandettistica, palesemente in contrasto con lo scarso utilizzo pratico ⁽¹⁶⁾ che da sempre caratterizza tale istituto ⁽¹⁷⁾.

Illuminante circa entrambi gli aspetti e, soprattutto, rivelatrice del debole e malriuscito tentativo della dottrina tedesca di giustificare sul piano pratico quello che, in modo forse poco delicato, ma che pare corrispondere al vero, si potrebbe definire un mero esercizio teorico, — volto essenzialmente all'affermazione della *Abschlussfreiheit*, che ben può spingersi fino alla stipula di un 'contratto con cui le parti si obbligano alla conclusione di un altro contratto' — è stata l'attenta lettura dei principali scritti dei giuristi tedeschi ⁽¹⁸⁾ ed in particolare dei due lavori di Degenkolb, considerato non a torto il padre del *Vorvertrag*, *Der Begriff des Vorvertrages* e *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, pubblicati insieme con il titolo *Zur Lehre vom Vorvertrag*, nel 1887 ⁽¹⁹⁾, dei quali si è cercato

solo in presenza di un'espressa, inequivocabile e concorde volontà delle parti in tal senso. (Su questo tema si veda parte II, cap. I, §§ 4.3 e 5).

⁽¹⁶⁾ In proposito si è rivelata utilissima la dettagliata analisi compiuta da R. SPECIALE in *Il Vorvertrag nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, parte I, 1986, pp. 45-90 e nel già citato *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990.

⁽¹⁷⁾ Ciò è certamente da attribuirsi in gran parte al sistema di trasferimento della proprietà vigente in Germania, ove non esiste una compravendita consensuale e, conseguentemente, non si è mai sentita l'esigenza di superare i limiti inevitabilmente imposti dal principio consensualistico alle esigenze dei traffici, come in Francia ed in Italia (sui motivi della scarsa incidenza pratica del *Vorvertrag* nel sistema tedesco ed in particolare sulla compravendita obbligatoria tedesca, caratterizzata dalla scissione tra atto di disposizione del bene e negozio astratto di trasferimento, vedi parte I, cap. II, § 2.2).

⁽¹⁸⁾ Oltre che sugli scritti di Degenkolb, nell'ambito dell'ampia letteratura tedesca sul *Vorvertrag*, è stato fondamentale soffermarsi su H. THÖL, *Das Handelsrecht*, Göttingen, 1847; H. GÖPPER, *Zur Lehre von der pacta de contrahendo*, in *Kritische Vierteljahrsschrift*, vol. XIV, 1872, p. 400 e ss.; K. ADLER, *Realvertrag und Vorvertrag*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, XXXI, 1892, pp. 190-279; S. SCHLOSSMANN, *Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte* in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 45, Jena, 1903, p. 6 e ss.; W. STINTZING, *Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse*, Jena, 1903.

⁽¹⁹⁾ H. DEGENKOLB, *Der Begriff des Vorvertrages*; ID., *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag (Zur Lehre vom Vorvertrag)*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Freiburg, 1887.

di compiere una minuziosa e dettagliata analisi, che ha consentito di acquisire una conoscenza del *Vorvertrag* tale da poter appurare ed affermare come la figura elaborata poco tempo dopo da Leonardo Coviello e dalla nostra più intraprendente dottrina di inizio '900, lungi dall'essere identica a quella creata dalla Pandettistica, ne fosse in realtà, al di là delle astratte affermazioni, assai distante.

La seconda parte del nostro lavoro — dopo quella che intende essere, lo si ripete, niente più che un'ampia premessa, necessariamente propedeutica alla corretta comprensione del nostro istituto — è incentrata sull'esperienza italiana. In modo particolare, nell'analizzare la nascita del 'contratto preliminare' e le motivazioni pratiche che portarono alla sua introduzione nel peculiare passaggio di fine '800 dal modello francese al tedesco, si è voluto ribadire come tale passaggio, che innegabilmente vi fu, debba essere correttamente inteso, evitando di incorrere in fuorvianti semplificazioni ⁽²⁰⁾.

Ad un attento esame, la differenza tra *promesse de vente* e *Vorvertrag*, infatti, non consiste affatto, come potrebbe apparire *prima facie*, in un diverso modo di disciplinare un medesimo fenomeno, ma si pone su un piano 'essenziale', trattandosi di due fenomeni distinti e diversi.

Mentre l'art. 1589 si riferiva ad uno specifico tipo contrattuale, la compravendita, ed era finalizzato nell'intento del legislatore a ribadire — negando l'autonoma rilevanza della promessa di vendita rispetto alla vendita definitiva — l'inderogabilità del principio del consenso traslativo; il *Vorvertrag*, frutto della sola elaborazione dottrinale e privo di disciplina codicistica ⁽²¹⁾, era nato come categoria concettuale tipica ed autonoma. Se la disciplina della *promesse de vente* aveva evidenti scopi pratici, l'oggetto delle disquisizioni dei giuristi tedeschi sul *Vorvertrag* — figura astratta, inserita in un contesto fortemente volto alla concettualizzazione, che aveva raggiunto l'apice con l'elaborazione del negozio giuridico — si

⁽²⁰⁾ A tale fondamentale passaggio è dedicato l'intero cap. I della parte II.

⁽²¹⁾ Nonostante il fervente dibattito dottrinale, i compilatori del BGB ritennero di non dettare alcuna disposizione generale sul *Vorvertrag*, asserendo la superfluità della previsione codicistica di un istituto derivante dal principio dell'autonomia contrattuale e la cui ammissibilità, pertanto, non poteva essere messa in dubbio. Vedi, a tal proposito, parte I, cap. II, § 1.4.

identificava con il problema teorico della compatibilità logica della categoria dell'atto dovuto con quella dell'atto negoziale.

È appropriato, dunque, parlare del passaggio dal modello francese al tedesco come di un vero e proprio 'salto', palese nel raffronto tra le pagine di un Giorgi⁽²²⁾ e quelle di un Coviello⁽²³⁾.

Presupposto dell'ampio dibattito che coinvolse molte autorevoli voci della nostra civilistica a cavallo tra otto e novecento fu un curioso dato di fatto: il silenzio del codice del 1865. Pur avendo accolto, come il *code civil*, il principio consensualistico, il codice unitario non aveva, infatti, riprodotto la norma dell'art. 1589, tacendo sulla promessa di vendita⁽²⁴⁾. Il rinvio alla categoria dei principii generali, che proprio in tale silenzio trovava fondamento — categoria incerta e vaga, che ben si prestava ad essere identificata, nella sostanza, ora con il principio consensualistico, ora con quello della libertà contrattuale — fu strumento per l'affermazione tanto, in un primo momento, dell'equiparazione tra promessa di vendita e vendita⁽²⁵⁾, quanto — dopo un periodo di transizione che costitui-

(22) GIORGIO GIORGI fu tra i massimi esponenti della corrente filo-francese, come si evince dalle pagine della sua *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, cit., Firenze, 1885, vol. III, n. 143 ss. (vedi parte II, cap. I, § 1.2.1).

(23) E dei molti che approfondirono dopo di lui — elaborando teorie talvolta originali (che abbiamo analizzato nella parte II, cap. II) — la dottrina del contratto preliminare, tra cui i già citati Giovanni Carrara e Francesco Carnelutti, ma anche C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, vol. IV col. 29-72; G. FAGGELLA, *L'autonomia della volontà nei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.* 1910, II, p. 851 e ss.; ID. *Il potere della volontà nella formazione di un futuro negozio giuridico*, *ibidem*, 1912, I, p. 1013; F. DEGNÌ, *Ancora sulla promessa bilaterale di compravendita*, in *Riv. dir. comm.*, vol. II, Milano, 1910, pp. 130-133.

(24) Diversamente dai codici preunitari, che, come evidenziato nella parte II, cap. I, § 1.1, modellati anch'essi sul codice francese del 1804 (ad esclusione del Lombardo-Veneto, dove all'indomani della Restaurazione fu introdotto il codice civile austriaco del 1811), avevano recepito da esso anche la disciplina della promessa di vendita, spesso limitandosi a tradurre l'art. 1589 del *code civil*.

(25) Si legge significativamente nella *Teoria delle obbligazioni* di GIORGI, già citata (n. 143): "Il legislatore italiano, persuaso che l'art. 1589 del Codice francese aveva fatto più male che bene, ha preferito lasciare la promessa di vendita sotto l'impero dei principii generali (...). Per noi dunque la promessa sinallagmatica sia de praesenti, sia de futuro, se avrà i requisiti necessari per rivestire la forma giuridica di contratto, non sarà possibile

sce momento fondamentale della storia del nostro istituto ed in cui si colloca appunto il 'salto' compiuto da una dottrina e poi da una giurisprudenza ben consapevoli — dell'autonoma figura 'contratto preliminare' (26).

È proprio Leonardo Coviello che, in una nota a sentenza precedente (27) rispetto al contributo sui 'contratti preliminari nel diritto moderno italiano' (28), ma decisamente meno celebrata, afferma di ritenere "più rispondente al senso comune e alla logica naturale" la tesi di Degenkolb rispetto alla teoria dell'equiparazione della promessa di vendita alla vendita, partendo — intenzionalmente — dal presupposto errato dell'identità tra *Vorvertrag* e *promesse de vente*, diversi, dunque, solo perché diversamente disciplinati nell'ordinamento francese e nel tedesco (29).

Ecco la nascita del 'contratto preliminare', che si affermava gemello del *Vorvertrag*, come questo, quindi, figlio dell'autonomia contrattuale, categoria astratta e generale, in quanto tale potenzial-

distinguerla dalla compravendita". Ma lo stesso 'uso' del rinvio ai principi generali è nelle pagine di molti civilisti dell'epoca: ci riferiamo a E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato, Trattato della vendita*, Firenze 1877, n. 26-27, pp. 45-50; F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto italiano comparato*, Napoli, 1879, vol. III, n. 31-36, pp. 26-29; G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1879, vol. VI, *Della vendita*, pp. 81-86; F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, 1912, VII, n. 102; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino 1878, vol. IV, § 3476-3478, pp. 202-208. Si veda in proposito parte II, cap. I, § 1.2.1.

(26) Nella già citata voce *Contratto preliminare* (p. 69), confutando apertamente la teoria di Giorgi, COVIELLO scrive: "Che la legge presso di noi non contenga alcuna norma relativa all'obbligo di contrattare, è cosa nota; ma ciò non impedisce di fare ricorso ai principii generali del diritto (art. 3 Disp. prel.). Ora è principio supremo in materia di diritto privato che la volontà umana debba essere rispettata in tutte le sue manifestazioni aventi carattere di utilità e di liceità (...)". Ci siamo soffermati sulla teoria di Coviello nella parte II, cap. II, § 1.3.1.

(27) L. COVIELLO, *nota a Cass. 21 maggio 1895*, in *Giurisprudenza italiana*, 1895, parte I, sez. I, col. 667-676.

(28) *Dei contratti preliminari*, già citato, del 1896.

(29) "Invece rispondente al senso comune e alla logica naturale ci sembra la tesi opposta che distingue promessa da contratto definitivo. Opportunamente osserva il Degenkolb: Chi stringe un contratto preliminare prima del definitivo nega con ciò stesso la conclusione presente del contratto definitivo o principale, e abbandona con ciò pel presente le giuridiche conseguenze che scaturiscono dal contratto definitivo" (cfr. L. COVIELLO, *nota a Cass.*, cit., col. 670).

mente idoneo a precedere qualsiasi tipo di contratto e, soprattutto, estraneo all'annoso dibattito sul rapporto tra vendita e promessa di vendita ed al problema relativo all'impossibilità di affermare l'autonomia della seconda, alla luce dell'inderogabile principio del consenso traslativo.

Nello scontro — volutamente enfatizzato — tra due principi cardine dell'ordinamento, principio consensualistico e principio dell'autonomia contrattuale, la nascita del preliminare venne interpretata dalla dottrina dell'epoca come inequivocabile vittoria del secondo.

Eppure, a ben vedere — abbandonando l'aspetto teorico per osservare, invece, quello pratico — le differenze tra *Vorvertrag* e contratto preliminare esistono e non sono certo di poco conto: innanzi tutto, Coviello ribadisce più volte che in caso d'inadempimento dell'obbligo nascente dal preliminare l'unico rimedio configurabile è quello risarcitorio ⁽³⁰⁾, prendendo così le distanze dalla diversa soluzione accolta dalla dottrina tedesca ⁽³¹⁾; inoltre, contrariamente al *Vorvertrag*, il preliminare fu da subito strumento di ampio utilizzo nella prassi, come dimostrano le numerose sentenze di quel periodo — soprattutto a partire dagli anni '20 — in materia ⁽³²⁾.

Il fenomeno giuridico s'inserisce in un contesto storico e socio-economico al quale è inscindibilmente legato ed alla luce del quale dev'essere letto.

È quindi convincente la tesi che, osservando che proprio in quegli anni si stava assistendo all'intenso sviluppo dell'impresa nel settore edilizio ed in particolare nel settore dell'edilizia abitativa, vede celarsi dietro l'introduzione dottrinale del contratto prelimi-

⁽³⁰⁾ Nel paragrafo del suo contributo relativo agli 'effetti del contratto preliminare' (cfr. L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit., p. 131-133).

⁽³¹⁾ Il § 894 ZPO tedesca, infatti, (come il § 367 EO austriaca) relativo all'esecuzione forzata, attribuisce al giudice il potere di condannare alla prestazione del volere l'inadempiente all'obbligo di emettere una dichiarazione, con la conseguenza che, passata in giudicato la sentenza di condanna, la dichiarazione si ha per emessa (vedi parte II, cap. I, § 2.2.4).

⁽³²⁾ Si tratta, significativamente, di sentenze relative a preliminari di vendita (Cass. 28 novembre 1921, in *Foro it.*, 1922, I, 97; Cass. 17 dicembre 1923, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 78; Cass. 8 ottobre 1925, in *Giur. it.*, 1926, I, 188).

nare il chiaro intento di fornire un utile strumento di tutela ad una ben individuata categoria economica: gli imprenditori edilizi⁽³³⁾. Come si evince dalla lettura delle sentenze di quel periodo, in effetti si ricorreva al preliminare con riferimento ad uno specifico tipo contrattuale, la compravendita, e, prevalentemente, proprio nello specifico settore dell'edilizia abitativa, inserendo nel contratto l'ambigua clausola, nata dalla prassi, dell'anticipazione degli effetti — o, per la precisione, dell'effetto 'pagamento del prezzo' — clausola che consentiva all'imprenditore-costruttore di finanziare l'impresa, senza dover ricorrere agli istituti di credito e correndo il rischio d'incorrere, nell'eventualità dell'inadempimento, nel solo obbligo del risarcimento del danno, rischio — peraltro — assai remoto, dati i tempi della giustizia.

L'intento era, dunque, la riaffermazione dell'antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, tra accordo ed effetto traslativo, per consentire all'imprenditore — in concreto — di stipulare il contratto, 'titolo'⁽³⁴⁾ per ottenere l'anticipato pagamento del prezzo, senza essere obbligato al trasferimento della proprietà, che non conseguiva più necessariamente all'accordo, come invece esigeva la dottrina della *promesse de vente*.

La storia della nascita del contratto preliminare deve essere letta, quindi, come la storia della 'fuga' dal consensualismo, storia, cioè, del sovrapporsi al diritto del codice di regole nate dalla prassi, per superare i limiti posti alla libertà dei privati dal consenso traslativo. Più nello specifico, punto nodale di tale storia è proprio

⁽³³⁾ Come approfondito nella parte II, cap. I, § 1.3, si tratta di una tesi sostenuta da molti autori, tra cui G. COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi di fatto e qualificazione giuridica II, un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, in *Democrazia e Diritto*, 1974, pp. 269-330, in particolare p. 295 e ss.; ed anche C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus, Rivista di scienze giuridiche*, 1986, p. 29 e ss.; vedi anche R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, 1975, p. 683; F. MESSINEO, *Contratto preliminare; contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. del diritto*, vol. X, Milano, 1962, p. 168.

⁽³⁴⁾ Il problema di quale sia il contratto 'titolo' degli effetti anticipati del pagamento del prezzo e/o della consegna del bene, se il preliminare o il definitivo, è stato per lungo tempo oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, come evidenziato nella parte II, cap. II, in particolare § 3, incentrato sul ruolo fondamentale svolto dal fenomeno dell'anticipazione degli effetti nell'affermazione della realtà del preliminare.

nel ‘salto’ dalla *promesse de vente* al *Vorvertrag*, che dev’essere interpretato come tentativo di legittimare quella scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* — tra promessa di vendita e vendita — che di frequente si verificava nella prassi degli scambi e che, non potendo essere giustificata a livello teorico nell’ambito della compravendita, incentrata sul sacro ed inviolabile principio consensualistico, necessitava di esserlo ricorrendo ad un espediente che consentisse di aggirare l’insormontabile ostacolo da esso posto. Questo espediente fu appunto il ‘contratto preliminare’, vera e propria strumentalizzazione del *Vorvertrag* per la realizzazione di ben precisi interessi economici.

Proseguendo nella nostra analisi, si è constatato il progressivo distacco fra evoluzione pratica ed elaborazione teorica.

Nonostante, infatti, anche negli anni successivi all’entrata in vigore del codice del 1942, il preliminare, ed in particolare il preliminare ad effetti anticipati, continuasse ad essere strumento di frequente utilizzo nella pratica degli scambi, proprio la tanto auspicata previsione codicistica determinò un importante cambiamento nell’approccio della dottrina allo studio dell’istituto: l’introduzione, con l’art. 2932 ⁽³⁵⁾, della possibilità di una sentenza in grado di produrre gli effetti del contratto non concluso, rendendo la volontà del definitivo non più autonoma ma coatta, indusse gli studiosi a spostare l’attenzione su un problema puramente dogmatico: quello del rapporto tra preliminare e definitivo, nel tentativo di salvaguardare la natura contrattuale del secondo, che — svilito dalla disposizione codicistica — veniva ad essere contemporaneamente negozio e non negozio, contratto ed atto dovuto ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ L’art. 2932 (sulla genesi ed il significato del quale vedi parte II, cap. II, § 1.3.2) è frutto dell’adesione alla tesi elaborata da Chiovenda della sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso. Lo scontro teorico fra la teoria di Chiovenda e quella sostenuta invece da Calamandrei della sentenza come atto di esecuzione forzata è stato affrontato nella parte II, cap. II, §§ 2.2.3 e 2.2.4.

⁽³⁶⁾ La dottrina degli anni ’50 (che abbiamo analizzato nella parte II, cap. II, § 2.1) tentò, in realtà, di salvaguardare l’integrità del dogma dell’autonomia del volere, svalutando conseguentemente il ruolo del definitivo. Ciò è evidente nelle tesi di S. SATTÀ, *L’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, col. 73-79; L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in

Mentre, quindi, la dottrina fu per lungo tempo assorbita da problemi di natura prettamente teorica, fu grazie all'opera incessante della giurisprudenza — vera creatrice dell'ambigua figura del preliminare ad effetti anticipati, o, più correttamente, della formula 'preliminare ad effetti anticipati', per designare la promessa di vendita produttiva degli effetti obbligatori della vendita ancora non conclusa — che il preliminare continuò il suo viaggio verso la 'realità'.

Se il primo passo in tal senso era stato compiuto, infatti, dalla dottrina dei primi del '900 che, mutuando dall'ordinamento tedesco il *Vorvertrag*, aveva affermato, a livello teorico, la possibilità di scindere il *titulus* dal *modus acquirendi*, articolando così in due fasi la vicenda traslativa, i passi successivi di questo lungo *iter* furono compiuti dalla giurisprudenza, dunque non sul piano teorico, ma su quello pratico.

Fu la giurisprudenza che, riconoscendo la diffusa prassi dell'anticipazione degli effetti, fece del preliminare un contratto idoneo a produrre tutti gli effetti della vendita, tranne, naturalmente, quello traslativo.

Se la dottrina, ben consapevole del frequente ricorso all'anticipazione degli effetti, soprattutto nell'ambito degli scambi nel settore

Giustizia civile, 1961, I, pp. 64-71; P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1959, pp. 683-690. All'inizio degli anni '60 vi fu una svolta: l'interesse degli studiosi, infatti, si spostò dal contratto preliminare al definitivo, interrogandosi sulla natura giuridica di esso, ormai ridotto a mero atto riproduttivo del contratto preliminare. In quest'ambito s'inseriscono le c.d. teorie procedimentali (su cui si veda parte II, cap. II, § 2.2), che, mutuando dai pubblicisti la nozione di 'procedimento', si soffermarono sull'aspetto dinamico del rapporto preliminare-definitivo. Le tesi già accennate da Carrara e da Carnelutti negli anni '10 furono quindi riprese ed approfondite — senza però riuscire a risolvere il problema della coesistenza di due 'contratti', e svolgendo, quindi, un ruolo meramente 'descrittivo' del fenomeno — non solo dallo stesso F. CARNELUTTI, nella sua *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, ma da molti altri autori, tra cui Salvatore ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico in diritto privato*, Milano, 1961, e, soprattutto, A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966.

Negli anni '70 si assisté ad una reazione alle teorie procedimentali, che in realtà, nel tentativo di riaffermare la contrattualità del definitivo, avevano necessariamente messo in dubbio quella del preliminare. Alcuni autori cercarono, dunque, di individuare il fondamento causale tipico della sequenza preliminare-definitivo in interessi di natura sostanziale. Così C. NICOLETTI, *Sul contratto preliminare*, Milano, 1974; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970 (vedi parte II, cap. II, § 2.3).

immobiliare, aveva inteso offrirne una giustificazione teorica con il chiaro scopo di fornire uno strumento di tutela ad uno specifico soggetto economico, il ‘contraente forte’ — che s’identificava con l’imprenditore edilizio — ben presto il preliminare si rivelò idoneo a rispondere anche alle esigenze del ‘contraente debole’, che in genere era il privato promissario acquirente di una porzione immobiliare ad uso abitativo.

La possibilità di ritardare il trasferimento della proprietà rispetto alla prestazione del consenso consentiva, infatti, a quest’ultimo di prendere tempo, procurandosi così i mezzi economici per l’acquisto, limitandosi a pagare ‘a tappe’, a fronte della ‘progressiva consegna’ del bene ⁽³⁷⁾.

Nel tempo, anzi, il preliminare si è trasformato in importantissimo strumento di garanzia della ‘parte debole’. In particolare, negli anni ’70-80, la giurisprudenza è arrivata ad estendere al promissario acquirente la possibilità di agire per l’eliminazione dei vizi della cosa e per la riduzione del prezzo, avvicinando, quindi, sempre più, la sua posizione a quella dell’acquirente ‘definitivo’ ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Come ben evidenzia R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 54, non solo l’adempimento anticipato delle obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna della cosa tutelava entrambe le parti, consentendo loro di verificare, prima di stipulare il contratto definitivo, l’esattezza di esse e la conformità a quanto concordato con il preliminare, ma con riguardo alla tutela del promissario acquirente, in uno specifico settore dell’edilizia abitativa, quello della vendita di appartamenti facenti parte di edifici in costruzione, col tempo la stipulazione di preliminari ad effetti anticipati ha consentito di creare una stretta interdipendenza tra pagamento del prezzo da un lato e ‘progressiva consegna’ del bene, o, in termini più chiari, progressiva realizzazione del bene (stato di avanzamento dei lavori), dall’altro (vedi parte II, cap. II, § 3.1).

⁽³⁸⁾ La ‘rivoluzione’ giurisprudenziale degli anni ’70-80, inaugurata dalla nota sentenza della Cassazione n. 4478 del 1976 è stata analizzata nella parte II, cap II, § 3.1.1. La Cassazione, a fronte dell’illogicità del fenomeno dell’anticipazione degli effetti — consistente nell’esecuzione di obbligazioni non ancora sorte — ha più volte affermato che il pagamento del prezzo e la consegna della cosa al momento della stipulazione del contratto preliminare non si configuravano affatto come esecuzione anticipata di obbligazioni non ancora sorte perché aventi titolo nel definitivo ancora non concluso, ma come esecuzione di obbligazioni nascenti da apposite clausole aggiuntive del preliminare, e, dunque, aventi un proprio titolo, diverso da quello della vendita. Ciò ha avuto importanti conseguenze, comportando, non solo, sul piano pratico, l’ampliamento delle garanzie offerte dall’ordinamento al promissario acquirente, ma anche, su quello teorico, un’ulteriore svalutazione del ruolo definitivo.

Stimolata proprio dall'elaborazione giurisprudenziale del fenomeno dell'anticipazione degli effetti ed incuriosita dal problema del suo inquadramento sistematico ⁽³⁹⁾, la dottrina ha ritrovato negli ultimi decenni l'interesse per la 'vita' del preliminare.

Ciò ha indubbiamente svolto un ruolo fondamentale nell'indurre il legislatore ad un ripensamento della disciplina dell'istituto, nell'ottica di una sempre più incisiva tutela del promissario acquirente. Ripensamento che è sfociato nell'introduzione, con la legge 30 del 1997, della possibilità di trascrivere alcuni contratti preliminari.

Il 'preliminare trascrivibile' ⁽⁴⁰⁾ non è solo l'ultima tappa del

⁽³⁹⁾ I diversi orientamenti seguiti sul punto dalla dottrina degli ultimi anni sono stati esaminati nella parte II, cap. II, § 3.1.2. Alcuni autori (così C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., in particolare p. 96 e ss.), convinti che titolo degli effetti del pagamento del prezzo e della consegna della cosa sia sempre il definitivo, hanno insistito sull'illogicità insita nel concepire l'esecuzione di obbligazioni non ancora sorte; altri (cfr. G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, pp. 941 e ss., in particolare, p. 940, nota 63; R. ALESSI, *Il c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1972, II, p. 438; A. LENER *Contratto preliminare, esecuzione anticipata del definitivo e rapporto intermedio*, in nota a Cass. 28 novembre 1976 n. 4478, cit., in *Foro it.*, 1977, col. 660, spec. col. 672 e ss.; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (sintesi di giurisprudenza)*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, pp. 415-440, in particolare p. 438 e ss.) hanno sostenuto l'atipicità del preliminare ad effetti anticipati rispetto alla causa tradizionale del contratto preliminare; altri, infine, più di recente (vedi A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giurispr. ital.*, vol. CXXXIX, 1987, Parte I, sez. I, col. 673- 700, in partic. col. 698; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., in particolare p. 66 e ss. e p. 170 e ss.; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 34 e ss; con riferimento specifico al preliminare trascrivibile, nello stesso senso vedi F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 23 e ss., in partic. pp. 23-25; Id., *Il contratto preliminare*, cit., p. 1 e p. 24 e ss.; A. DI MAJO, *La "normalizzazione del preliminare"* in *Corriere giur.*, 1997, pp. 131 e ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, , III ediz., Torino, 2003, in partic. p. 380), hanno affermato che l'obbligo nascente in capo al promittente venditore non è, come tradizionalmente inteso, obbligo ad un *facere*, cioè a stipulare il contratto definitivo, bensì ad un *dare*, cioè a far acquistare la proprietà della cosa al promissario acquirente.

⁽⁴⁰⁾ Si è analizzato il preliminare trascrivibile nella parte II, cap. II, § 3.2, mettendone in luce sia il significato giuspolitico di importante strumento di tutela del contraente debole, che quello giusteorico di fondamentale fase del lungo percorso verso il superamento degli eccessi del principio consensualistico. Entrambi gli aspetti emergono chiaramente dalla copiosa letteratura sull'argomento (tra i molti, si veda in particolare L. NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in www.jus.unitn.it/CARDOZO/

nostro lavoro. Esso si pone come fase conclusiva del lungo *iter* verso la reintroduzione del dualismo *titulus-modus acquirendi*, o, più precisamente, verso l'affermazione del massimo grado possibile di 'realità' del preliminare (resa più intensa, per il vero, ma non ampliata, dal legislatore del 2005 che, con il d. lgs. 122 ha dettato una nuova disciplina a tutela dei promissari acquirenti e degli acquirenti di immobili da costruire ⁽⁴¹⁾), obbiettivo perseguito, senza soluzione di continuità, fin dalla sua introduzione dottrinale nel nostro ordinamento, e corrispondente all'esigenza, fin da allora fortemente sentita, di attenuare la rigidità del principio consensualistico.

Molte le persone senza il cui contributo questo lavoro — sul quale spetta ora al lettore giudicare — non sarebbe stato possibile. Nutro per tutte profonda riconoscenza.

Un sincero grazie a quanti hanno consentito l'importante esperienza del dottorato e la prosecuzione del mio percorso di studio e di ricerca. In particolare, a Paolo Cappellini, per avermi indirizzata verso questo tema e generosamente consigliata e criticata. A Bernardo Sordi, Direttore del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, per aver accolto il mio libro nella Biblioteca del Centro.

Grazie a Paolo Grossi, non solo per i molti ed utili suggerimenti, ma, ancora di più, per la sua fiducia ed il suo costante, rassicurante, preziosissimo sostegno.

Molti altri debbo e desidero ringraziare. Federigo Bambi e Marco Sabbioneti, impagabili, entrambi, per la vicinanza e l'aiuto. E ancora, Alma Lelli Ciampi, indispensabile per la correzione delle bozze. Maria Grazia Cappellini, non solo per l'affetto che ci lega dagli anni del liceo, ma anche per il tempo dedicato alla ricerca di alcune importanti fonti. Tutti i miei amici, per esserci stati ed esserci. Mia sorella Marzia, che

Review/Contract/Nivarra/prelim.htm, pp. 1-2; G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare*.1) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1995, p. 1 e ss.; G. GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium Juris*, 1997, p. 456).

⁽⁴¹⁾ Questo aspetto è stato evidenziato, nell'ambito di un breve cenno alla nuova disciplina settoriale, alla luce dei primi contributi dottrinali (in particolare A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire* (D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122). *Appendice a La compravendita*, Torino, 2005; V. VITALONE, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005) nella parte II cap. II, § 3.2.2, nota n. 219.

mi è accanto da prima di nascere. Il nostro dialogo, da allora mai interrotto, è all'origine di ogni traguardo, grande o piccolo, fino ad oggi raggiunto. E infine Gabriel, per la sua innata e nel contempo saggia pacatezza e per la sua capacità di affrontare tutto con intelligente serenità. Per avermi trasmesso tutto questo e per molto di più.

A tutti, grazie di cuore.

PARTE PRIMA

**I MODELLI ISPIRATORI
DEL ‘CONTRATTO PRELIMINARE’:
LA ‘PROMESSE DE VENTE’
ED IL ‘VORVERTRAG’**

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO “PROMESSE DE VENTE VAUT VENTE” E L'EQUIPARAZIONE TRA PROMESSA DI CONTRATTO E CONTRATTO IN FRANCIA

1. La promessa bilaterale di vendita: considerazioni preliminari. Il problema del 'significato' dell'art. 1589 del *code civil*. — 2. L'art. 1589 *code civil* recepisce il brocardo “promesse de vente vaut vente”. — 2.1. Le origini ed il 'significato della formula' “promesse de vente vaut vente”. — 2.2. Motivi ispiratori dell'art. 1589 *code civil* e 'significato dell'introduzione' della formula “promesse de vente vaut vente”. — 2.2.1. L'affermazione del principio consensualistico in Francia. — 2.2.2. L'art. 1589 come strumento di reale affermazione del consensualismo. — 3. Il dibattito dottrinale successivo al *code civil* sull'interpretazione dell'art. 1589. — 3.1. I 'tradizionalisti'. — 3.2. Gli 'innovatori'. — 3.3. Considerazioni sul dibattito. — 4. L'influenza del *Vorvertrag* in Francia: l'*avant-contrat* tra promessa unilaterale e promessa sinallagmatica. — 4.1. L'*avant-contrat* di Saleilles come 'traduzione' del *Vorvertrag* tedesco. — 4.2. Il trionfo della teoria dell'equiparazione nella civilistica della prima metà del '900. — 4.3. Boyer: “Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats”: dal consensualismo alla formazione progressiva del contratto. — 5. L'affermazione del *contrat préliminaire* tra esigenze pratiche e vincoli codicistici. — 5.1. “Promesse de vente vaut vente” e libertà contrattuale: tentativi di conciliazione nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti. — 5.2. Il *contrat préliminaire* nei recenti interventi del legislatore in materia di immobili in corso di costruzione e di *location-accession*. — 5.2.1. Il *contrat préliminaire* nella vendita d'immobili in costruzione. — 5.2.2. Il *contrat préliminaire* nella *location-accession*.

1. *La promessa bilaterale di vendita: considerazioni preliminari. Il problema del 'significato' dell'art. 1589 del 'code civil'.*

La disciplina della promessa di vendita in Francia è affidata all'art. 1589 del *code civil*, che afferma l'equiparazione di essa alla vendita definitiva ⁽¹⁾. Intorno al significato di tale disposizione, solo

(1) L'art. 1589 del *code Napoléon* recita: “La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix”.

all'apparenza limpida e chiara, si sviluppò un ampio dibattito, favorito anche dai riferimenti assai scarsi ed assai poco illuminanti nei lavori preparatori. Proprio perché affermate, secondo l'interpretazione più accreditata, la perfetta equivalenza della promessa alla vendita, l'art. 1589 ha costituito per lungo tempo un ostacolo insormontabile al riconoscimento del contratto preliminare come contratto autonomo dal definitivo, non solo in Francia, ma, per l'influenza a lungo esercitata nel nostro ordinamento dal codice e dalla dottrina francese, anche in Italia.

Sembra quindi opportuno svolgere un'indagine sull'art. 1589, finalizzata a comprenderne il 'significato', dovendosi intendere per 'significato', ai nostri fini, non tanto, o comunque non solo, il senso attualmente attribuito alla norma, tuttora vigente, dagli interpreti, ma anche, e soprattutto, il senso che ad essa attribuirono i primi interpreti del codice, ed ancor prima i redattori di esso.

Per raggiungere tale scopo, la ricerca dovrà vertere principalmente su due aspetti: le origini dell'articolo, ed i motivi pratici che furono alla base della sua introduzione nel codice.

Circa il primo aspetto — pur nell'ambito di uno studio che, date le finalità che questo lavoro si pone, si limiti al tentativo di comprendere gli aspetti della *promesse de vente* che ne fanno un immediato precedente della promessa di vendita e poi anche del contratto preliminare in Italia — non si può certo trascurare di volgere uno sguardo all'elaborazione dottrinale precedente al *code civil*, che tanta influenza su di esso esercitò. In modo particolare, si deve tentare, in altri termini, di comprendere le origini della formula "promesse de vente vaut vente", che non nasce col codice, ma è ad esso preesistente, derivando dalla dottrina e dalla giurisprudenza anteriori.

Pare poi necessario, circa il secondo aspetto che s'intende approfondire, non perdere di vista il contesto socio-economico nel quale s'inserì la scelta del legislatore. Le soluzioni dottrinali e codicistiche nascono sempre, e la nostra materia certo non fa eccezione, da motivazioni pratiche, dal bisogno o dall'urgenza di offrire strumenti giuridici in grado di rispondere ad esigenze emergenti dalla realtà dei traffici.

2. *L'art. 1589 'code civil' recepisce il brocardo "promesse de vente vaut vente"*

2.1. *Le origini ed il 'significato della formula' "promesse de vente vaut vente".*

Se volessimo seguire l'esempio di Leonardo Coviello ⁽²⁾, considerato in Italia il padre del contratto preliminare, dovremmo limitarci a vedere nella formula “promesse de vente vaut vente” un esempio della confusione dei giuristi medievali tra contratto preliminare e contratto definitivo ⁽³⁾.

In un illuminante articolo pubblicato nel 1952 sulla ‘Rivista di storia del diritto italiano’, intitolato proprio “*Promesse de vente vaut vente*”, Guido Astuti ⁽⁴⁾ confuta però risolutamente la tesi di Coviello, evidenziando che, lungi dal ‘confondere’ contratto preliminare e contratto definitivo, i giuristi di diritto comune ben avevano distinto il *pactum preparatorium*, o *de contrahendo*, dal definitivo, ed anche il *pactum de vendendo*, o *de contrahenda emptione*, dalla compravendita.

Soprattutto, poi, considera fuorviante uno studio di tale formula che veda in essa soltanto “il frutto di un’astratta speculazione teorica sopra l’efficacia giuridica del preliminare di vendita” e propone di

⁽²⁾ Ci riferiamo allo studio di L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, poi trasfuso nella voce *Contratto preliminare* della *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. III, p. III, sez. II, Milano, 1902, p. 68 e ss., su cui vedi *infra*, parte II, cap. I, § 1.3.1.

⁽³⁾ E ciò rifacendoci, oltre che alla letteratura francese sull’art. 1589, ad uno studio di Laurenti (E. LAURENTI, *La promessa di vendita sinallagmatica nel nostro diritto*, in *Antologia giuridica*, VI, 1892, cap. II, pp. 476-502), citato appunto da Coviello, che, ricercando le origini del tanto discusso principio, sosteneva che esso era stato per la prima volta affermato dal Ferrières e successivamente accolto della giurisprudenza dei parlamenti francesi, ed in particolar modo dal parlamento di Parigi, come principio elaborato dai giuristi di diritto comune, che per primi avrebbero enunciato la perfetta equiparazione degli effetti giuridici della promessa di vendita alla vendita.

⁽⁴⁾ Si veda G. ASTUTI, “*Promesse de vente vaut vente*”, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1952, vol. XXV, p. 247 ss. Su Astuti, e la sua produzione scientifica ricchissima e variegata, vedi M. CARAVALE, *Ricordo di Guido Astuti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X, Milano, 1981, pp. 531-549.

analizzarla, invece, in relazione con una “grave questione di ordine più generale”, relativa al “patto di elezione di forma” (5).

Secondo la ricostruzione di Astuti, tale questione, tanto tormentosa per i giuristi medievali, nacque dalle disposizioni di una celebre costituzione giustiniana, che imponeva per una serie di contratti, tra cui alcune ipotesi di compravendita (6), la forma scritta come requisito per la perfezione del contratto (7).

I glossatori vivevano in una realtà in cui, per prassi formatasi e consolidatasi durante i lunghi secoli dell'età romano-barbarica, le forme documentali erano ormai di frequente utilizzazione e spesso erano le parti stesse ad accordarsi per la redazione in un secondo momento di un atto scritto, a stipulare in altri termini un ‘patto di elezione di forma’.

Sorse dunque, inevitabilmente, la questione se le norme della costituzione giustiniana dovessero applicarsi anche in questi casi.

La disputa verteva, in sostanza, sul potersi riconoscere o meno l'esistenza di un contratto giuridicamente perfetto anche prima della redazione di un documento, rispetto al quale le parti si fossero ‘riservate’ al momento dell'accordo sulla cosa e sul prezzo; in altri

(5) Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, p. 249.

(6) I maggiori problemi per gli interpreti nascevano proprio riguardo alla compravendita: le previsioni della costituzione, infatti, si ponevano in netto contrasto con l'affermazione del carattere consensuale del contratto. Ed evidenzia Astuti (*op. cit.*, p. 250) che nelle *Institutiones*, l'*emptio-venditio* è infatti qualificata come prima e tipica figura delle *obligationes consensu contractae*, secondo la concezione classica, salvo il rispetto, per le compravendite previste dalla costituzione, della forma scritta. “Le Istituzioni ci presentano così due tipi di compravendita: ‘sine scriptis’, secondo la tradizionale concezione romana, ‘in scriptis’, secondo le disposizioni giustinianee”.

(7) Si tratta della *lex contractus Cod. de fide instrumentorum* (C., 4, 21, 17), “la quale stabiliva, in termini generali, che tutti i ‘contractus venditionum vel permutacionum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen quos in scriptis fieri plaquit, transacionum etiam, quas in strumento recipi convenit’ non dovessero ritenersi giuridicamente perfetti e vincolanti prima del perfezionamento della forma documentale, per cui dettava norme precise e tassative; e dichiarava, quindi, che dall'accordo intercorso fra le parti non sorgevano ‘hinc-inde’ diritti od obblighi di sorta, riconoscendo piena facoltà di ‘poenitentia’ e recesso unilaterale (con il solo effetto della perdita, o restituzione ‘in duplum’ delle arre eventualmente scambiate): ‘adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere’”. (Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, p. 249).

termini, il problema era quello della natura da attribuirsi a tale documento, se quella di forma richiesta *ad substantiam* o semplicemente *ad probationem*.

E, lungi dal sopirsi, tale disputa sul ‘valore’ da attribuirsi al patto di elezione di forma continuò anche tra i postglossatori ed i commentatori, ed anche in seguito — quando la dottrina maggioritaria optò per restringere l’applicazione delle disposizioni giustiniane relative alla celebrazione dei contratti *in scriptis*, affermando che, salvo rare eccezioni, in caso di dubbio sull’intenzione dei contraenti, si dovesse presumere che la scrittura fosse stata prevista solo *ad probationem* — la questione continuò ad essere largamente discussa nella pratica del foro (8).

Se le disposizioni della costituzione giustiniana, che Astuti identifica con l’origine della disputa nonché, nel lungo periodo, della nascita del brocardo “promesse de vente vaut vente”, non interessavano solo la compravendita, essa era però la fattispecie contrattuale di gran lunga più discussa in dottrina e giurisprudenza e ciò per la prassi consolidata, soprattutto riguardo alle vendite immobiliari, di raggiungere un accordo verbale o scritto sugli elementi essenziali del contratto e di predisporre o riservare la successiva redazione di uno strumento notarile, o anche di una scrittura privata (9).

La questione sul valore del patto di elezione di forma era assai complessa. Si trattava, infatti, d’indagare sulla ‘volontà delle parti’, non solo in ordine alla scelta del documento scritto come requisito *ad probationem* o *ad substantiam*, ma anche in ordine alla ‘vincolatività’ dell’accordo: se avessero inteso cioè vincolarsi in modo definitivo, o solo in via preliminare, rinviando ad un momento successivo il perfezionamento del contratto di vendita. In tal caso sorgeva l’ulteriore problema di quali fossero il contenuto e gli effetti dell’ac-

(8) Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, pp. 251-254.

(9) Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, in particolare pp. 254-255. Il frequente utilizzo nella prassi della promessa di vendita e dello strumento notarile è evidenziato anche da L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, p. 9 (si veda la dettagliata analisi dell’autore *infra*, § 4.3, nota 169).

cordo preliminare, soprattutto quando con esso le parti avessero già determinato concordemente gli elementi essenziali del contratto.

Seguendo ancora il pensiero di Astuti, i problemi relativi alla natura, la funzione, l'efficacia del 'contratto preliminare' ⁽¹⁰⁾ sono ben distinti dalla questione circa il patto di elezione di forma. Quest'ultimo, infatti, può esistere indipendentemente da un 'contratto preliminare' (come nel caso in cui durante le trattative precontrattuali le parti convengono che il contratto, una volta concluso, debba essere redatto in forma scritta). Eppure, nella prassi, veniva in genere a costituire una clausola apposta all'accordo preliminare *de re et pretio*.

A dispetto di una tale realtà dei traffici, proprio la stipulazione di un patto di elezione di forma, al quale in genere si estendevano le disposizioni giustinianee sui contratti *in scriptis*, costituì uno dei maggiori ostacoli ad una coerente e sistematica elaborazione teorica del concetto di contratto preliminare.

Le prescrizioni della costituzione giustiniana attorno a cui ruota l'intera analisi di Astuti, infatti, stabilendo l'inefficacia di ogni accordo intercorso tra le parti prima della redazione del documento scritto, facevano sì che esse fossero fino a tale redazione libere di recedere e, dunque, non incorressero in alcun obbligo risarcitorio, né in forma specifica (non essendo obbligate a stipulare il contratto *in scriptis*), né per equivalente (non dovendo prestare l'*id quod interest*) ⁽¹¹⁾.

Oltre, però, alla stipulazione (peraltro solo eventuale) di un patto di elezione di forma scritta *ad substantiam*, altri ostacoli avrebbero impedito un approfondimento del concetto, nonché degli effetti, del 'contratto preliminare', e particolarmente del preliminare di vendita.

Un primo ostacolo era rappresentato dalla struttura della compravendita di diritto romano. La sua natura di contratto ad effetti obbligatori, caratterizzato dalla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, la rendeva meno idonea dell'attuale compravendita ad

⁽¹⁰⁾ L'autore parla più volte di contratto preliminare (vedi *op. cit.*, p. 255). Nel seguire il suo pensiero continueremo dunque a farlo anche noi, tra virgolette, a sottolineare l'uso atecnico del termine.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, p. 255.

effetti reali ad evidenziare la distinzione tra promessa di vendita e vendita.

Mancavano, poi, nelle fonti, precedenti diretti a cui ‘ancorare’ il concetto di ‘contratto preliminare’, che non poteva essere avvicinato a nessun istituto da esse previsto ⁽¹²⁾.

Nonostante l’assenza di una vera teoria del ‘contratto preliminare’, gli antichi autori però, configuravano, riguardo in particolare alla vendita, oltre alle *pollicitationes*, anche le promesse, distinguendo non solo le unilaterali dalle sinallagmatiche, ma anche e chiaramente queste ultime dalla vendita definitiva.

Le controversie non sorgevano, dunque, tanto sulla natura, ed, in modo più specifico, sull’autonomia del *pactum de contrahendo*, bensì soprattutto sul momento successivo a quello della formazione del contratto, quello, fondamentale anch’esso, ma affatto distinto dal primo, dell’esecuzione del *pactum* stesso, o, in altri termini, sulla determinazione degli effetti giuridici di esso.

Alcuni autori affermavano l’inefficacia della promessa in quanto nudo patto, dal quale, quindi, non poteva nascere alcuna azione; altri, all’opposto, giungevano ad equiparare la promessa alla vendita definitiva, sulla base della constatazione dell’esistenza dell’accordo *de re et pretio*, di per sé idoneo al perfezionamento del contratto definitivo e, conseguentemente, riconoscevano la possibilità, per il beneficiario della promessa, di ottenere dall’inadempiente l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo assunto col *pactum*. Vi erano, poi, due opinioni intermedie tra gli eccessi dell’assenza di qualsiasi tutela contro l’inadempimento della controparte e della tutela in

(12) “Per quanto concerne la promessa di vendita” scrive ASTUTI (*op. cit.*, p. 257) “uno spunto era offerto dai testi relativi al ‘pactum de retroemendo’ o ‘de retrovendendo’: ma si trattava di un ‘pactum adiectum’, non di un accordo contrattuale autonomo, che poteva giovare non tanto per la costruzione della figura del contratto preliminare, quanto piuttosto per la determinazione dei suoi effetti giuridici, nel caso di inadempimento delle obbligazioni assunte. Un’ipotesi più vicina, ma puramente scolastica, poteva essere quella di ‘stipulationes’ nelle quali, a differenza dalla ‘stipulatio fundum tradi’ o ‘dari’, si fosse usata l’espressione ‘promittisne fundum Tusculanum vendere?’ (o ‘emere’); per cui nel caso di inadempimento dell’obbligazione contratta con la promessa di vendere o di comprare, anche se vi fosse stata contestuale determinazione del prezzo, non sarebbe sorta l’*actio ex empto*’ o ‘*ex vendito*’, ma soltanto quella ‘*ex stipulatu*’”.

forma specifica: i sostenitori della prima, basandosi sulla nota regola “Nemo praecise potest cogi ad factum”, ritenevano che la non esecuzione della promessa non potesse dare luogo che a danni-interessi; altri autori, infine, sostenevano un'ultima opinione, destinata ad incontrare singolare fortuna: la promessa non può avere gli stessi effetti della vendita, ma in caso di rifiuto di stipulare quest'ultima, essa potrà essere sostituita dal provvedimento di un giudice, che ordinerà di realizzarla in un certo termine, e, in caso d'inesecuzione nel termine fissato, terrà luogo dell'atto di vendita dell'altra parte ⁽¹³⁾.

Se già i giuristi antichi, grazie ad una lunga tradizione in tal senso, distinguevano con chiarezza la materia delle promesse unilaterali da quella delle bilaterali, non altrettanto può dirsi, dunque, relativamente alla distinzione tra promessa di vendita e vendita definitiva: all'affermazione della diversa natura non corrispondeva una visione univoca circa il problema fondamentale degli effetti giuridici di esse e delle conseguenze dell'inadempimento.

Un primo tentativo di fare veramente chiarezza in materia di promesse di vendita fu la classificazione di Dumoulin ⁽¹⁴⁾, sulla quale

⁽¹³⁾ Per le opinioni degli antichi giuristi vedi G. ASTUTI, *op. cit.*, nota 16; L. BOYER, *op. cit.*, pp. 7-9, le analizza nel dettaglio. Vedi anche R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. De la vente, commentaires du tit. VI du liv. III du code civil*, Bruxelles, 1836, n. 125, p. 75: “Tiraqueau, conseiller au parlement de Paris, a rapporté, avec son inépuisable érudition, le sentiment de tous les docteurs, qui veulent que la promesse de vendre ne soit pas équipollente à vente, et qu'elle se résolve, selon les uns, en obligation de passer contrat, ou, selon les autres, en dommages et intérêts. Ces docteurs sont très nombreux. On voit figurer dans cette nomenclature Philippe Dèce, Balde, Angelus, Salicet, Imola, Paul de Castro, Bartole, Alexandre, le prince des jurisprudences de son temps, et une foule de célébrités aujourd'hui tombées dans le plus profond oubli”; E. LAURENTI, *op. cit.*, pp. 480-501; L. COVIELLO, nota a sentenza Cass. Torino 21 maggio 1895, in *Giur. it.*, 1895, col. 667; G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 33 e ss.; I. MOSCHELLA, voce *Contratti preliminari*, in *Nuovo Digesto italiano*, 1938, p. 21; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, 1885, vol. III, n. 149: “Quanto alla promessa sinallagmatica Giasone fu tra i pochissimi che pretesero di distinguerla dalla vendita. Socino, Decio, Curzio, Cagnolo, Tiraquello, Fachineo, Vespignani, Corradini, De Marinis e la nostra antica giurisprudenza, equipararono in tutto la promessa sinallagmatica alla vendita perfetta”.

⁽¹⁴⁾ CHARLES DUMOULIN (Parigi, 1500-1566), sostenitore dell'assolutismo monarchico, autore di scritti romanistici, fu tra i primi commentatori delle *coutumes*, e certo il

pare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, essendo incontestata ⁽¹⁵⁾ l’influenza da essa esercitata sulla dottrina successiva e sulla formulazione del principio “promesse de vente vaut vente” nel *code civil*. Egli tentò, infatti, di superare le difficoltà e le incertezze da sempre caratterizzanti le promesse bilaterali, applicando loro la distinzione canonistica tra i c.d. *sponsalia per verba de futuro* e quelli *de praesenti*: con i primi, le parti intendevano legarsi per l’avvenire, appunto; con i secondi, invece, pur esprimendosi in termini *de futuro*, si riferivano ad un matrimonio presente, ed aggiungevano infatti: “per illud contrahitur matrimonium”. Analogamente, il giurista distingue la promessa di vendita *in futurum* da quella *de praesenti*. La prima, nella quale cioè “intentium partium et verba dispositiva referuntur ad actum de futuro”, non potrà essere considerata come contratto definitivo, né potrà essere equiparata, quanto agli effetti, alla vendita. Non sarà, dunque, idonea al passaggio del rischio (*periculum*) in capo al compratore (*rectius*: al promittente compratore); inoltre, in caso di inadempimento dell’obbligo di stipulare il contratto definitivo, darà luogo solo al risarcimento del danno.

La promessa di vendita *de praesenti* invece, fatta per esempio con la tipica formula “promitto talem rem tanti vendere, et infra tot dies instrumentum authenticum (...) conficere”, sarà vera vendita, vendita ‘presente’ appunto, dal momento che “verba obligativa et mens referantur ad actum praesentem, et omnia ad substantiam actus requisita praesto sint”, potendosi in definitiva concludere che “licet inserantur verba sonantia in futurum, nihilominus celebratur actus de praesenti” ⁽¹⁶⁾.

L’unanime riconoscimento dell’influenza dell’opera del Du-

più noto. Elaborò il concetto di *droit commun coutumier*, costituito dai principi propri dell’esperienza giuridica francese. Un breve ritratto è tracciato da F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Montchrestien, 1948, p. 424. Sul contesto in cui s’inserisce il pensiero del giurista, vedi anche A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, I: Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979, pp. 238-247.

⁽¹⁵⁾ Vedi autori citati in nota 13.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, p. 260, che cita C. DUMOULIN In *Consuet. Parisienses*, Francof., 1597, § 55. gl. 1, n. 81 ss.; § 78, gl. 1, n. 78 ss.) evidenziandone il fondamentale apporto nella lunga e complessa problematica del significato della promessa bilaterale di vendita.

moulin sulla successiva formulazione dell'art. 1589 non risolve i problemi interpretativi posti dall'articolo, essendo la distinzione tra promesse *de praesenti* e promesse *in futurum* invocata a sostegno delle opposte tesi 'dell'equiparazione' e 'dell'autonomia'.

Da una parte, infatti, i sostenitori dell'equiparazione della promessa di vendita alla vendita, identificando la *promesse de vente* prevista dalla disposizione codicistica, con la promessa *de praesenti*, ravvisano in Dumoulin un convinto assertore del principio "promesse de vente vaut vente" (17). Dall'altra, i difensori dell'autonomia della promessa di vendita dalla vendita hanno visto nella distinzione da lui posta la chiara intuizione della differenza tra promessa *de praesenti*, che si identifica con la vendita, e promessa *in futurum*, che è, invece, la *promesse* a cui si riferisce l'art. 1589, e cioè vero contratto preliminare, che obbliga alla futura conclusione della vendita (18).

È opportuno, in una materia tanto complessa, non perdere di vista il vero nodo centrale della problematica della promessa di vendita, che, anche nella dottrina di Dumoulin — pare — resta quello degli effetti giuridici della promessa ed ancor prima quello della natura dell'*instrumentum*, qualora essa non risulti chiaramente

(17) Cfr. E. LAURENTI, *op. cit.*, pp. 482-483.

(18) Vedi L. BOYER, *op. cit.*, p. 8; vedi soprattutto R. T. TROPLONG, *op. cit.*, n. 126, p. 76, che, nel riportare la distinzione di Dumoulin, parla di "une grande équivoque" degli interpreti, "car ces prétendues promesses de vendre, de praesenti, qu'on dit équipollentes à vente, ne sont autre chose que des ventes bien et dûment condition-nées (...)" (vedi § 3.1). Si veda però G. CARRARA, *op. cit.*, pp. 38-39, che invece accusa proprio la teoria di Dumoulin di essere stata la causa dell'abborrita formula poi introdotta nel *code civil*: "La teoria di Molineo è inesatta, e la sua distinzione delle promesse di vendita 'de praesenti' e 'in futurum' manca di fondamento. Le promesse di vendita sono necessariamente 'in futurum', perché la volontà delle parti si dirige a un atto che deve aver luogo in avvenire e le promesse di vendita 'de praesenti' escogitate da Molineo non sono che delle vere e proprie vendite. Il legislatore francese, facendo proprie le teorie di Molineo, è incorso nello stesso errore e ha disposto che dovessero essere equiparate alla vendita le promesse di vendere 'de presenti', le quali non sono che delle vendite. Questo a nostro avviso è il contenuto dell'art. 1589. Come dev'essere interpretato questo articolo? L'articolo 1589 contiene una disposizione oziosa; esso infatti non fa che attribuire effetto di vendita a contratti che questi effetti avrebbero per loro propria virtù. Esso regola i contratti di vendita e non le promesse unilaterali o bilaterali di vendita. Per le une e per le altre la questione, nel codice francese, è rimasta insoluta".

dall'intenzione delle parti rivelata dai termini impiegati. Un'interpretazione, infatti, della riserva di redazione di un documento notarile, che in genere accompagnava la promessa *de praesenti*, come 'patto di elezione di forma', come requisito *ad substantiam*, avrebbe comportato la completa irrilevanza giuridica dell'accordo prima della redazione dell'atto scritto: in caso di mancata redazione dell'*instrumentum*, l'inadempiente non sarebbe incorso in alcuna forma di responsabilità e non sarebbe, dunque, stato costretto né al risarcimento dei danni né all'esecuzione della promessa.

Ecco che, per Astuti, la distinzione di Dumoulin e, soprattutto, l'affermazione che la promessa *de praesenti* è vendita perfetta, era l'unico modo per evitare l'operare delle disposizioni della costituzione giustiniana, e per riconoscere all'accordo precedente alla redazione dell'*instrumentum* autonoma rilevanza ⁽¹⁹⁾.

La dottrina successiva a Dumoulin seguì in maggioranza la sua opinione, escludendo che la forma dovesse ritenersi requisito convenzionale per il perfezionamento del contratto e riconoscendo già perfetta la vendita anche prima ed in difetto della prevista documentazione. Ciò in quanto, altrimenti, la *conventio de re et pretio*, già intervenuta tra le parti, non avrebbe potuto avere alcuna efficacia giuridica e avrebbe dovuto essere considerata un semplice *pactum de tractando*, di per sé privo di sanzione e, dunque, di efficacia vincolante.

Analogo, ed anzi assai più deciso in tal senso, fu l'atteggiamento della giurisprudenza, tanto da potersi affermare ⁽²⁰⁾ che proprio nelle controversie a cui dava luogo l'esecuzione di queste promesse si dovrebbe cercare l'origine della formula “promesse de vente vaut vente”.

Nella generalità della controversie che i giudici si trovavano a dover risolvere, una delle parti si rifiutava, di regola, di partecipare

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. ASTUTI, *op. cit.*, pp. 260-261. Nel suo studio, volto a sostenere il forte nesso tra questioni inerenti il patto di elezione di forma e questioni relative invece al contratto preliminare, Astuti afferma infatti: “questa dottrina ci interessa anche sotto un altro profilo, in quanto l'esempio di promessa 'de praesenti' formulato da Dumoulin è caratterizzato precisamente, oltre che dall'accordo 'de re et pretio', dalla riserva di redazione di un 'instrumentum': esso ci riconduce così alla 'quaestio voluntatis' da cui avevamo preso l'avvio, e sulla quale dobbiamo brevemente ritornare”.

⁽²⁰⁾ Vedi L. BOYER, *op. cit.*, p. 9, e sentenze ivi citate in nota n. 5.

alla redazione dell'atto notarile di vendita, sostenendo l'insussistenza di qualsiasi obbligo, avendo l'accordo previsto la forma scritta come requisito per il perfezionamento del contratto, allo scopo — grazie a quanto disposto dalla costituzione giustiniana — di negare qualsiasi efficacia vincolante alle dichiarazioni ed agli accordi intercorsi; l'altra cercava, invece, di dimostrare che la vendita era perfetta e che la forma scritta era stata prevista solo *ad probationem*.

Se, dunque, anche la giurisprudenza distinse nettamente, in teoria, la promessa di vendita in cui la volontà delle parti si riferiva ad un atto presente, che era considerata come vendita attuale, da quella *in futurum*, considerata invece semplice promessa e distinta dalla vendita, di fronte al caso assai frequente in cui una delle parti si rifiutasse di stipulare l'atto notarile, essa, ed in modo particolare il Parlamento di Parigi, si schierò nettamente a favore della possibilità che la promessa inadempita potesse essere suscettibile di esecuzione forzata: la parte inadempiente era condannata a stipulare l'atto notarile entro un certo termine, altrimenti la sentenza avrebbe tenuto luogo dell'atto di vendita (21).

Alla fine del XVII secolo, questa giurisprudenza del Parlamento di Parigi era consolidata ed a ciò sarebbe da ricondursi il risultato dell'assimilazione della promessa *in futurum* alla vendita già formata (22).

Che si voglia seguire la teoria di chi ha visto un nesso fondamentale tra il 'patto di elezione di forma' — o, più precisamente, tra le conseguenze che l'interpretazione di antiche disposizioni normative riconduceva alla stipulazione di un 'patto di elezione di forma' — e la formulazione del principio "promesse de vente vaut vente", o si preferisca prescindere, pare evidente che alla base dell'affermazione, di gran lunga precedente al codice, di tale principio, ci fossero essenzialmente motivazioni attinenti e non trascurabili esigenze di tutela.

Pare, dunque, in altri termini, che il dibattito sulla promessa di

(21) Vedi le ricostruzioni di L. BOYER, *op. cit.*, p. 9 e I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 24.

(22) Si veda L. BOYER, *op. cit.*, p. 10: "Promesse de vente vaut vente! Le sens de cette maxime est dès lors aisé à déceler. Celle-ci exprime seulement la certitude qu'ont les parties de pouvoir réaliser la vente qu'elles ont promis de conclure; tout comme la vente, la promesse — unilatérale ou synallagmatique — est susceptible d'exécution forcée, mais elle n'est pas une vente (...)" (vedi *infra* nota 169).

vendita, già tra i giuristi antichi, non attenesse in realtà alla natura di essa, alla questione se fosse ontologicamente assimilabile alla vendita, bensì agli effetti di essa, al *quantum* ed al come della sua vincolatività per i contraenti, vincolatività che si manifestava naturalmente nell'adempimento, o, piuttosto, nell'individuazione delle conseguenze dell'inadempimento.

Che il problema da risolvere fosse, cioè, quello di evitare che il promittente adempiente si potesse trovare, a fronte dell'inadempimento della controparte, privo di qualsiasi forma di tutela⁽²³⁾, o che potesse chiedere solo una tutela per equivalente⁽²⁴⁾, l'esigenza che dottrina e giurisprudenza intendevano soddisfare era comunque quella di assicurare all'adempiente la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica della promessa di vendita.

In ultima analisi, l'equiparazione espressa col brocardo “promesse de vente vaut vente” non voleva essere un'equiparazione ontologica, un'identificazione della promessa di vendita alla vendita, bensì un'equiparazione sul piano, ben diverso ed ugualmente fondamentale, degli effetti; riguardava non l'aspetto statico, bensì quello dinamico del rapporto con la promessa instauratosi.

2.2. *Motivi ispiratori dell'art. 1589 'code civil' e 'significato dell'introduzione' della formula "promesse de vente vaut vente".*

Pare opportuno, ai fini di una comprensione adeguata della complessità del problema, precisare che — una volta tentato di far luce sull'origine della formula “promesse de vente vaut vente” e sul senso che essa ebbe per i giuristi medievali — altro è il problema di comprendere i motivi che indussero i redattori del *code civil* ad introdurre l'art. 1589 e, dunque, il significato che essi attribuirono a tale formula; altro ancora è l'ulteriore problema dell'interpretazione

(23) Secondo la ricostruzione di Astuti, come già accennato, era proprio questo il problema che dottrina e giurisprudenza precedenti al *code civil* intendevano risolvere, dovendo fare i conti con le disposizioni della costituzione giustiniana C., 4, 21, 17, che, considerando la stipulazione dell'*instrumentum* notarile, prevista in una clausola apposta alla promessa, come requisito di forma *ad substantiam* del contratto di vendita, privavano la promessa di per sé di qualsiasi effetto vincolante (vedi G. ASTUTI, *op. cit.*, p. 255).

(24) Cfr. L. BOYER, *op. cit.*, p. 9.

che di tale articolo fecero, invece, gli autori successivi alla previsione codicistica.

L'indagine volta alla comprensione del primo problema posto dall'art. 1589, quello appunto relativo ai motivi ed al significato della sua introduzione nel *code civil* del 1804, conduce inevitabilmente ad abbandonare per un istante l'oggetto specifico di questo studio, per volgere lo sguardo ad una materia che in realtà richiederebbe una trattazione assai più approfondita, ma che si tenterà di 'sfiocare', senza troppo divagare, per gli importanti nessi che ad essa legano la nostra promessa di vendita e più precisamente la nascita dell'art. 1589: il consensualismo.

Da più parti ⁽²⁵⁾ si afferma che il principio "promesse de vente vaut vente" sia stato inserito nel codice napoleonico in omaggio al principio del consenso traslativo.

Lungi dall'essere una digressione che esula dall'argomento della nostra ricerca, dunque, una, seppur sintetica (e certo tutt'altro che esaustiva), trattazione delle origini e del significato del principio del consenso traslativo si pone invece come premessa fondamentale di essa.

2.2.1. *L'affermazione del principio consensualistico in Francia.*

Al fine di comprendere l'origine dell'introduzione del fondamentale principio del consenso traslativo, occorre soffermarsi sul clima culturale nel quale i codificatori si trovarono ad operare nella lunga e complessa vicenda codificatrice, clima nel quale coesistevano la tradizione del diritto romano, quella del diritto consuetudinario francese, nonché certi indirizzi giusnaturalisti ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ È questa la tesi sostenuta da U. MORELLO, *Culpa in contrabendo, accordi ed intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano 1986, vol. II, p. 109 ss.; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 3; A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giurispr. ital.*, vol. CXXXIX, 1987, Parte I, sez. I, col. 679-680; F. FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale, il preliminare, le trattative*, Padova, 1999, pp. 32-33, nota n. 55.

⁽²⁶⁾ L'affermazione che l'origine della scelta del codice francese a favore del principio consensualistico sia da ricondurre a tali tre diverse tradizioni presenti in Francia all'epoca della lunga e travagliata redazione di esso non è pacifica. Si veda infatti *contra* P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*,

La vendita di tradizione romana, come noto, era produttiva di effetti obbligatori tra le parti, mentre l'effetto traslativo derivava dalla *traditio* del bene, giusta causa di acquisto della proprietà (27).

La persistenza della tradizione romana (28) nel sistema francese non facilitò certo l'introduzione del principio del consenso traslativo, ponendosi anzi agli antipodi di esso e con esso in netta opposizione. Proprio a causa di tale persistenza, dunque, tale principio si affermò con difficoltà.

Il sistema dualistico di diritto romano, ancora all'epoca della preparazione del codice, aveva molti sostenitori. Certo, era ancora seguito da Pothier, il quale richiamandosi anche a considerazioni di diritto naturale sull'origine e sulla natura della proprietà, esclude categoricamente che il contratto causale sia idoneo a dar luogo al trasferimento di essa, per il quale è invece necessaria la *traditio*, che in qualche modo s'identificherebbe con il primo gesto di godimento effettivo del diritto di proprietà: l'impossessamento della cosa.

Per Pothier, con la vendita il venditore “si obbliga a fare avere liberamente” la cosa al compratore (29), e, dunque, non solo non

Torino, 1999, pp. 21-24, che ricorda come, almeno formalmente, la distinzione tra un *titulus* ed un *modus acquirendi* sia stata costantemente presente nell'ambiente giuridico francese.

(27) Vedi M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 46, Milano 1993, pp. 309 ss.

(28) Parte della dottrina ha visto in Domat un assertore del principio consensualistico (così C. A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova 1942, e, più di recente, P. G. MONATERI, *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, 1984, p. 416; G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 5). Molti sono però gli autori che ribadiscono come anche per Domat la vendita fosse contratto ad effetti obbligatori, e come fosse necessaria la *traditio*, seppur nella forma della *traditio ficta*, per la produzione dell'effetto traslativo. In tal senso si veda L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 14; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 70; più di recente, P. M. VECCHI, *op. cit.*, p. 25-26. Si veda anche G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa*, in *Diritto privato, Il trasferimento in proprietà*, vol. I, 1995, pp. 101-103 e 111-113, il quale mette in evidenza come in Domat avesse trovato un effettivo riscontro l'idea dei gradi di perfezionamento della vendita.

(29) Cfr. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente, article préliminaire*, in *Id., Oeuvres complètes*, Paris, 1821, III, 1, ove si legge: “Le contrat de vente est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le vendeur, s'oblige envers l'autre de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire, une chose, pour le prix d'une certaine somme

trasferisce essa stessa la proprietà, ma neanche è produttiva dell'obbligo di trasferirla, bensì soltanto di quello di attribuire e garantire il possesso pacifico ed utile della cosa.

Prima della consegna, pertanto, il debitore resta pieno proprietario della cosa e ne può validamente disporre, salva la sua responsabilità per l'inadempimento.

Tale costruzione della compravendita, che certo deriva dalla concezione romanistica di essa, può ricondursi, secondo una tesi recente ⁽³⁰⁾, ad una spiegazione legata a non trascurabili esigenze concrete: si trattava forse di una scelta necessaria per rendere la vendita coerente con la "concezione dell'unità della proprietà", o, ben più propriamente, con il progressivo "recupero" "della unitarietà della nozione di proprietà", del quale Pothier, ben calato nella realtà del suo tempo, non fu artefice, ma certo partecipe ⁽³¹⁾.

Tale recupero si identificava con il graduale superamento — *de facto* già realizzatosi a metà Cinquecento ⁽³²⁾ — della frammentarietà della proprietà a favore del *dominus utilis*, considerato vero 'proprietario' ⁽³³⁾.

d'argent que l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer". Il *Traité du contrat de vente* venne pubblicato per la prima volta nel 1762.

⁽³⁰⁾ Si veda per queste considerazioni, L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990, Milano, 1991, Tomo II.

⁽³¹⁾ Di tale progressivo "recupero della unitarietà della nozione di proprietà" parla P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert- Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, pp. 385-437, in partic. p. 406. Nel confutare l'entusiastica tesi espressa anni prima da O.T. SCOZZAFAVA (*I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982), che vede in Pothier un autore 'moderno', la cui concezione della proprietà anticiperebbe di qualche decennio la Rivoluzione, Grossi afferma infatti che il giurista orleanista non fu affatto un innovatore, bensì un "lucido, provveduto e sensibile sistematore" del diritto prerivoluzionario (cfr. P. GROSSI, *op. cit.*, p. 405), perfettamente inserito nella realtà del suo tempo e nell'assetto feudale della proprietà, che, se nei fatti era già da tempo 'squilibrato' a favore del *dominus utilis*, *de iure* sarà eliminato non con Pothier, ma solo con la Rivoluzione (cfr. P. GROSSI, *op. cit.*, p. 401).

⁽³²⁾ Cfr. P. GROSSI, *op. cit.*, p. 399: "A mezzo Cinquecento (...) la profonda involuzione-evoluzione dell'assetto feudale e dei rapporti fondiari, che porta in Francia a uno snaturamento della istituzione-feudo e delle realtà a questa connesse e della relazione concedente-concessionario, si è già perfettamente compiuta".

⁽³³⁾ "A l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces

Dalla tendenziale identificazione della proprietà, dunque, con la situazione di chi ha l'effettivo potere di sfruttamento ed utilizzazione del fondo, dall'adozione di una concezione della proprietà che privilegiava la concretezza data dal possesso, piuttosto che considerarla come astratta signoria sulla cosa, derivava come conseguenza necessaria che il trasferimento di essa non potesse ricondursi alla sola volontà, ma, invece, dovesse basarsi sull'attribuzione del possesso pacifico ed indisturbato della cosa.

Assai diversa era la concezione della proprietà derivante dalla tradizione consuetudinaria francese⁽³⁴⁾: la proprietà si trasferiva soprattutto (ad eccezione però dei *pays de nantissement*⁽³⁵⁾) con la presa di possesso nella forma della *dessaisine-saisine* (spossessamento-impossessamento) che per gli immobili era, però, ormai una clausola di stile. L'inserzione nel contratto notarile di compravendita e dona-

de domaines: le domaine direct, et le domaine utile ... c'est, a l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire, ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien la propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage” (crf. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, t. V, p. 210). A ribadire l'assenza in Pothier di un'anticipata concezione moderna della proprietà, come proprietà indivisa, Grossi fa presente che Pothier ben distingue la situazione, appena descritta nel testo citato, degli immobili feudali e censuali, nei quali la proprietà è divisa in diretta ed utile, da quella dei mobili e degli immobili allodiali, nei quali vi è “une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété”. Il sistema di Pothier si presenta intriso di sfaccettature e distinzioni, e dunque ancora lontano dalla concezione moderna della proprietà (vedi P. GROSSI, *op. cit.*, p. 398).

(34) Nonostante le indicazioni delle fonti romane, per cui la vendita non obbliga il venditore al trasferimento della proprietà del bene venduto, ma solo ad assicurare al compratore il pacifico godimento, i giuristi medievali identificarono l'oggetto della vendita con il trasferimento della proprietà, come effetto della *traditio*, che continuò per lungo tempo ad essere considerata indispensabile. Col tempo la *traditio* venne però assorbita nel formulario notarile attraverso clausole divenute di stile che davano luogo a forme di costituiti possessori rendendo l'alienante custode per conto dell'acquirente. Già nel XVI secolo si riteneva, in Italia ed anche in Francia, che tali clausole, qualora assenti, dovessero ritenersi comunque inserite nel rogito.

(35) I c.d. *pays de nantissement* erano regioni nordorientali, che si differenziavano dalle altre regioni per il modo di trasferimento degli immobili. In tali *pays* si continuò infatti a considerare necessaria per la produzione dell'effetto traslativo o comunque per il trasferimento di un diritto immobiliare la *traditio*. Si veda sull'argomento A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, pp. 80-82.

zione immobiliare di tale clausola divenne abituale, tanto che si arrivò a ritenerla comunque sottointesa. Si venne cioè a creare una presunzione, con possibilità di prova contraria, che le parti, qualora il contratto nulla prevedesse al riguardo, avessero voluto la *traditio ficta*. Ammettere, dunque, il trasferimento della proprietà con questa clausola ⁽³⁶⁾ equivaleva ad ammettere che esso conseguiva automaticamente al solo contratto di compravendita. Il *modus acquirendi* era compenetrato nel *titulus*. Conseguenza di ciò, la mancanza per i terzi di mezzi per conoscere le alienazioni, che risultavano segrete. Non si può comunque tacere che, sebbene la diffusione dell'utilizzo della *traditio ficta* avesse inficiato il sistema tradizionale di trasferimento della proprietà basato sull'effettiva scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, esso non era in principio affatto scomparso. Al di fuori delle ipotesi di vendita e di donazione, per le quali operava la *traditio ficta*, la consegna rimaneva infatti, necessaria per produrre l'effetto reale.

Ciò che sin da ora, dunque prima del codice del 1804, si verifica è il seppur graduale abbandono proprio di quella scissione, del dinamismo, della durata, che caratterizzava il sistema di diritto comune, che evidentemente non si riteneva più adatto alle esigenze dei traffici.

La dottrina attualmente maggioritaria ⁽³⁷⁾ ritiene che il *code civil*, sancendo il principio consensualistico — per cui già con il contratto le parti hanno posto in essere anche l'attività necessaria a dar luogo al trasferimento della proprietà attribuendo il possesso all'acquirente e così rendendo assoluta la presunzione, fino ad allora

⁽³⁶⁾ Sul punto, vedi C. A. FUNAIOLI, *La tradizione*, cit., p. 80, il quale afferma che tale clausola è “nella pratica francese l'anello di congiunzione fra il vecchio e il nuovo sistema traslativo”.

⁽³⁷⁾ Vedi C. A. FUNAIOLI, *Efficacia della trascrizione*, in *Riv. not.*, 1949, p. 284 e ss.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, vol. I, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, II ed., a cura di Napoli e Vecchi, Torino, 1993, p. 82 e ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare*, cit., p. 74 e ss. Ma si veda *contra*: P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, cit., p. 21: “Questa ricostruzione suscita tuttavia alcune perplessità. Come dimostra infatti l'esperienza tedesca, che conosce forme di costituito possessorio pur senza derogare minimamente alla regola per cui il contratto causale non può avere che efficacia obbligatoria (§§ 930, 933 BGB), sarebbe stato ben possibile accogliere od addirittura sanzionare le pratiche appena illustrate senza incidere sui meccanismi acquisitivi del diritto”.

relativa, che nel contratto obbligatorio di alienazione fosse stata prevista anche una forma di costituito possessorio — non abbia fatto altro che recepire tale prassi consolidata, e (ecco l’innovazione!) da prassi l’abbia resa norma positiva ⁽³⁸⁾.

Si afferma tradizionalmente ⁽³⁹⁾ che anche le correnti giusnaturalistiche hanno svolto un ruolo di rilievo nel passaggio dal sistema tradizionale di trasferimento della proprietà al principio del consenso traslativo. Grozio, infatti, distingueva, riguardo ai modi di trasferimento della proprietà, il diritto naturale dal diritto civile: nel primo, l’effetto traslativo deriverebbe dal solo consenso, combinazione della volontà dismissiva dell’alienante e di quella acquisitiva dell’acquirente; mentre nel secondo sarebbe necessaria la *traditio* ⁽⁴⁰⁾. La soluzione adottata dal diritto positivo, lungi dal costituire una mera formalità, riveste al contrario una concreta e rilevante utilità pratica, essendo valido strumento per evitare alienazioni avventate (*temerariae*) e ripensamenti (*poenitentia*) ⁽⁴¹⁾. “In questo modo, ad un’astratta razionalità del sistema di natura si contrappon-

⁽³⁸⁾ Vedi L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., p. 20 e ss.

⁽³⁹⁾ Il richiamo al diritto naturale è già presente in R. T. TROPLONG, *op. cit.*, *Préface*, in partic. p. 7. Significative anche le considerazioni di Portalis circa i motivi dell’introduzione del trasferimento della proprietà nella vendita col solo consenso: “Le système du droit français est donc plus raisonnable que celui du droit romain (...)” (cfr. J. M. E. PORTALIS, *Présentation au corps législatif (du contrat de vente)*, in FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, tomo IX, 1827 (rist. Osnabruck, 1968, tomo XIV), p. 113.

⁽⁴⁰⁾ Vedi U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, 1625, cap. VI, § 1 e 2, ed. Lausannae, 1758, t. II, p. 344.

⁽⁴¹⁾ Si vedano a tal proposito le considerazioni di F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. IX, tomo II, Torino, 1998; e soprattutto U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., tomo I, pp. 175-177. L’autore, nell’affermare il ruolo del pensiero di Grozio per l’attribuzione degli effetti reali nel contratto di compravendita, con la semplice manifestazione del consenso, sottolinea la diversità di piani su cui si pongono le due opere del giurista olandese a cui si fa riferimento: le *Institutiones iuris hollandici* ed il *De iure belli ac pacis*: mentre la prima descrive il diritto vigente in Olanda e dunque in tale contesto inserisce la distinzione tra diritto naturale e diritto civile, nella seconda l’attenzione è volta in modo particolare al diritto naturale.

gono non le sottigliezze, come anche si è detto, ma le concrete esigenze degli ordinamenti positivi, e il complesso di garanzie che essi cercano di offrire in ordine alla effettiva circolazione dei beni" (42). Già Grozio, dunque, riconosceva la funzionalità della tradizionale scissione tra *titulus* e *modus* alle esigenze dei traffici commerciali.

Proprio per questa distinzione, le correnti giusnaturalistiche sembrano essere state in realtà assai meno incisive di quanto la dottrina abbia per lungo tempo ritenuto e continui a ritenere.

La contrapposizione, infatti, tra un diritto di natura che, esaltando la volontà dei privati, da essa sola fa derivare il trasferimento della proprietà ed un diritto positivo, che, invece, ancora richiede, richiamandosi alle esigenze concrete dei traffici, la *traditio* come imprescindibile momento dell'effetto traslativo, rende quantomeno imprudente riconoscere al giusnaturalismo un ruolo inequivocabilmente primario nell'affermazione del principio consensualistico. Esso avrebbe, infatti, potuto offrire ai redattori del *code civil* una base dottrinale ugualmente valida per l'accoglimento del sistema del diritto comune basato sul dualismo *titulus/modus acquirendi*.

È forse da chiedersi se l'affermazione del principio del consenso traslativo, lungi dall'appartenere all'ambito immutabile e perpetuo del diritto naturale, non si debba invece identificare con lo strumento principale al servizio degli interessi dell'ideologia e della classe borghese, più un mezzo per soddisfare bisogni contingenti, dunque, che un immutabile principio di diritto naturale (43).

Dalla breve analisi appena svolta delle tre diverse tradizioni presenti in Francia ancora alla vigilia del *code civil* pare evidente che l'affermazione del principio consensualistico non derivò affatto da un'evoluzione 'naturale', in modo cioè graduale e pacifico: l'antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* era, infatti, ancora ben radicata, derivando non solo dalla tradizione romanistica, ma anche da quella consuetudinaria francese, per la quale la *traditio ficta* (e la presunzione che la relativa clausola fosse stata pattuita dalle parti) si era in effetti affermata solo riguardo agli atti notarili di vendita e

(42) Cfr. *ibidem*.

(43) Sull'esigenza di "demitizzare" principi e nozioni del diritto moderno, si veda P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, terza edizione, Milano, 2007.

donazione ⁽⁴⁴⁾, ed in alcuni paesi i trasferimenti immobiliari richiedevano ancora la tradizione materiale accompagnata da una procedura giudiziaria di origine feudale, il *nantissement* ⁽⁴⁵⁾.

Ad analoga conclusione conduce anche la lettura della legislazione rivoluzionaria, di pochi anni precedente l'entrata in vigore del *code civil*. Nell'ambito di un ampio progetto di riforma della proprietà fondiaria, si susseguirono, infatti, interventi legislativi che interessarono anche il sistema di trasferimento della proprietà. La legge 19 settembre 1790 trasformò il *nantissement* in una forma di trascrizione, che continuava a produrre gli stessi effetti della procedura abrogata ⁽⁴⁶⁾. Seguì la legge del 9 messidoro dell'anno III (1794), che stabilì che l'alienazione di diritti reali immobiliari si perfezionava con l'iscrizione del contratto in registri fondiari a base

⁽⁴⁴⁾ Vedi in tal senso A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 73, che fa presente come “Fuori dalle ipotesi di vendita e donazione, in cui operava la ‘tradition feinte’, la consegna rimaneva necessaria per produrre l'effetto reale: nei ‘pays de droit écrit’ la regola romana ‘Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur’ era diritto vigente, direttamente applicabile in giudizio” ed a conferma cita in nota (nota 19 p. 73) Cass. 3 nevoso anno VI, in S., anno X (1800-1801).1.125, che, per un'aggiudicazione giudiziaria di immobili aveva cassato la sentenza impugnata proprio sulla base di tale principio.

⁽⁴⁵⁾ Vedi *supra*, nota 35. Il *nantissement*, che sostituì le formalità solenni proprie dell'epoca feudale, consisteva in “una semplice procedura giudiziaria, talora utilizzata anche per i beni allodiali, che trasferiva il diritto all'acquirente di un immobile, ed il cui verbale era inserito nei registri delle corti signorili, liberamente consultabili” (cfr. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 81).

⁽⁴⁶⁾ Come evidenzia A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 83, nota 51, si trattò di un cambiamento essenzialmente procedurale, privo di portata significativa a livello sostanziale: “Gli uffici signorili preposti al ‘nantissement’ furono soppressi e si introdusse la trascrizione dei contratti traslativi presso le cancellerie dei tribunali distrettuali di recente creazione”. La nuova disciplina risultava dagli art. 3 e 4 della legge, citati da R. T. TROPLONG, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, II ed., Paris, 1864, p. 185: “A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine, dissaisine,..., seront et demeureront abolies; et...les constitutions d'hypothèque” (art. 3); “Ledites transcriptions seront faites par les greffiers des tribunaux de district de la situation des biens, selon l'ordre dans lequel les grosses des contrats leur auront été présentées, et qui sera constaté par un registre particulier... Et les greffiers seront tenus de communiquer ces registres sans frais aux requérants” (art. 4).

reale. Essa ebbe, però, scarsa applicazione e vita breve (47). Con la legge dell'11 brumaio dell'anno VII (1798) venne, infine, imposta in tutto il territorio francese la trascrizione dei contratti traslativi aventi per oggetto diritti suscettibili di ipoteca, in registri immobiliari a base personale (48). L'art. 28 della legge stabiliva chiaramente che il trasferimento della proprietà all'acquirente avveniva in seguito alla trascrizione (49), sostituendosi così alla precedente formalità del *nantissement*.

Ecco che solo pochi anni prima dell'entrata in vigore del *code civil*, in Francia si poté assistere a quella che anni fa è stata definita la "rivincita del principio germanico" (50), grazie ad una legge che sanciva l'insufficienza del solo consenso delle parti per la produzione dell'effetto traslativo.

Da ciò, una prima conclusione circa la scelta del legislatore del 1804 di introdurre nel codice il principio del consenso traslativo: si trattò di una scelta completamente innovativa. Da ciò anche, però, un ineludibile interrogativo circa i motivi che indussero i redattori ad una così netta cesura rispetto al passato.

Sembra di poter vedere alla base della scelta codicistica motivazioni ideologico-politiche, consistenti nella volontà di abbandonare le antiche regole romanistiche e di creare invece un diritto 'nazionale'; ciò coerentemente con la fine dell'antico regime, nel quale lo studio del diritto romano avveniva in un contesto accademico strettamente legato alla monarchia (51), e l'avvio del nuovo,

(47) Fu infatti sospesa il 28 vendemmionario dell'anno V (19 ottobre 1796). Questa legge estese a tutto il territorio francese il principio posto a fondamento del sistema di *nantissement*. Essa stabiliva che l'acquirente, fino alla trascrizione, "ne peut devenir propriétaire incommutable des biens territoriaux qui en sont l'objet" (art. 105, in TROPLONG, *Commentaire* ultimo cit., p. 187).

(48) L'art. 26 della legge in esame prevedeva: "Les actes translatifs et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seront conformés aux dispositions de la présente loi ».

(49) Così testualmente l'art. 28: « La transcription prescrite par l'article 26 tranmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble est grevé. »

(50) Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare*, Milano, 1954, p. 229.

(51) A tal proposito vedi F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad.

nato dalla rivoluzione, che si reggeva appunto sull'idea di 'nazione' e, conseguentemente, sul rifiuto di tutto ciò che ad essa era estraneo.

L'intento del codificatore era, dunque, quello di recuperare la tradizione francese, ma, come abbiamo poco sopra evidenziato, in realtà pare che la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* fosse ben consolidata anche nel diritto consuetudinario.

Si può forse spiegare questa apparente contraddizione, constatando che i redattori del codice, che avevano attinto il diritto romano da Domat e Pothier, si erano rifatti per il diritto consuetudinario all'opera di Bourjon⁽⁵²⁾, nella quale, proprio con l'intento di contrapporre la razionalità del diritto consuetudinario a quella del diritto romano, vengono riaffermate regole da tempo disapplicate, tra cui anche quella del consenso traslativo⁽⁵³⁾. Il codificatore, in altri termini, introdusse il principio consensualistico nella convinzione di non innovare affatto, bensì di contrapporre alle regole di diritto romano quelle consuetudinarie locali, ben più 'razionali', proprio perché diffuse nella prassi e dunque rispondenti alle reali esigenze socio-economiche.

italiana a cura di U. Santarelli e S. A. Fusco, Milano, 1980, vol. 1, p. 371, che evidenzia lo stretto legame che nello Stato territoriale tedesco, ma anche negli Stati territoriali europei prima della Rivoluzione francese legava Diritto romano ed autorità del Principe.

⁽⁵²⁾ *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, (Paris, 1747, I, p. 422), dell'avvocato parigino FRANÇOIS BOURJON, morto nel 1751, pochi anni dopo la pubblicazione dell'opera che lo rese celebre (*Le droit commun* riscosse grande successo, tanto che vi furono altre due edizioni, l'ultima nel 1773). Scopo di Bourjon era realizzare l'unificazione del diritto francese partendo dalla *Coutume de Paris*, dimostrandone la superiorità, se riscoperta alla luce dell'equità naturale che l'animava, rispetto al diritto romano. Vedi in proposito A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, p. 103 e ss., che dedica un intero paragrafo a “Bourjon, Daguessau et Pothier”, che segnarono “le triomphe du courant jusnaturalistique rationaliste moderne” ed ai quali, ultimi rappresentanti del diritto di *ancien régime*, si deve l'unificazione giuridica francese. Si veda anche, sull'influenza che l'opera di Bourjon esercitò sui redattori del *code civil*, F. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 425.

⁽⁵³⁾ Si legge infatti in un passo di BOURJON, *op. cit.*, p. 413: “...c'est la perfection qui fait le transport de la propriété...”.

2.2.2. *L'art. 1589 come strumento di reale affermazione del consensualismo.*

Il sistema di norme in cui il legislatore del 1804 ha tradotto la scelta consensualistica non è privo, in realtà, di risvolti problematici, perché in effetti non vi si trova un chiaro abbandono dell'antica vendita obbligatoria a favore di una vendita ad effetti reali.

L'art. 1138, dopo aver affermato che l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti, riconosce a questa obbligazione l'effetto traslativo (della proprietà e dei rischi) in capo al compratore, ancorché la tradizione effettiva non sia intervenuta ⁽⁵⁴⁾.

Ben diversa la norma dell'art. 1582, che definisce la compravendita come il contratto con cui l'uno si obbliga a consegnare una cosa, l'altro a pagarla, non prevedendo, dunque, l'effetto reale scaturente dal consenso ⁽⁵⁵⁾. L'art. 1583 specifica, poi, che essa è perfetta "entre les parties" e la proprietà si trasferisce di diritto "à l'égard du vendeur", indipendentemente dalla consegna e dal pagamento del prezzo ⁽⁵⁶⁾.

L'affermazione dell'effetto traslativo del consenso si trova più chiaramente nell'art. 938, che prevede la perfezione della donazione accettata, in virtù appunto del consenso e ad esso ricollega il trasferimento della proprietà "sans qu'il soit besoin d'autre tradition" ⁽⁵⁷⁾, ed in effetti anche nell'art. 1583, che nella compravendita attribuisce il trasferimento della proprietà al consenso sugli elementi essenziali. Eppure, il dettato degli articoli nei quali il codice esprime

⁽⁵⁴⁾ L'art. 1138 recita: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractants. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques de l'instant où elle a du être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier"

⁽⁵⁵⁾ Art. 1582 comma I: "La vente est une convention par la quelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer".

⁽⁵⁶⁾ Art. 1583: "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait livrée ni le prix payé".

⁽⁵⁷⁾ Art. 938: "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu' il soit besoin d'autre tradition".

la sua scelta a favore del consensualismo fa pensare che in realtà sia ancora ben presente il modello romanistico: ciò è particolarmente evidente, non solo nella previsione dell'art. 1582, che definisce la vendita come contratto che obbliga alla consegna di una cosa, ma anche in quella dell'art. 1138, che, come visto poco sopra, pare ricondurre l'effetto reale non tanto al consenso reciproco, quanto all'obbligazione di consegna che da tale consenso deriva. E ciò riveste notevole importanza perché è in effetti la negazione, almeno a livello formale, della derivazione immediata del trasferimento della proprietà dall'accordo delle parti, e l'affermazione, invece, della necessità di una mediazione, l'obbligazione di consegnare ⁽⁵⁸⁾ appunto, indipendentemente dall'effettiva consegna, nella prassi sostituita già da tempo dalla *traditio ficta* ⁽⁵⁹⁾.

L'allontanamento definitivo dal diritto romano, per quanto inequivocabilmente voluto dai compilatori ⁽⁶⁰⁾, fu opera della dottrina ⁽⁶¹⁾ e della giurisprudenza ⁽⁶²⁾ successive al codice, che ne

⁽⁵⁸⁾ L'attribuzione dell'effetto reale non al consenso, bensì all'obbligazione di consegnare da esso generata pare evidente anche nell'art. 711 che infatti detta “La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.”.

⁽⁵⁹⁾ Ciò è evidente nel dettato dell'art. 938 (vedi *supra*, nota 57) che, prevedendo il trasferimento della proprietà in capo al donatario “sans qu'il soit besoin d'autre tradition”, pare proprio presupporre una precedente *traditio ficta*.

⁽⁶⁰⁾ Vedi *infra*, a proposito del *Discours préliminaire* di Portalis.

⁽⁶¹⁾ Cfr. R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, cit., *Préface*, cit., particolarmente pp. 5-6, ove l'autore afferma la superiorità del *code civil* rispetto al diritto romano. Sembra esemplificativo un breve passo: “A eux appartient la perfection artistique; au code civil, la perfection philosophique, et c'est celle-ci qui importe le plus aux peuples. Entre le droit qu' ils nous ont transmis, et celui que le code civil renferme, il y a toute la distance du paganisme au christianisme, du stoïcisme à la morale chrétienne”; vedi anche n. 39, p. 34: “Le code civil a suivi un système opposé, et dont les conséquences donnent au droit français une physionomie toute particulière. Il attribue aux obligations l'effet de transférer la propriété (art. 711), et il décide dans notre article que l'acquéreur est investi, de droit, de la propriété de la chose vendue par la seule puissance du consentement, et alors même qu'il n'y a pas eu de tradition ni de paiement du prix”; A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le code français*, quarta edizione, Bruxelles, 1841, IX, liv. III, tit. VI, particolarmente n. 19, p. 7: “Une autre différence du droit actuel d'avec l'ancien, bien plus importante encore, parce qu'elle ne s'applique pas seulement aux ventes, mais à toute obligation de donner un corps certain et déterminé, c'est que aujourd'hui, et en supposant le vendeur propriétaire de la chose vendue, l'acheteur en

interpretarono l'ambiguo dettato alla luce dell'idea che il *code civil* aveva abrogato le norme relative alla trascrizione costitutiva delle leggi rivoluzionarie, ed aveva inteso scostarsi dal sistema romano e consuetudinario basato sul dualismo *titulus/modus acquirendi*, per affermare invece l'effetto reale del contratto di compravendita.

Un secondo problema, in parte già emerso dalle precedenti considerazioni, riguarda un aspetto specifico dell'effetto reale della compravendita nel sistema del codice, consistente nel dubbio, cagionato dal dettato dell'art. 1583, circa i soggetti nei confronti dei quali l'effetto traslativo si produceva: l'art. 1583 parla, infatti, di vendita perfetta 'tra le parti' e di trasferimento della proprietà 'con riguardo al venditore' e, dunque, l'effetto reale parrebbe limitato ai contraenti.

La tesi della limitazione degli effetti reali alle sole parti contraenti fu sostenuta dal Tribuno Grenier nel suo discorso di presentazione del progetto al Corpo Legislativo ⁽⁶³⁾ ed è stata ripresa in

devient lui-même propriétaire par le fait seul du contrat de vente, sans qu'il y ait besoin d'aucune tradition, et quoique le prix ne soit pas encore payé (art. 1583)". L'argomento è poi ripreso e precisato dall'autore: "La vente est un de ces contrats que les jurisconsultes appellent consensuels, pour dire qu'ils se forment par le seul consentement des parties, 'qui solo consensu perficiuntur', parce qu' en effet il's n'ont pas besoin, comme le prêt et le dépôt, qu' une chose soit livrée par l'une des parties à l'autre; pour qu' il y ait contrat et obligation: le consentement des parties sur la chose et le prix suffit pleinement. Aussi, suivant l'article 1583 du Code, la vente est parfaite dès qu' on convenu de la chose et du prix, encore que la chose n'ait point été livrée ni le prix payé. Le seul consentement des parties sur cette chose et ce prix opère vente et vente parfaite, tout aussi bien que si la chose était livrée et le prix payé à l'instant même" (cfr. n. 31, p. 13).

⁽⁶²⁾ Vedi P. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, quinta edizione, Bruxelles, 1828, XXXV, voce *Transcription*, § III, p. 9, che riporta Cass. civ., 15 ottobre 1810: "Attendu que les art. 26 e 28 de la loi 11 brumaire an 7, qui prescrivaient impérieusement la transcription des contrats de vente d'immeubles sur les registres de la conservation des hypothèques, pour assurer aux acquéreurs la transmission de propriété des objets immobiliers à eux vendus, ont été abrogés par l'art. 1583 di Code civil, qui n'a plus exigé la formalité de la transcription pour la transmission de la propriété par le contrat de vente (...)" ; vedi anche: Cass. civ. 18 maggio 1810, ivi citata a p. 10; Cass. civ. 23 giugno 1810, citata a p. 11.

⁽⁶³⁾ *Discours prononcé par le tribun Grenier* (15 ventoso anno XII, 6 marzo 1804), in FENET, *Recueil* cit., XIV, 188.

anni recenti da Coing ⁽⁶⁴⁾. Essa è però stata decisamente avversata da molti interpreti del codice, tra cui Marcadé ⁽⁶⁵⁾ e Duranton ⁽⁶⁶⁾, che, pur riconoscendo la mancanza di chiarezza nella definizione dell'art. 1582, hanno sostenuto che l'efficacia traslativa della vendita si deduce chiaramente dal sistema del codice.

Tramite un'ulteriore operazione esegetica, gli interpreti riuscirono a superare la previsione nell'art. 1582 dell'obbligo di consegna, per identificare, invece, l'oggetto del contratto con il trasferimento della proprietà in capo al compratore.

L'operazione, quindi, iniziata dal legislatore e portata in realtà a compimento dagli interpreti del codice, fu quella di creare un sistema consensualistico perfetto, che facesse discendere l'effetto traslativo dal contratto, privando di ogni rilevanza reale l'obbligazione di trasferire, anche quando essa fosse stata voluta e concordata dalle parti.

È nell'ambito di un sistema normativo di tal genere che s'inserisce perfettamente anche la disciplina della promessa di vendita. Essa si pone anzi come norma di chiusura, come completamento del sistema consensualistico del codice.

Alla base dell'introduzione del principio consensualistico, come

⁽⁶⁴⁾ Vedi H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500-bis 1800*, München 1985, p. 445. Si veda anche, tra i primi interpreti del codice, R. T. TROPLONG, *op. ult. cit.*, n. 42, p. 35.

⁽⁶⁵⁾ Vedi V. N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique di Code Napoléon*, quinta edizione, Paris, 1855, VI, liv. III, tit. VI, chap. I, § III, p. 144: “Pour ce qui est de la restriction que l'art. 1583 semble apporter au principe de la translation de propriété par l'effet instantané du contrat, en disant que, par le seul consentement, la propriété est acquise à l'acheteur à l'égard du vendeur, elle a été expliquée sous les art. 1140-1141. On y a vu que la question de savoir si la transmission de propriété des immeubles serait efficace même vis-a-vis de tiers par le seul effet du contrat, ou si elle ne le serait qu' au moyen de la transcription de ce contrat, avait été renvoyée à notre titre et à celui des hypothèques, et que, restée encore indécise dans notre matière de la vente, comme on le voit par notre art. 1583, elle a enfin été résolue plus loin dans le sens de la translation absolue et erga omnes par la seule convention (...).”

⁽⁶⁶⁾ Vedi A. DURANTON, *op. cit.*, n. 19, pp. 7-8: “L'art. 1583, il est vrai, en disant que la propriété de la chose vendue est acquise à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, semble faire entendre que ce n'est seulement que par rapport au vendeur que l'acheteur est propriétaire par le fait seul du contrat de vente, et qu'à l'égard de tiers, il faut quelque chose de plus (...). Mais cette conclusion serait fautive...”.

già accennato, ci furono certo motivazioni latamente politico-ideologiche, consistenti nell'intento di creare un diritto della nazione francese, abbandonando la tradizione romanistica, che alla nazione era estranea. Eppure, al di là di questo genere di motivazioni, ve ne furono certo altre, legate ad esigenze concrete. Il precedente procedimento regolante la vendita rendeva i trasferimenti estremamente complessi e tutt'altro che immediati, necessitando non solo dell'accordo tra i contraenti, ma anche della successiva *traditio*. L'introduzione di un nuovo sistema, che riconduceva al semplice consenso l'effetto traslativo, facilitava e velocizzava gli scambi, a tutto vantaggio dell'emergente ceto borghese, che aveva interesse all'eliminazione dei controlli sui trasferimenti della proprietà terriera e dei vincoli di carattere feudale, al permanere dei quali il sistema dualistico *titulus/modus acquirendi* era funzionale.

Ritenere valida una promessa reciproca di contratto (che altro non è che un contratto preliminare) avrebbe potuto svuotare di contenuto il principio del consenso traslativo, assicurando, per una via formalmente diversa, la possibilità di ottenere il medesimo risultato assicurato in precedenza dalla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, quello, cioè, di separare il momento della manifestazione del consenso reciproco da quello della produzione dell'effetto reale.

In concreto, dunque, in quel determinato contesto socio-economico, l'affermazione della configurabilità della promessa di vendita come autonoma dalla vendita definitiva avrebbe significato consentire il permanere della proprietà fondiaria nelle mani di quell'aristocrazia terriera che con la rivoluzione si era inteso eliminare.

Stabilendo che la promessa di vendita dovesse considerarsi vendita definitiva, senza bisogno di ulteriori formalità, l'art. 1589, propriamente considerato da molti come norma posta a difesa dell'ordine pubblico, mirava alla reale abolizione del precedente sistema ed al conseguente effettivo funzionamento del sistema accolto dal codice ⁽⁶⁷⁾.

La disciplina della promessa di vendita s'inserisce, quindi, in un

⁽⁶⁷⁾ È questa la tesi sostenuta da U. MORELLO, *Culpa in contrabendo, accordi ed intese preliminari*, cit. p. 109 ss.; vedi anche F. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, pp. 32-33, nota n. 55.

progetto strategico, finalizzato alla tutela di ben individuati interessi politico-economici ⁽⁶⁸⁾, quelli della classe borghese appunto, reale artefice e prima fruitrice del codice ⁽⁶⁹⁾.

Per mere esigenze di completezza — data l'esiguità dei passi rilevanti e l'assenza di discussioni di reale interesse nell'ambito dei lavori preparatori ⁽⁷⁰⁾ — è opportuno un breve cenno alle vicissitudini della *promesse de vente* nei lunghi anni della 'gestazione' del *code civil* ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Tali interessi erano ben espressi dalla Scuola economica fisiocratica, fondata dall'economista francese François Quesnay (*Le droit naturel*, 1765) ed affermatasi intorno alla metà del XVIII secolo. Nell'ottica dei Fisiocratici, lo Stato doveva farsi garante dei diritti economici e dello stesso ordine naturale, preesistente all'instaurazione della società civile, principio informatore a cui dovevano conformarsi le leggi positive e che si identificava con il diritto originario di ogni individuo all'appropriazione di beni economici, in altri termini con il diritto di proprietà e, più nello specifico, di proprietà fondiaria. L'agricoltura era infatti considerata la sola attività in grado di assicurare prosperità allo Stato ed ai singoli cittadini. I valori economici e sociali di cui la Scuola fisiocratica si era fatta portatrice, conformi alle esigenze della borghesia che aveva fatto la Rivoluzione, si erano incontrati con le istanze provenienti dai giuristi volte alla riforma del diritto privato ed anzi possono considerarsi le reali basi teoriche del *code civil*. Sul punto si esprime ben a proposito G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, vol. I, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1939, p. 89: “Ed esempio nuovo nella storia vediamo in Francia nel secolo XVIII gli economisti associarsi coi giuristi nel preparare le basi del diritto privato. Non è esagerazione affermare che le dottrine dei Fisiocratici, economisti e filosofi nel tempo stesso, ebbero una influenza decisiva sui giuristi della Rivoluzione e costituirono le premesse teoriche del Codice Napoleone”. Si vedano, inoltre, sulla Scuola fisiocratica: G. REBUFFA, *Fisiocrazia, ordine naturale, diritti individuali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* raccolti da Giovanni TARELLO, I, Bologna, 1971, pp. 213-249; B. MIGLIO, *I Fisiocratici*, Milano, 2001.

⁽⁶⁹⁾ Sul ruolo fortemente politico della Codificazione, si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 127-141, che la definisce “una enorme operazione di politica del diritto; anzi, la più colossale operazione di politica del diritto nell'intero arco della storia giuridica occidentale” (p. 128).

⁽⁷⁰⁾ Vedi P. A. FENET, *Recueil* cit., XIV, libro III, titolo IV.

⁽⁷¹⁾ Sui progetti di codificazione civile e sulle problematiche ad essi collegate, si vedano LOCRE, *Legislazione civile, commerciale e criminale ossia Commentario e Compimento dei codici francesi*, vol. VII, tradotta in italiano a cura di G. Cioffi, Napoli, 1842, p. 95 ss.; P. A. FENET, *Recueil* cit. tomo I, pp. 1 e ss.; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile, Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Giappichelli, Torino, pp. 19-32; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in*

Già il primo progetto, del 1793 ⁽⁷²⁾, prevede la promessa di vendita all'art. 13 che, nonostante il carattere laconico ed incompleto della sua formulazione, anticipa nella sostanza, significativamente, il futuro art. 1589, stabilendo: "Le promesses de vendre et d'acheter qui ne déterminent pas quantité, prix et temps ne sont pas obligatoires" ⁽⁷³⁾.

Nessun accenno alla promessa troviamo nel secondo progetto, del 1794 ⁽⁷⁴⁾, mentre il terzo, del 1796 ⁽⁷⁵⁾, la contempla all'art.

Italia, 1865-1942, Bari, 1994, pp. 111-113; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1959, pp. 60-64.

⁽⁷²⁾ Si tratta del progetto predisposto dal Comitato di Legislazione della Convenzione nazionale, presieduto da Cambacérès. Il testo definitivo fu presentato alla Convenzione, accompagnato dal noto *Rapport* di Cambacérès, il 9 agosto 1793. Si componeva di 719 articoli, distribuiti in tre libri, strutturati a livello sistematico, secondo la classica tripartizione delle *Institutiones* di Gaio (*personae, res, actiones*): il primo libro era, infatti, dedicato alle persone, il secondo ai beni, il terzo ai contratti. Il titolo III del libro III disciplinava il contratto di vendita, del quale erano delineati gli effetti reali agli art. 1 e 15. Alla promessa di vendita, oltre all'art. 13, era dedicato l'art. 14, relativo alla promessa di vendita con caparra. Il progetto fu giudicato troppo lungo ed eccessivamente tecnico.

⁽⁷³⁾ *Premier projet du code civil*, liv. III, tit. III, art. 13, in P. A. FENET, *op. cit.*, I, p. 76.

⁽⁷⁴⁾ È il secondo progetto Cambacérès, presentato alla Convenzione il 23 fruttidoro anno II (9 settembre 1794), poco dopo la caduta di Robespierre. Composto di 287 articoli, tale progetto si caratterizzava per la brevità e per la semplicità dovuta all'abbandono delle particolarità tecniche. Suddiviso anch'esso in tre libri: persone, beni ed obbligazioni, contemplava il contratto di vendita nel titolo VI del libro III (*Deuxième projet*, lib. III, tit. VI, artt. 193 e 194, in P. A. FENET, *op. cit.*, I, p. 128). Fu giudicato troppo breve e lacunoso.

⁽⁷⁵⁾ Il terzo progetto fu redatto in un mutato contesto politico: in concomitanza con la reazione anti giacobina, la Convenzione fu sostituita da un Direttorio Esecutivo e da due consigli legislativi, il Consiglio dei Cinquecento ed il Consiglio degli Anziani. Cambacérès presentò il testo del progetto al Consiglio dei Cinquecento il 24 pratile anno VI (12 giugno 1796), accompagnato da un *Discours préliminaire*, da cui emergevano quali elementi caratterizzanti: il ritorno alla tradizione giuridica romanistica e consuetudinaria francese e l'abbandono del giusnaturalismo razionalistico in cui si era sempre identificata l'ideologia giacobina. Particolarmente degno di nota è un passo del *Discours préliminaire*, in cui Cambacérès affronta il tema del trasferimento della proprietà, affermando la presa di distanza dal sistema dualistico del diritto romano: "Le principe opposé nous a paru conduire à de plus heureux résultats. C'est par la volonté seule que se fait la transmission de la propriété; quand cette volonté est constatée par acte, pourquoi exigerait-on d'autres formalités?" (*Discours préliminaire prononcé par Camba-*

846⁽⁷⁶⁾, che non arriva ancora alla perfetta equiparazione della promessa alla vendita che sarà del testo definitivo, e considera, inoltre, l'eventualità che sia stata data una caparra, senza prevedere un apposito articolo, come nel primo progetto⁽⁷⁷⁾ e come sarà nel *code civil* attraverso la formulazione dell'art. 1590.

Nell'ultimo progetto⁽⁷⁸⁾, infine, la promessa di vendita è pre-

cères au Conseil du Cinq Cents, in P. A. FENET, *op. cit.*, I, p. 165). Composto di 1104 articoli, il progetto ripropose la classica suddivisione in tre libri: persone, beni e obbligazioni. Come nel progetto precedente, alla vendita è dedicato il titolo sesto del terzo libro, sistemazione che diventerà definitiva con il *code civil*. Agli effetti reali della compravendita sono dedicati gli artt. 834-847. Fu giudicato ancora troppo legato all'ideologia illuministico-giacobina e non fu approvato. Diversamente dai due predecessori, questo progetto avrebbe avuto un'influenza non trascurabile sul codice civile poi approvato.

⁽⁷⁶⁾ L'art. 846 del progetto stabilisce: “Quand il y a eu simple promesses de vendre et d'acheter avec intention de rédiger la vente par écrit, l'acheteur qui s'y refuse perd ses arrhes, s'il en a donné; si c'est le vendeur, il rend à l'acheteur le double de ce qu'a recu”

⁽⁷⁷⁾ Vedi *supra*, nota n. 72.

⁽⁷⁸⁾ Per l'esattezza, all'indomani del colpo di stato di Napoleone, avvenuto il 18 brumaio anno VIII (9 novembre 1799), che interruppe bruscamente la discussione del terzo progetto ancora in corso, il 30 frimaio anno VIII (21 dicembre 1799) il deputato Jacqueminot presentò un quarto progetto di codice civile, che però non fu mai completato né discusso (su tale progetto, vedi P. A. FENET, *op. cit.*, I, p. 327 ss.).

L'ultimo progetto fu il frutto dei quattro mesi di lavori della nota commissione istituita da Napoleone con decreto del 24 termidoro anno VIII (12 agosto 1800) e composta da quattro membri: Jeanne-Etienne-Marie Portalis, François Tronchet, Felix Bigot de Préameneu e Jacques Maleville. Il progetto fu sottoposto al previo esame della Corte di Cassazione e dei Tribunali d'Appello, per poi giungere innanzi al Consiglio di Stato accompagnato dal *Discours préliminaire* firmato dai quattro componenti della commissione, ma in realtà redatto da Portalis, di notevole importanza perché delineate i caratteri del futuro *code civil*, ed in particolare lo spirito moderato e l'intento di conciliare *droit écrit* e *droit coutumier*, non rifiutando aprioristicamente il passato, ma legandolo al presente valorizzandone i caratteri positivi (vedi PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., pp. 480-482).

Il progetto venne discusso articolo per articolo dal Consiglio di Stato, presentato successivamente al Tribunale e poi al Corpo Legislativo, in modo frazionato, tanto che fra il 1801 ed il 1803 furono approvati 36 progetti di legge. Le leggi civili emanate singolarmente furono poi riunite e promulgate, con la legge del 30 ventoso anno VIII (21 marzo 1804), in un unico testo, denominato *Code civil des français*, poi rinominato, con decreto imperiale del 3 settembre 1807, *Code Napoléon* ed infine, nel 1814, con la caduta di Napoleone, nuovamente *Code civil*.

vista nell'art. 8 ⁽⁷⁹⁾ del titolo XI, dedicato alla vendita, formulato in modo identico all'articolo definitivo, sancendo l'equivalenza di essa alla vendita.

È significativo che, nella stessa sessione in cui venne adottato l'art. 8, fu adottato anche l'art. 2 del progetto, corrispondente all'art. 1583 del testo definitivo, sancente gli effetti reali della compravendita ⁽⁸⁰⁾, nonché l'art. 9, corrispondente al futuro art. 1590, relativo alla promessa di vendita con caparre ⁽⁸¹⁾.

I tre articoli furono adottati senza discussione dal Consiglio di Stato, nella stessa seduta del 30 frimaio anno XII in cui erano stati presentati.

Il 7 ventoso anno XII (27 febbraio 1804) Portalis presentò al Corpo Legislativo il titolo XI del libro III, illustrandone i motivi.

Nel delineare i principi che regolavano la compravendita, il consigliere rivela chiaramente l'orientamento dei redattori, criticando le eccessive "règles et subtilités" che dominavano il diritto romano in tema di trasferimento della proprietà, riferendosi espressamente alla *traditio* ed alla *occupatio* ed esaltando, invece, i principi del diritto francese per i quali "le contrat suffit", principi "plus conformes à la raison et plus favorables à la société" ⁽⁸²⁾.

Composto, come noto, dai tre libri relativi alle persone, ai diritti reali ed ai modi di acquisto della proprietà, il *code* è interamente volto alla valorizzazione della proprietà individuale: "Il codice civile come costituzione e, al suo centro, la proprietà individuale con una valenza squisitamente costituzionale. Tutta la codificazione nei suoi tre libri vi ruota, per così dire, attorno: se il primo libro è dedicato alle persone, colte soprattutto nella loro qualità di proprietari, il secondo si rivolge alla statica della proprietà, il terzo alla sua dinamica, cioè a tutti quegli istituti (atti fra vivi e atti per causa di morte) che consentono la sua circolazione, primo fra tutti il contratto" (cfr. P. GROSSI, *Proprietà e contratto*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Bari, 2002, in particolare, p. 131). Sul principio consensualistico nel *code civil*, vedi *supra* in questo paragrafo.

⁽⁷⁹⁾ "La promesse de vendre vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix" (*Discussion du Conseil d'État. Procès-verbal de la séance du 30 frimaire an XII.-22 décembre 1803*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, liv. III, tit. XI, *De la Vente*, chapitre I, art. 8, p. 4).

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁸²⁾ Cfr. *Présentation au corps législatif, et exposé des motifs, par M. Portalis*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, liv. III, tit. XI, *De la Vente*, chapitre I, p. 112.

In particolare, occorre distinguere, secondo Portalis, il contratto in quanto tale dalla sua esecuzione: il contratto, quale atto che si perfeziona tramite la manifestazione di volontà dei contraenti, costituisce un momento autonomo e distinto rispetto a quello dell'esecuzione, che presuppone il contratto, senza identificarsi però con esso ⁽⁸³⁾.

Il ruolo della volontà e con esso il principio del consenso traslativo è definitivamente sancito dalle seguenti parole: “Ainsi la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même” ⁽⁸⁴⁾.

Per quanto riguarda, nello specifico, la promessa di vendita, Portalis si limita a riportare il testo dell'articolo già adottato dal Consiglio di Stato, accompagnato da poche, ma incisive parole: “On trouve effectivement, en pareil cas tout ce qui est de la substance du contrat de vente” ⁽⁸⁵⁾.

Altri due brevi passi sono degni di nota, nell'ambito dei lavori preparatori che, come accennato, nel complesso sono assai poco illuminanti per lo studioso della *promesse de vente*. Il primo è nel rapporto che il 12 ventoso dell'anno XII (3 marzo 1804) Faure fece al Tribunale: “Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions se trouvent réunies, la chose, le prix et le consentement” ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸³⁾ Vedi *Présentation au corps législatif*, cit., pp. 112-113: “Distinguons le contrat en lui-même d'avec son exécution. Le contrat en lui-même est formé par la volonté des contractans. L'exécution suppose le contrat; mais elle n'est pas le contrat même.

On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand'on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise.

Dans la vente, la délivrance de la chose vendue et le paiement du prix sont des actes qui viennent en exécution du contrat, qui en sont une conséquence nécessaire, qui en dérivent comme l'effet dérive de sa cause, et qui ne doivent pas être confondus avec le contrat.

L'engagement est consommé dès que la foi est donnée”.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁵⁾ *Présentation au corps législatif*, cit., p. 115.

⁽⁸⁶⁾ *Rapport fait par le Tribun Faure au Tribunal*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, p. 153.

Il secondo passo si trova in quella che può essere definita l'ultima fase dell'*iter* di redazione dell'art. 1589: il discorso di Grenier al Corpo Legislativo del 15 ventoso dell'anno XII (6 marzo 1804). Vi si legge infatti: "Il est un autre acte qui renferme la vente et qui en a tous les effets, quoique sous une dénomination différente. C'est la promesse de vente. L'usage en est aussi ancien que celui de la vente, et il n'y avait aucun inconvénient à le conserver.

Il est bien entendu que la validité de la promesse de vendre, qui ne peut avoir plus de faveur que la vente à laquelle elle est parfaitement assimilée, est soumise aux mêmes conditions que celle de la vente. Cela résulte suffisamment de l'article 8" ⁽⁸⁷⁾.

Dalla lettura dei passi ora ricordati, oltre che dal contesto appena delineato, seppur sinteticamente, nel quale s'inserì l'art. 1589, si evince con chiarezza la scelta operata dai redattori per l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita, perfettamente coerente, come già anticipato, con l'ideologia che costituiva il fondamento del codice.

3. *Il dibattito dottrinale successivo al 'code civil' sull'interpretazione dell'art. 1589.*

Una volta individuati i motivi che condussero alla codificazione del principio di equiparazione — da intendersi, ed è questo ciò che più conta, come perfetta identificazione della promessa di vendita alla vendita — non si può fare a meno di constatare che l'art. 1589 del *code civil* fu presto oggetto di un acceso e duraturo dibattito.

Ciò desta inevitabilmente perplessità, perché, se in effetti il dettato dell'articolo è ad un primo sguardo tutt'altro che limpido, esso risulta decisamente meno oscuro, dopo averne indagato e compreso i motivi ispiratori ed averlo letto alla luce dei lavori preparatori e del contesto sistematico in cui s'inserisce ⁽⁸⁸⁾.

Eppure, sul significato di esso varie opinioni vennero a scontrarsi. E ciò, in seno a quella che, con intento critico, è stata definita

⁽⁸⁷⁾ *Discours prononcé par le Tribun Grenier devant le Corps Législatif*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, p. 189.

⁽⁸⁸⁾ Vedi *supra* note 54-57.

Ecole de l'Exégèse ⁽⁸⁹⁾ e, dunque, tra giuristi accomunati da una precisa ideologia giuridica — strettamente connessa con le origini e le ragioni storico-culturali della Scuola ⁽⁹⁰⁾ — e, conseguentemente, da un peculiare metodo d'interpretazione e studio del diritto civile (*rectius*, del *code civil*), consistente nel commento articolo per articolo ⁽⁹¹⁾. Tale comune 'appartenenza' alla *Ecole* non fu affatto, dunque, elemento sufficiente ad assicurare un atteggiamento unanime circa la portata della norma ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁹⁾ La denominazione risale a J. BONNECASE, che all'inizio del '900 fu tra i patrocinatori di un rilevante mutamento di indirizzo metodologico (*La science du droit privé en France au début du XIX siècle. La Themis, 1819-1831. Son fondateur Athanase Jourdan*, Paris, 1914; ID., *L'enseignement du droit privé en France au XIX siècle. Ses lacunes au point de vue scientifique. L'histoire moderne du droit privé français; la question de son enseignement*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1914; ID., *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, 1924).

Fiorita in Francia per tutto il XIX secolo, l'*Ecole* raggiunse il suo apice tra il 1830 ed il 1880 (vedi G. TARELLO, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988; G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, anno XXXI, n. 1, giugno 2001, p. 233 ss.; N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 77). Vedi anche la rivalutazione della *école* di J. P. REMY, *Éloge de l'exégèse*, in *Droits*, 1985, p. 115 e ss.

⁽⁹⁰⁾ Si vedano in proposito i paragrafi dedicati a questi aspetti da G. TARELLO, *op. cit.*, pp. 81-85. La nascita della *Ecole de l'Exégèse* in seguito alla codificazione francese del diritto privato ed in dipendenza da essa comportò, come si evince chiaramente dalle pagine dei giuristi della Scuola, l'adesione ad un'ideologia giuridica coerente con la politica legislativa che aveva ispirato la redazione del *code civil* ed il cui principio cardine era l'identificazione del diritto con la legge e dunque con il codice, esauriente e completo.

⁽⁹¹⁾ Come precisa G. TARELLO, *op. cit.*, pp. 77-78, i giuristi esegeti spiegavano, infatti, il codice secondo l'ordine delle materie, talvolta limitandosi a seguire l'ordine dei titoli, assumendo così l'opera la forma del 'Trattato'; più spesso seguendo perfettamente l'ordine degli articoli ed in tal caso si parlava di 'Commentario'. (vedi anche G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del novecento*, Bologna, 1994, p. 25.)

⁽⁹²⁾ Ciò non deve destar stupore. Se in effetti principio cardine della Scuola era quello della completezza del codice e dunque la riduzione del diritto alla sola legge, come scrive ben a proposito A. J. ARNAUD, (*Da Giureconsulti a Tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli, 1993, p. 61): "Quando si parla di Scuola dell'Esegesi occorre resistere alla tentazione di scorgervi una massa di autori che aderivano incondizionatamente ad un principio immutabile e irriducibile. Di sicuro esiste un denominatore comune fra costoro: il rispetto del testo fissato dal legislatore. Ma questa nozione di 'rispetto' può essere intesa

Una prima contrapposizione si ebbe tra gli autori che ritenevano che la disposizione dell'art. 1589 si riferisse alle promesse bilaterali e quelli che invece affermavano che essa riguardasse le promesse unilaterali ⁽⁹³⁾. I sostenitori della prima tesi, poi, si dividevano ulte-

in senso stretto, e, in tal caso, la sola interpretazione autorizzata sarà puramente filologica; oppure, al contrario, in senso largo, come nel caso degli autori 'lassisti' che reagiranno contro il rigorismo prima maniera. Essi suggeriranno degli stili d'interpretazione che, privilegiando l'aderenza allo spirito del testo, permetteranno di affrancarsi dalla schiavitù verso la lettera, inevitabile conseguenza cui aveva condotto l'esegesi pura". La disputa sull'art. 1589 infatti, come si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono, accanto a giuristi che non si discostarono da un'interpretazione (che pretendevano essere) strettamente letterale (si pensi a Merlin; Duranton; Laurent), ne mostra altri ben più aperti nei confronti del 'vero' diritto, quello risultante, oltre che dal testo, dalle decisioni giurisprudenziali, specchio della realtà dei traffici e delle esigenze concrete, in continua evoluzione (Toullier; Troplong; Marcadé). Eppure, lungi dall'attaccare apertamente l'inattaccabile dettato codicistico, questi ultimi tentarono in genere di 'fondare' le proprie riflessioni sull'intenzione del legislatore, tramite il frequente richiamo ai lavori preparatori, nonché sulle opinioni degli antichi giuristi.

⁽⁹³⁾ A tal proposito, si rende necessaria una precisazione: nel ripercorrere le opinioni di alcuni dei più illustri giuristi che contribuirono allo svolgersi di un dibattito niente affatto sterile, ma al contrario terreno fertile per i successivi sviluppi dottrinali sul contratto preliminare, un primo dato appare con chiarezza: la confusione esistente in materia di 'promesse di vendita' all'entrata in vigore del codice. Per molti giuristi non è affatto chiara la distinzione tra pollicitazione, promessa unilaterale di vendita (o di compera) ed infine promessa bilaterale di compravendita. Esempio emblematico possono senza dubbio essere le considerazioni svolte da Merlin nel suo *Répertoire*, (P. A. MERLIN, *op. cit.*, tomo XXXVI, voce *Vente*, § VII, pp. 83-85) di pochi anni successivo al *code civil*. (La prima edizione del *Répertoire* è infatti del 1808. Su questo autore e la sua voluminosa opera, si veda G. TARELLO, *op. cit.*, p. 73, in particolare nota 8). In un paragrafo intitolato appunto "*Des promesses de vendre et d'acheter*", Merlin contesta risolutamente, facendo esplicito riferimento all'art. 1589, la dottrina precedente al codice sulle promesse unilaterali di vendere e di comprare, arrivando a negare a tali promesse qualsiasi effetto obbligatorio.

Questo autore ripropone talune delle questioni tradizionalmente poste in materia di 'promesse di vendere e di comprare', prendendo le mosse dal *Traité du contrat de vente* di Pothier (già cit.), che contesta risolutamente e nel dettaglio, sostenendone la 'inconciliabilità' con l'art. 1589 del codice. Questo illustre tentativo di sistemazione della materia, alla luce dell'innovativa disposizione codicistica, si mostra in realtà assai poco chiaro e confuso. Per comprendere le considerazioni di Merlin, occorre precisare preliminarmente che esse sono svolte sul presupposto che il codice abbia adottato l'opinione dei giuristi che assimilavano la promessa di vendita ad una vendita effettiva, dunque sul presupposto, in altri termini, che il codice abbia inteso sancire la perfetta identificazione, l'equiparazione ontologica della promessa di vendita alla vendita. Come già accennato, molti sono gli autori che interpretano in tal modo l'equiparazione della

riormente: ad una corrente interpretativa maggioritaria, che vedeva nell'art. 1589 l'equiparazione della promessa bilaterale di vendita alla vendita⁽⁹⁴⁾, presto si contrappose nettamente un orientamento dottrinale, minoritario, che, negando che la promessa importasse il trasferimento della proprietà, affermava che essa produceva solo l'effetto di obbligare le parti alla conclusione del contratto definitivo⁽⁹⁵⁾, che dunque era distinta ed autonoma dalla vendita definitiva.

promessa alla vendita, ma ciò che preme evidenziare in Merlin, è soprattutto un altro aspetto, che, agli occhi dell'osservatore odierno, non può che suscitare perplessità. Il paragrafo del *Repertoire* dedicato alla promessa di vendita è significativamente intitolato *'Des promesses de vendre et d'acheter'*. In effetti, si ha qui una, piuttosto sintetica, trattazione, delle “promesse”, senza distinzione alcuna tra promesse unilaterali e bilaterali. Prova ne sia che si pretende di contestare in forza dell'entrata in vigore del nuovo codice e dunque dell'art. 1589 (che, stando all'interpretazione predominante, intende disciplinare le promesse sinallagmatiche di vendita) tutto quanto sostenuto dalla dottrina precedente alla codificazione, e soprattutto, da Pothier, in relazione alle promesse unilaterali. Si pretende insomma, di contestare quanto affermato in relazione ad una specifica materia, sulla base di una disposizione che si occupa di materia distinta e diversa: le considerazioni di Pothier in ordine all'obbligatorietà della promessa unilaterale, al permanere del rischio in capo al promittente venditore, alla possibilità di una tutela ‘reale’ per l'inadempimento della promessa di vendere, alla possibilità di una promessa di vendere senza determinazione del prezzo, sarebbero ora semplicemente ‘abrogate’, dal novello art. 1589 (Si legge infatti a pagina 84: “Le code civil a rendu cette question sans object, en adoptant l'opinion des docteurs qui assimilaient la promesse de vendre à une vente effective: La promesse de vente (dit-il, art. 1589), vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix”). Le riflessioni di Merlin si concludono con la esplicita negazione di qualsiasi obbligatorietà della promessa unilaterale di vendere, come di quella di comprare. Con l'art. 1589, verrebbe ad esistere giuridicamente un'unica promessa: quella reciproca di vendere e di comprare, che si identificherebbe in tutto e per tutto con la vendita. La promessa unilaterale di vendere, o quella di comprare non avrebbero più nessun valore giuridico. Esse non si identificherebbero certo con la vendita, ma secondo quest'autore, verrebbero private di qualsiasi valore, perché il codice positivizza il brocardo “promesse de vente vaut vente” e nessun'altra promessa ha diritto di cittadinanza in Francia, se non quella disciplinata dal codice.

⁽⁹⁴⁾ P. A. MERLIN, *op. cit.*, XXXVI, voce *Vente*, § VII, pp. 83-85; A. DURANTON, *op. cit.*, IX, liv. III, tit. VI, n. 47-58, pp. 22-27; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, 1869-1878, XXIV, n. 21-25, pp. 27-37; C. AUBRY e C. RAU, *Cours de droit civil français par C. S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la cinquième édition*, Bruxelles, 1838, I, § 349, p. 388.

⁽⁹⁵⁾ C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Paris, 1824, quarta edizione, IX, n. 92, pp. 162-167; R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code, De la vente, commentaires du tit. VI du liv. III du code civil*, n.

Nell'analizzare il dibattito dottrinale, non seguiremo un ordine rigorosamente cronologico ⁽⁹⁶⁾, bensì un criterio diverso, basato sulla distinzione, che nel prosieguo della trattazione diventerà più chiara, tra giuristi 'tradizionalisti', legati al significato 'originario' del brocardo "promesse de vente vaut vente", e conseguentemente favorevoli all'affermazione dell'autonomia della promessa di vendita, e giuristi 'innovatori', aderenti all'ideologia del codice e dunque volti ad interpretare l'art. 1589 alla luce dell'introduzione del principio consensualistico.

3.1. I 'tradizionalisti'.

Tre le voci che si staccarono dal coro: Toullier, Troplong e Marcadé sostennero, infatti, la necessità di un'interpretazione 'restrittiva' dell'art. 1589.

Nel suo corso su *'Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil'* ⁽⁹⁷⁾, primo fra tutti, Toullier ⁽⁹⁸⁾ afferma che la semplice promessa di vendere non ha l'effetto di trasferire la proprietà, dal momento che, con essa, i promittenti si obbligano solo a stipulare un nuovo contratto, necessario per la traslazione ⁽⁹⁹⁾. L'accoglimento nel codice del brocardo "promesse de vente vaut vente" sarebbe riconducibile unicamente ad un errore dei compilatori, che avrebbero ripreso la formula dai giuristi di *ancien régime*, senza accorgersi della sua inesattezza, alla luce del nuovo principio del consenso

114-134, pp. 70-82; V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, VI, liv. III, tit. VI, art. 1589, § I-VII, pp. 156-172.

⁽⁹⁶⁾ La periodizzazione tradizionale proposta da J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, cit., p. 15 e ss., distingue tre periodi della Scuola dell'esegesi: il primo, dal 1804 al 1825-30; il secondo, dal 1830 al 1880, il terzo, dal 1880 al 1900.

⁽⁹⁷⁾ L'opera, licenziata a partire dal 1811, interrotta dalla morte dell'autore, fu proseguita da M. Duverger, che la terminò nel 1831. (vedi G. TARELLO, *op. cit.*, p. 72).

⁽⁹⁸⁾ Su cui si veda A. J. ARNAUD, *op. ult. cit.*, p. 58, dove Toullier (che fu a lungo decano della Facoltà giuridica di Rennes) è descritto come uno dei pochi giuristi del periodo in esame che, emergendo dalla massa dei compilatori di opere di pura tecnica volte a "familiarizzare con i nuovi testi", come dizionari del codice civile, commentari, si dedica invece, tutt'altro che passivo rispetto alla lettera delle disposizioni codicistiche, a studiare l'origine del codice, i suoi caratteri generali ed a spiegarlo, anche con riferimenti alla filosofia, al diritto antico, alla legislazione comparata.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. C. B. M. TOULLIER, *op. cit.*, IX, n. 92.

traslativo ⁽¹⁰⁰⁾. Per gli autori precedenti all’entrata in vigore del *code civil*, infatti — in vigenza di un sistema di trasferimento della proprietà, articolato in due momenti, l’uno obbligatorio, e l’altro traslativo — sostenere che “promesse de vente vaut vente” significava semplicemente riconoscere alla promessa l’effetto obbligatorio tipico della vendita — consistente nell’obbligo di consegnare la cosa, da cui, poi, l’effetto traslativo della proprietà — e non produceva, quindi, alcuna conseguenza rilevante sul piano pratico. Con l’accoglimento del principio consensualistico, uno dei principi cardine del codice, il significato della formula risulterebbe completamente stravolto, comportando, erroneamente, l’attribuzione alla promessa dell’effetto traslativo tipico della vendita.

L’opinione di Toullier viene ripresa e vigorosamente sostenuta da Troplong ⁽¹⁰¹⁾, che nel suo ‘*Le droit civil expliqué suivant l’ordre du code*’ ⁽¹⁰²⁾, si occupa in modo approfondito dell’art. 1589 ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. C. B. M. TOULLIER, *ibidem*. Per meglio chiarire la differenza esistente tra vendita e promessa di vendita, proprio in forza del principio dell’effetto traslativo riconosciuto dal codice alla vendita, il giurista non esita a scendere dal piano teorico a quello pratico, spiegando che mentre la prima vendita prevale sempre, anche se non seguita dalla tradizione, sull’eventuale seconda, non potendo il venditore trasferire un diritto che non ha più, la vendita successiva ad una promessa di vendere è invece valida, non avendo la promessa effetto traslativo ed essendo dunque il venditore ancora proprietario. In definitiva, secondo Toullier, la promessa di vendita è ben diversa dalla vendita, potendo ad essa equivalere solo nel caso in cui la promessa sia seguita dalla tradizione.

⁽¹⁰¹⁾ Vedi R. T. TROPLONG, *op. ult. cit.*, § 130, p. 79: “En suivant tous les progrès de l’ancienne jurisprudence, en recherchant l’origine de l’art. 1589, et en descendant dans la pensée de ceux qui l’ont rédigé, il me paraît impossible de ne pas adopter l’opinion de Toullier”. Notizie essenziali per inquadrare l’opera e la personalità di questo grande giurista si trovano in G. TARELLO, *op. cit.*, p. 74, testo e nota n. 11, che lo descrive come un giurista inventivo, amante delle digressioni e per questo incluso malvolentieri nella lista dei giuristi esegeti, e che tuttavia viene ad essi accomunato dalla concezione della norma come entità astratta e sacra, del diritto che si identifica con la legge, e dunque per il rifiuto di riconoscere funzione attiva, creativa alla giurisprudenza; si veda anche A. J. ARNAUD, *op. ult. cit.*, p. 64.

⁽¹⁰²⁾ La materia è affrontata nel commentario *De la Vente*, già cit., §§ 114-134, pp. 70-82. L’opera si compone, infatti, di una serie di commentari. Il primo, relativo a *Privilèges et Hypotèques*, portava il sottotitolo ‘*Droit civil expliqué suivant l’ordre du Code civil, ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire*’. Le prime parole del sottotitolo rimasero poi come titolo dell’intera opera.

Prima ancora che ad un errore dei compilatori, l'insigne magistrato riconduce, però, l'ambiguità della formula accolta dal codice a due errori dei giuristi precedenti, riguardanti il significato dell'antica distinzione di Dumoulin tra promesse *de praesenti* ed *in futurum*. Il primo sarebbe un grave equivoco di carattere terminologico: quella che Dumoulin chiama promessa *de praesenti* non sarebbe affatto una promessa di vendita, bensì una vera e propria vendita, condizionata, una vendita, in altre parole, attuale, accompagnata dalla promessa di aggiungervi un atto autentico, titolo idoneo ad iscriverne ipoteca ⁽¹⁰⁴⁾.

Il secondo errore sarebbe, invece, da ricondursi all'antica questione circa la tutela — mero risarcimento o tutela reale — per l'inadempimento della promessa *in futurum*.

I sostenitori della tutela reale, consistente nell'obbligo di "passer le contrat", avrebbero affermato, al fine di evidenziare la forza di tale vincolo, che la promessa di vendere era veramente una vendita, intendendo con tale equiparazione, poi fraintesa, alludere agli effetti 'finali' della promessa di vendita, all'obbligo da essa — come dalla vendita — derivante di consegnare la cosa e di pagare il prezzo.

Da tali errori sarebbe derivata una "double confusion" ⁽¹⁰⁵⁾: la prima consistente nel chiamare promessa di vendita la vera e propria vendita (la promessa *de praesenti*); la seconda, all'opposto, nel chiamare vendita la semplice promessa di vendita (la promessa *in futurum*). Tutto ciò che, in definitiva, potrebbe trarsi, dall'articolo

⁽¹⁰³⁾ Le considerazioni di Troplong iniziano con una lunga digressione, volta ad illustrare dettagliatamente le teorie degli autori precedenti al codice, con il dichiarato intento di contestare l'interpretazione dominante "Cet examen détruire, j'espère, les fausses idées que je trouve répandues sur ce point de notre droit civil" (cfr. R. T. TROPLONG, *op. ult. cit.*, § 114, p. 71). La trattazione prosegue, poi, sempre sulla scorta delle opinioni degli antichi giuristi, affrontando, in primo luogo, il problema dell'ambito di applicazione dell'articolo 1589, che, relativo alle sole promesse sinallagmatiche di vendita, non comporterebbe nessun cambiamento in materia di promesse unilaterali: esse "subsistent donc avec le caractère que leur avait imprimé l'ancien droit", valgono cioè come promesse obbligatorie (vedi § 116, p. 73). Segue l'attenta analisi del dettato codicistico ed il tentativo di cogliere il significato dell'antica formula alla luce del nuovo articolo.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. R. T. TROPLONG, *op. cit.*, §§ 125-126, pp. 75-76. (vedi quanto già accennato *supra*, in nota 18).

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. R. T. TROPLONG, *op. cit.*, § 129, p. 78.

1589 sarebbe niente più che l’affermazione dell’obbligo di “passer le contrat” ⁽¹⁰⁶⁾ o, in altri termini, la scelta della tutela reale quale rimedio per l’inadempimento della promessa.

Di pochi anni successiva alla pubblicazione del ‘*Le droit civil expliqué*’ di Troplong, è l’opera di Marcadé ⁽¹⁰⁷⁾.

Appurato che l’art. 1589 si occupa solo della promessa sinallagmatica ⁽¹⁰⁸⁾, quest’autore privilegia, nel tentativo di affermare un’interpretazione restrittiva della disposizione codicistica, l’argomento logico. Contesta, infatti, risolutamente, che la formula “promesse de vente vaut vente” debba essere interpretata come uno strumento offerto alle parti per rimediare alla falsa qualifica che talvolta danno, per errore, alla vendita — dicendo “prometto di vendere” ed intendendo invece dire “vendo” — sulla base della considerazione, prettamente logica, che sarebbe assurdo che il codice sancisse un principio scontato come quello che la vendita, seppur falsamente qualificata promessa, è vendita. Nonché assurda l’immediata conseguenza che la vera promessa di vendita, non essendo una vendita falsamente qualificata, ma una promessa, non è disciplinata dal codice ⁽¹⁰⁹⁾. Il codice, invece, intenderebbe dire proprio ciò che dice: che la promessa di vendita vale vendita, cioè comporta, quale effetto ‘mediato’, anche se inadempita, il trasferimento della proprietà ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Vedi R. T. TROPLONG, *op. cit.*, § 129, p.78.

⁽¹⁰⁷⁾ Vedi V. N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*. Pubblicata a partire dal 1848, l’opera restò incompiuta all’XI volume e fu poi completata, con i volumi 12-14, da P. Ponti (vedi G. TARELLO, *op. cit.*, p. 75).

⁽¹⁰⁸⁾ Dopo una prima parte volta a ben distinguere tra loro *pollicitatio*, promessa unilaterale e promessa bilaterale, denunciando la confusione tra esse (cfr. V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, tomo IV, libro III, titolo VI, art. 1589, § I, pp. 157-160), anche quest’autore si occupa prima della promessa unilaterale (cfr. V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, tomo IV, libro III, titolo VI, art. 1589, §§ II, III, IV, pp. 160-165) e poi della bilaterale, per arrivare ad affermare che solo quest’ultima è disciplinata dal codice.

⁽¹⁰⁹⁾ “Or c’est à cette vente, ainsi qualifiée inexactement promesse de vente, que s’applique notre article; et quant à la véritable promesse de vente, l’article ne s’en occupe pas” (cfr. V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, p. 165).

⁽¹¹⁰⁾ Vedi V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, pp. 166-167. L’autore riconduce l’opinione dominante ad un esame poco approfondito dei lavori preparatori e delle opinioni dei giuristi antichi (*ibidem*). Ad una lettura più attenta delle fonti apparirebbe chiaramente, infatti, che mai nessuno di tali autori — tra i quali cita Danty (“La promesse de vendre

Dalla breve esposizione delle teorie dei giuristi 'tradizionalisti' appare con chiarezza la diversità delle strade percorse per sostenere l'autonoma configurabilità della promessa di vendita: se Toullier riconduce l'ambiguità del dettato codicistico ad un errore dei compilatori, Troplong retrodata l'errore, attribuendolo ai giuristi di *ancien régime*, mentre Marcadé sceglie di affidarsi alla logica.

Al di là di tali elementi distintivi, comuni sono, però, gli argomenti che i tre autori citano a sostegno della loro scelta interpretativa.

Tutti richiamano, infatti, costantemente, l'opinione dei giuristi antichi, e dunque la tradizione, e si riferiscono spesso ai lavori preparatori ⁽¹¹¹⁾, nonostante le considerazioni relative all'art. 1589 siano, come già evidenziato ⁽¹¹²⁾, assai scarse e decisamente poco illuminanti ⁽¹¹³⁾. Ciò, nel tentativo di dimostrare che il codice non avrebbe

est effectivement une vente: car elle est obligatoire de part et d'autre. Quod ab inizio sponte scriptum hoc ab invitis compleatur"; *preuve*, p. 740) e Boiceau ("Quant à la maxime que l'on peut se départir d'un contrat qui n'est pas encore parfait, elle ne peut être opposée; car ceux-là se trompent, qui croient que cette maxime a lieu dans les conventions qui portent promesse de vendre, de louer, etc; car ces sortes de contrats sont parfaits entièrement, quoique, pour leur entière exécution, ils requièrent un autre contrat. C'est pourquoi Bartole et Balde les appellent des contrats innommés", p. 737, n. 6); — e neppure il codice, ha pensato di negare la differenza, "que la nature même des choses établit", tra una vendita attuale ed una semplice promessa di vendere.

⁽¹¹¹⁾ È opportuno evidenziare che il metodo dei giuristi esegeti si basava sulla necessità della "massima aderenza alla lettera delle disposizione codificata; nei casi in cui l'aderenza alla lettera avrebbe provocato contraddizioni (...) si riteneva potesse farsi luogo, con cautela, anche ad un'interpretazione e spiegazione secondo la mente del legislatore storico (...) usando l'indagine dei lavori preparatori (...)” (cfr. G. TARELLO, *op. cit.*, pp. 78-79). I lavori preparatori in effetti vengono citati, con argomentazioni diverse, a sostegno di entrambe le interpretazioni dell'art. 1589 c.c. (vedi *infra* nota 134, circa il richiamo ai lavori preparatori in Laurent).

⁽¹¹²⁾ Vedi *supra*, parte I, cap. I, § 2.2.2.

⁽¹¹³⁾ Vedi P. A. FENET, *Recueil cit.*, XIV, libro III, titolo IV. Tre sono i passi citati. Il primo, nell'ambito della già citata esposizione dei motivi di Portalis: "La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y aura consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix. On trouve effectivement, en pareil cas tout ce qui est de la substance du contrat de vente" (*Présentation au corps législatif*, cit., p. 115). Si tratta in effetti di un commento assai breve, e, almeno all'apparenza, facilmente interpretabile nel senso di una completa equiparazione della promessa alla vendita definitiva (si veda infatti quanto scrive a tal proposito F. Laurent, *infra* nota 134).

L'attenzione degli autori che intendono salvaguardare l'autonomia della promessa di vendita è, però, attratta dal richiamo in nota, a mo' di commento delle — a parer loro

affatto voluto innovare, ma, al contrario, conservare ciò che già esisteva, ponendo termine ad un’annosa disputa che non verteva sulla questione di doversi o meno reputare la promessa di vendita una vendita attuale, ma sul diverso problema della tutela reale o solo risarcitoria per l’inadempimento ⁽¹¹⁴⁾, scegliendo definitivamente la prima ⁽¹¹⁵⁾.

Oltre agli antichi autori, oltre ai lavori preparatori, i fautori dell’interpretazione restrittiva dell’art. 1589 invocano a sostegno della propria minoritaria, ma niente affatto secondaria, opinione i principii di ragione e di giustizia ⁽¹¹⁶⁾.

— laconiche espressioni di Portalis (vedi R. T. TROPLONG, *op. cit.*, § 130, p. 78), della quarta arringa del titolo VI di Cochîn, nella quale il celebre avvocato scrive: “il a été mille fois juge qu’ une promesse de passer contrat de vente était obligatoire, quoiqu’ il n’y eût aucun contrat passé en conséquence, et qu’ il suffisait pour cela que la promesse de passer contrat contînt les conditions essentielles de la vente, ‘substantialia contractus’; et lorsqu’une des parties a voulu secouer le joug d’une pareille promesse, elle a toujours été condamnée à l’exécuter”.

Un altro passo dei lavori che questi autori citano — estrapolandolo da un contesto più ampio e difficilmente suscettibile di fraintendimento (vedi *supra*, parte I, cap. I, § 2.2.2) — a sostegno della propria interpretazione, si trova nel già affrontato discorso di Grenier al Corpo legislativo: “C’est la promesse de vendre. L’usage en est aussi ancien que celui de la vente, et il n’y avait aucun inconvénient à le conserver. » (*Discours prononcé par le Tribun Grenier devant le Corps Législatif*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, p. 189).

Infine, pare significativa la frase con cui cominciano le osservazioni di J. MALEVILLE (*Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d’État*, deuxième édition, Paris, 1807, III, p. 358) sull’art. 1589, che secondo Marcadé basterebbe da sola a porre fine ad ogni disputa: “Cet article termine une grande discussion entre les docteurs, les uns tenant que la promesse de vendre vaut vendre et oblige à passer contrat, les autres, qu’ elle se résout en dommages-intérêts” (vedi V. M. MARCADÉ, *op. cit.*, tomo IV, libro III, titolo VI, art. 1589, § V, p. 168).

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, p. 168.

⁽¹¹⁵⁾ Vedi R. T. TROPLONG, *op. cit.*, §§ 129-130, p. 78: “Concluons, en définitive, que dans l’ancienne jurisprudence, quand on disait qu’ une promesse de vendre était une véritable vente, on voulait dire seulement qu’ elle était obligatoire, et qu’à l’instar de la vente, elle devait conduire à la tradition de la chose et au paiement du prix.(...) C’est sus l’empire de ces idées qu’a été conçu notre article portant que la promesse de vente vaut vente lorsque, etc.”. vedi anche V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, art. 1589, § V, p. 168: “C’est en ce sens que les docteurs disaient, c’est en ce sens que le Code répète que la promesse de vente vaut vente, c’est-à-dire oblige à passer le contrat”.

⁽¹¹⁶⁾ Si vedano I brevi ritratti che di questi autori fa J. L. HALPÉRIN, *Histoire du droit civil Français depuis 1804*, Paris, 1996. L’autore (p. 60) scrive di Toullier “apparaît

Lo vediamo chiaramente in Marcadé, che non manca di rivendicare a gran voce la primazia della volontà delle parti, il rispetto che la legge ad essa deve portare ⁽¹¹⁷⁾. Ed analogamente in Troplong ⁽¹¹⁸⁾, che, nell'ambito di una critica posta in nota, volta a contrastare lo scritto di un sostenitore, Duranton, della tesi avversaria, elenca le solide basi su cui si fonda la sua opinione: "la raison, la force des choses et la volonté précise des contractans", nonché "l'origine de l'art. 1589" ⁽¹¹⁹⁾.

3.2. Gli 'innovatori'.

Oltre a Merlin ⁽¹²⁰⁾, fra i giuristi che abbiamo definito 'innovatori', che interpretarono l'art. 1589 come norma equiparante la promessa di vendita alla vendita, si colloca in primo luogo Duranton ⁽¹²¹⁾. Nelle pagine di questo autore non si trova in realtà alcun

comme un théoricien baigné dans l'ancien droit et dans l'héritage de l'École du droit naturel. Avare de citations, il se réfère fréquemment aux travaux de Grotius, Pufendorf, Wolff e Heineccius ainsi qu' à Ferguson et Montesquieu (...); di Troplong "continuateur de Toullier apparaît, à plus d'un titre, un esprit original (...). Tout en considérant le texte de la loi comme une 'boussole', il a voulu à travers ses longues préfaces s'élever au-dessus de l'exégèse vers les vérités naturelles de la philosophie (...), sans négliger les considérations politiques ou économiques." (pp. 63-64); infine di Marcadé "se signale par son esprit indépendant (...) défenseur de la propriété et de la liberté contractuelle (...)" (p. 69).

⁽¹¹⁷⁾ "Quand nous sommes convenus, moi de vous vendre, vous de m'acheter, tel domaine pour tel prix, dans deux ans, comment la loi viendrait-elle briser la convention que nous avons faite, quoiqu'elle n'ait assurément rien de contraire à l'ordre public, et, de plus, y substituer violemment et contre notre volonté une convention toute différente?" (cfr. V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, art. 1589, § V, p. 168).

⁽¹¹⁸⁾ "Il est déraisonnable de soutenir que la propriété est transmise de plein droit et actuellement a l'acheteur, lorsque le pacte intervenu entre les deux promettans fait expressément dépendre la traslation du domaine d'un fait futur, d'un fait que les contractans n'ont pas voulu actuellement consommer" Cfr. R. T. TROP LONG, *op. cit.*, § 130, p. 79.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*, nota n. 4.

⁽¹²⁰⁾ Su cui vedi *supra* nota n. 93.

⁽¹²¹⁾ G. TARELLO, *op. cit.*, nota n. 9, p. 73, afferma che il *Cours de droit civil français suivant le Code civil* (opera in 21 voll., Paris, 1825-1846) di A. DURANTON, professore della Facoltà giuridica di Parigi, è considerato concordemente dagli storici il primo grande commentario del *code civil* nonché l'opera che diede inizio all'apogeo dell'Esesesi.

approccio problematico, alcuna volontà interpretativa del tanto discusso articolo, che viene accettato nel suo (preteso) semplice significato letterale ⁽¹²²⁾. Lo si prende alla lettera, come fosse fuor di dubbio che possano sorgere questioni interpretative rispetto ad esso. Ciò che per molti costituisce problema primario, quale sia il senso da attribuire alla formula “promesse de vente vaut vente”, per Duranton è invece un dato di fatto. All’affermazione che il codice ha stabilito che “promesse de vente vaut vente” ⁽¹²³⁾, segue, infatti, una breve riflessione volta a spiegare che l’art. 1589 si occupa della sola promessa di vendita sinallagmatica, e ciò utilizzando l’argomento *a contrario*, che lo porta, però, a ben vedere, a cadere in un circolo vizioso. Partendo, infatti, dal presupposto che la promessa disciplinata dal codice sia solo quella equivalente alle vendite, l’autore nega che la promessa unilaterale, che non produce i medesimi affetti della vendita, rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 1589 e conclude con l’affermare che solo la promessa sinallagmatica — che invece produce tutti gli effetti delle vendite, compresi il trasferimento immediato della proprietà ed il conseguente passaggio del rischio ⁽¹²⁴⁾ — *vaut vente* e che solo ad essa, quindi, si riferisce l’articolo ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²²⁾ “Duranton conosce solo il testo della legge” scrive A. J. ARNAUD, *op. ult. cit.*, p. 63. Vedi anche J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 62: “Pour lui, la loi est le ‘principal élément de notre droit’ et il appuie bon nombre de ses raisonnements sur une analyse des termes utilisés par le législateur”.

⁽¹²³⁾ A. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, cit., n. 47, p. 22.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. A. DURANTON, *op. cit.*, n. 51, p. 27.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. A. DURANTON, *op. cit.*, n. 48, p. 22, dove, a proposito della promessa unilaterale si legge: “il ne serait pas exact de dire qu’une telle promesse vaut vente; elle produirait certainement des effets, mais ces effets ne seraient pas en tout point les effets d’une vente conclue et parfaite, puisque dans la vente il y a deux obligations, celle du vendeur et celle de l’acheteur; tandis que la simple promesse de vendre ou d’acheter ne produit d’obligation que de la part de celui qui l’a faite”. Il concetto viene ribadito anche nel prosieguo della trattazione, laddove l’autore s’interroga sugli effetti della promessa sinallagmatica di vendita fatta senza caparre o con caparre simboliche, che ritiene equivalere ad una vendita perfetta e conclusa. L’art. 1590 del *code civil* afferma: “Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractans est maître de s’en départir”. Una norma su cui gli interpreti del codice molto discussero: Troplong (cfr. R. T. TROPLONG, *op. ult. cit.*, n. 140, p. 95), dando per pacifico che “une promesse de vente, réciproquement obligatoire, d’après l’article 1589 du code civil, cesse de l’être quand il

Un maggiore approfondimento troviamo in Laurent ⁽¹²⁶⁾, che dedicò, qualche decennio più tardi, nell'ambito dei suoi *'Principes de droit civil'* ⁽¹²⁷⁾, alcune interessanti pagine alle promesse di vendita bilaterali ⁽¹²⁸⁾.

y a des arrhes ajutées”, si pone come unico problema quello della possibilità di estendere il dettato dell'art. 1590 alla vendita definitiva e, contestando quanto affermato dal Tribuno Grenier nel suo discorso davanti al Corpo legislativo (*Discours prononcé par le tribun Grenier*, cit. in FENET, *Recueil* cit., XIV, 189: “Les idées n'étaient point fixées à ce sujet, et les usages variaient. Il ne pourra plus à l'avenir y avoir de difficulté. La délivrance et la réception des arrhes détermineront le caractère et l'effet de l'engagement, en la réduisant à une simple promesse de vendre dont on pourra se désister sous les conditions établies dans l'article”) e ribadendo che la promessa di vendita è diversa dalla vendita, nega tale possibilità: “Disons donc que c'est comme à-compte que les arrhes doivent désormais être considérées dans la vente parfaite. Le système contraire indiqué par Grenier dans son rapport au tribunal ne comporte pas un sérieux examen”. (cfr. TROPLONG, *op. ult. cit.*, n. 145, p. 91). Concorde l'opinione di V. N. MARCADÉ, *op. cit.*, art. 1590, § I, p. 173: “Du reste, il n'est pas douteux que si la stipulation d'arrhes doit ainsi être considérée, dans la promesse de vente, comme un moyen de dédit” e di seguito (*op. cit.*, art. 1590, § 2, p. 174): “Ainsi, notre législateur, en réglant l'effet des arrhes dans les promesses de vente, n'a posé, ni explicitement, ni implicitement, aucune règle sur l'effet qu'elles devront produire dans les ventes (...). Donc, tandis que, pour les simples promesses de vente, le juge a une voie tracée à l'avance et ne doit voir dans les arrhes qu'un moyen de dédit, à moins de preuve du contraire, pour les ventes, aucune règle ne lui est imposée, ni dans un sens, ni dans l'autre, et il a toute latitude pour rechercher et suivre, selon sa conscience, la pensée certaine ou probable des contractans”. Duranton, convinto assertore della perfetta equiparazione tra promessa di vendita e vendita, distingue due diverse situazioni: quella della “promesse mutuelle faite avec des arrhes non purement symboliques” che “est censée faite sous la condition que chacune des parties pourra se refuser à la réaliser ...” e quella della “promesse mutuelle faite sans arrhes ou avec des arrhes symboliques” che, invece “vaut vente parfaite et conclue” (cfr. A. DURANTON, *op. cit.*, n. 51, p. 27).

⁽¹²⁶⁾ Su F. Laurent, scrive significativamente G. TARELLO (*op. cit.*, p. 74): “civilista insigne, ma anche internazionalista e penalista, uomo (...) di varia cultura e umanità, oltreché disperatamente prolisso, e prudentissimo e cautissimo riformatore di diritto civile”; A. J. ARNAUD, *op. ult. cit.*, p. 66, rammenta che è stato definito un “fanatico dell'interpretazione letterale”.

⁽¹²⁷⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, 1869-1878.

⁽¹²⁸⁾ Lungi dal confondere le promesse bilaterali con le unilaterali, l'illustre giurista belga ben le distingue da esse, trattandone separatamente, ma evidenziando come la distinzione fosse nella pratica oggetto di numerose dispute (vedi F. LAURENT, *op. cit.*, vol. XXIV (ed. 1877), titolo VII, cap. I, sez. II, § 1, n. 24, p. 34, che a tal proposito cita: Cass. 26 gennaio 1848, in DALLOZ, voce *Vente*, n. 316; Cass. 21 dicembre 1846, in DALLOZ, 1847, I, 19; Cass. 12 luglio 1847, in DALLOZ, 1847, I, 347).

L'appartenenza di Laurent all'ampia schiera di giuristi che sostengono la perfetta equiparazione della promessa alla vendita si palesa immediatamente all'esordio delle sue riflessioni sull'art. 1589: “Il n'y a pas de disposition plus claire dans tout le code civil” (129).

L'art. 1589 equiparerebbe, infatti, alla vendita non una qualsiasi promessa, ma quella caratterizzata dalla presenza del consenso reciproco delle parti circa la cosa ed il prezzo. Grazie a tale consenso si avrebbe un contratto bilaterale che in niente si differenzerebbe dalla vendita, che — “c'est encore la loi qui le dit dans l'article 1583” (130) — è perfetta e traslativa della proprietà quando le parti abbiano convenuto sulla cosa e sul prezzo. La colpa dell'acceso dibattito non sarebbe affatto da attribuirsi al testo, dunque, ma a quegli interpreti che non lo rispettano nel suo chiaro ed inequivocabile significato e cercano sostegno alla loro tesi richiamando a sproposito la tradizione (131) — che sarebbe “incertaine et confuse” (132), e, come tale, non opponibile ad un testo “clair et

(129) F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 27.

(130) *Ibidem.*

(131) Cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 28: “Nous pourrions nous contenter de répondre que l'ancien droit est abrogé; que si l'on peut y recourir pour interpréter le code, on ne peut pas s'en prévaloir pour faire dire au code le contraire de ce qu'il dit. C'est abuser de la tradition (...)».

(132) Cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, pp. 29-30. In primo luogo, il giurista contesta la validità del richiamo, da parte dei suoi avversari, del diritto antico a sostegno dalla propria teoria, poiché “En résumant l'ancien droit, nous lui donnons une précision qu'il n'avait pas”. Tutto ciò che si potrebbe dedurre da esso sarebbe solo che la proprietà non era trasferita dalla promessa di vendita, ma non lo era neppure dalla vendita. Sostenere, dunque, che la promessa di vendita non aveva effetto traslativo, non comportava alcun problema nell'ambito dei rapporti tra promessa e vendita. Il codice del 1804, però, innova in materia di vendita, accogliendo il principio per cui il consenso nella vendita trasferisce la proprietà.

Toullier, come visto poco sopra (vedi *supra*, § 3.1), nel trattare di quest'aspetto, attribuisce, nell'ambito della sua riflessione volta a sostenere l'autonomia della promessa di vendita dalla vendita, l'inserimento del brocardo “promesse de vente vaut vente” nel codice ad un errore dei compilatori, che non avrebbero posto attenzione o comunque compreso la sua inesattezza, alla luce del nuovo principio, sancito dal codice, del consenso traslativo (cfr. C. B. M. TOULLIER, *op. cit.*, n. 92).

Laurent, dal canto suo, non prende le mosse dal diritto antico, ma, invece, proprio dal principio codicistico del consenso traslativo: dal momento che il codice stabilisce che la proprietà è trasferita quando vi è il concorso di volontà delle parti contraenti e che

évident” (133) — ed i lavori preparatori del codice, letti con l'intento, non d'interpretare la legge, ma di cambiarla (134).

Nel presupposto che sia necessario rispettare la (pretesa) volontà reale della parti, che dicendo “prometto” intenderebbero dire “consento” (135), il giurista belga insiste nell'identificare l'esistenza

l'art. 1589 disciplina proprio la promessa caratterizzata da questo “concorso di volontà”, anche tale promessa sarebbe traslativa della proprietà (l'autore cita in tal senso Bastia, 28 giugno 1849, in DALLOZ, 1849, 2, 124.) Dall'efficacia traslativa della promessa, naturalmente, deriverebbe un'importante conseguenza: essendo la promessa bilaterale una vendita vera e propria, oltre che della proprietà, essa sarebbe traslativa anche dei rischi, in capo al promittente compratore (vedi F. LAURENT, *op. cit.*, n. 24, p. 29).

(133) Cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 29.

(134) “C'est abuser des travaux préparatoires, quand'on les tourne contre la loi, sous le prétexte de l'interpréter et, en réalité, pour la changer” (*Ibidem*). Sul presupposto, più volte ribadito, della chiarezza dell'art. 1589, Laurent richiama, infatti, quanto affermato da Portalis nell'ambito dell'esposizione dei motivi: “Quand le texte de la loi est clair, il n'est pas permis d'en éluder la lettre sous le prétexte d'en pénétrer l'esprit” (F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 27). I lavori preparatori altro non mostrerebbero che esattamente ciò che l'articolo da solo palesa: pochi sono i passi che l'autore cita perché in effetti pochi, come già visto, sono i punti significativi nei lavori preparatori: l'incisiva affermazione di Portalis, che la promessa di vendita vale vendita perché vi si trova “tout ce qui est de la substance du contrat de vente” (cfr. P. A. FENET, *Recueil*, cit., *Presentation au Corps législatif*, cit., p. 115), naturalmente riportata senza alcun accenno alla nota rimandante a Cochin, così importante invece per i suoi avversari; poi le parole di Faure, il relatore del Tribunale: “Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions se trouvent réunies, la chose, le prix et le consentement.” (*Rapport fait par le Tribun Faure au Tribunal*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, p. 153) Ed infine il discorso di Grenier, oratore del Tribunale: “Il est un autre acte qui renferme la vente et qui en a tous les effets, quoique sous une dénomination différente. C'est la promesse de vendre. L'usage en est aussi ancien que celui de la vente et il n'y aucun inconvenient à la conserver. Il est bien entendu que la validité de la promesse de vendre, qui ne peut avoir plus de faveur que la vente, à laquelle elle est parfaitement assimilée, est soumise aux mêmes conditions que celle de la vente. Cela résulte suffisamment de l'article 8 (1589).” (*Discours prononcé par le Tribun Grenier devant le Corps Législatif*, in P. A. FENET, *Recueil*, cit., XIV, p. 189). Lo stesso passo è citato da Marcadé (vedi *supra* nota 110), ma omettendone la prima parte, che in effetti pare avvalorare la tesi dall'equiparazione).

(135) Cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 30: “Est-ce qu' en droit français il y a encore des termes sacramentels? Est-ce que celui qui promet ne s'engage pas, et s'engager n'est-ce pas consentir? D'ordinaire ce ne sont pas même les parties qui rédigent l'acte, c'est un officier public ou un agent d'affaires; et parce que le rédacteur de l'écrit aura employé le mot promettre, au lieu du mot s'engager, ou consentir, on dira que les parties

di un contratto con l'esistenza di una compravendita, liquidando sbrigativamente proprio il centro del problema: non l'esistenza o meno di un contratto (bilaterale), bensì l'identità dell'oggetto del contratto stesso ⁽¹³⁶⁾.

La lunga e complessa trattazione sembra quindi ridursi, in fondo, ad un'acritica accettazione del testo dell'art. 1589, nel suo più immediato senso letterale.

n'ont pas entendu faire une vente”. E di nuovo il rispetto della volontà delle parti assume rilievo laddove l'autore passa ad esaminare alcuni aspetti più specifici, relativi agli elementi accidentali della promessa: il termine e la condizione. Dall'equiparazione tra promessa di vendita e vendita conseguirebbe, infatti, che l'eventuale aggiunta di un termine, come per la vendita, anche per la promessa non comporterebbe altro che una dilazione relativa all'esecuzione, senza modificare in alcun modo la natura della convenzione. La proprietà sarebbe cioè, come nella vendita, trasferita immediatamente, e con essa sarebbero immediatamente trasferiti i rischi. Ciò solo però in teoria. In pratica sarebbe infatti “avant tout une question d'intention” (cfr. *op. cit.*, n. 22, p. 31): le parti sarebbero quindi libere di stipulare che il termine apposto al contratto spieghi i suoi effetti, non relativamente alla mera esecuzione, bensì all'esistenza della promessa di vendita, cioè al suo perfezionamento. “Et si elles ont déclaré que telle est leur volonté, il n'y a plus de doute, leur volonté fait loi.” (cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 31). Ecco il rispetto per l'intenzione delle parti, qualora essa però sia evidente, inequivocabile; non si potrebbe invece dedurla dal fatto che esse abbiano “promesso” di vendere e comprare entro un certo termine, poiché si rischierebbe di far dire alle parti tutt'altro che ciò che esse hanno inteso dire. Nei casi dubbi, dunque, quelli in cui le parti non abbiano palesato se il termine da esse apposto alla convenzione debba produrre i suoi effetti sull'esecuzione ovvero sul perfezionamento della promessa, spetterebbe al magistrato interpretare la loro volontà, valutando l'insieme delle circostanze del singolo caso. Parrebbe questa un'apertura del prudentissimo giurista (come si evince dal sintetico, ma chiaro ritratto che di Laurent traccia G. TARELLO, *op. cit.*, p. 74, già cit. in nota 126) verso la possibilità di un'interpretazione meno rigida dell'art. 1589, e dell'equiparazione da esso sancita. Pur prendendo in considerazione i casi che si possono nella pratica verificare, in omaggio al principio fondamentale del rispetto dell'intenzione delle parti, Laurent rimane coerentemente convinto difensore dell'interpretazione (cosiddetta) più fedele alla lettera del codice e conclude infatti le sue riflessioni sul problema degli effetti del termine ribadendo che “en droit, la question n'est pas douteuse; en fait, la solution dépend de la volonté des parties”. (cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 22, p. 32). Ponendosi, poi, la domanda se la promessa di vendita possa essere condizionale, Laurent, ad ulteriore riprova della perfetta equiparazione tra promessa bilaterale e vendita, risponde affermativamente, dal momento che “tout contrat peut être conditionnel; l'article 1584 le dit de la vente, et la promesse bilatérale vaut vente” (cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 25, p. 35).

⁽¹³⁶⁾ Cfr. F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, p. 27.

Le pagine di Laurent sulla promessa di vendita sono estremamente dettagliate ed illuminanti circa l'opinione maggioritaria ed addirittura dominante ⁽¹³⁷⁾, non solo tra gli Esegeti. Analogo è, infatti, il pensiero espresso dai professori strasburghesi Aubry e Rau nel loro *'Cours de droit civil français'* ⁽¹³⁸⁾, nato come traduzione del manuale di diritto civile napoleonico del filosofo tedesco Zachariae ⁽¹³⁹⁾.

Nonostante il metodo e la disposizione delle materie, ordinate per concetti e non per titoli od articoli, sia ben diverso da quello dell'Esegesi, anche nelle pagine dei due giuristi si ritrova il medesimo atteggiamento di ossequio nei confronti della lettera del dettato codicistico e, soprattutto, dell'ideologia che ne costituisce il fondamento, e si afferma a chiare lettere la perfetta equiparazione della promessa di vendita alla vendita ⁽¹⁴⁰⁾, citando, significativamente, in nota, Duranton ⁽¹⁴¹⁾ ed evidenziando l'inettitudine degli argomenti addotti dai sostenitori della tesi avversaria a screditare l'equiparazione affermata dal testo dell'art. 1589 ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁷⁾ Vedi L. GUILLOUARD, *Traité de la vente & de l'échange*, Paris, 1889, I, liv. III, tit. VI, n. 72-77; L. LAROMBIÈRE, *Théorie & pratique des obligations ou Commentaire des titres III & IV livre III, du Code Napoléon*, Paris, 1857, t. I, in particolare n. 11.

⁽¹³⁸⁾ C. AUBRY e C. RAU, *Cours de droit civil français par C. S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la cinquième édition*, Bruxelles, 1838. Alla prima edizione, in cinque volumi, ne seguirono numerose altre, progressivamente più autonome rispetto all'opera di Zachariae. Nel tracciare il profilo dei due giuristi, J. L. HALPÉRIN (*op. cit.*, p. 65), scrive che "Aubry et Rau apportèrent une véritable révolution dans la méthode d'exposition du droit civil. Ne s'astreignant pas à suivre le Code civil article par article, ils cherchèrent de réaliser un 'traité raisonné'"

⁽¹³⁹⁾ Il manuale di Zachariae, edito nel 1808, è la prima e più importante trattazione tedesca del Codice Napoleone, vigente nelle regioni germaniche annesse all'Impero. Si tratta di un manuale 'fortunatissimo', poiché ha esercitato una grandissima influenza, nelle sue numerose edizioni, traduzioni e rielaborazioni, sulla civilistica francese. Si distingue dai coevi manuali francesi per il metodo e per la disposizione delle materie, che non segue più pedissequamente l'ordine di sequenza degli articoli del codice, bensì si basa su un criterio ordinativo per concetti. (v. G. TARELLO, *op. cit.*, p. 75).

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. C. AUBRY e C. RAU, *Cours de droit civil français cit., seconde édition*, tomo I, § 349, p. 388: "La promesse de vendre une chose, moyennant un prix déterminé, équivaut à une vente actuelle, et en produit tous les effets, lorsqu'elle a été acceptée avec promesse réciproque d'acheter. Une promesse de vente, ainsi acceptée, fait immédiatement passer à l'acceptant la propriété et les risques et périls de la chose (...)"

⁽¹⁴¹⁾ Si veda, infatti, la nota n. 10 (p. 388).

⁽¹⁴²⁾ *Ibidem*. In modo particolare i giuristi sottolineano l'incoerenza che in effetti

3.3. *Considerazioni sul dibattito.*

È parso opportuno ripercorrere in modo dettagliato almeno le opinioni degli autori che hanno maggiormente contribuito al dibattito a cui l’inserimento nel codice del 1804 dell’art. 1589 ha dato luogo, tentando di cogliere, nelle riflessioni dei diversi protagonisti di esso, gli aspetti particolari e quelli, invece, comuni ai giuristi dei due schieramenti.

Si rendono a questo punto necessarie alcune considerazioni.

Sarebbe assai limitativo affermare come dato di fatto che in Francia l’introduzione dell’art. 1589 portò all’identificazione della promessa di vendita alla vendita e, dunque, all’impossibilità di configurare nell’ordinamento francese il contratto preliminare.

In realtà, l’affermazione codicistica della formula “promesse de vente vaut vente”, lungi dal sopire ogni discussione circa il rapporto tra promessa di vendita e vendita, scatenò, invece, un dibattito ricco ed intenso, che testimonia quanto meno la percezione da parte di non pochi e certo non marginali giuristi della necessità di introdurre anche nel codice uno strumento già esistente ed ampiamente utilizzato nella prassi.

La questione principale non è certo, a questo punto, quella del significato dell’art. 1589: dall’indagine compiuta poco sopra risultano chiari i motivi, o quanto meno plausibili le ipotesi formulate circa i motivi ed il significato dell’introduzione codicistica di esso. Ciò che, invece, sembra fondamentale è la constatazione che i motivi di ‘ordine pubblico’ già illustrati, che hanno portato all’introduzione del tanto discusso articolo, consistevano in realtà nella necessità di risolvere un problema senza dubbio, se visto a posteriori, contingente, legato ad un contesto socio-economico ben preciso e transeunte.

Successivamente, venute meno le ragioni che giustificavano il principio, perse completamente le radici del problema che la norma

si scorge in Troplong: in un passo volto a confutare una sentenza della Cassazione (Decisione del 2 maggio 1827) circa il decorrere del termine per l’esercizio dell’azione di rescissione per lesione dal momento della promessa, l’autore afferma infatti che da essa discende un’obbligazione di ‘consegna’ della cosa, e nonostante ciò, rifiuta di attribuire alla promessa efficacia traslativa della proprietà (vedi R. T. TROPLONG, *op. cit.*, § 131, p. 89).

mirava a risolvere, l'orientamento tradizionale doveva necessariamente esprimere regole meno rigide.

4. *L'influenza del 'Vorvertrag' in Francia: l' 'avant-contrat' tra promessa unilaterale e promessa sinallagmatica.*

Non pare particolarmente sintomatico di tale graduale, e comunque contrastato, mutamento dell'orientamento interpretativo prevalente l'emergere della categoria dell'*avant-contrat* ⁽¹⁴³⁾, che costituisce comunque imprescindibile oggetto di studio, al diverso fine di testimoniare l'interesse scientifico della dottrina francese nei confronti dell'elaborazione tedesca del *Vorvertrag*.

Tale categoria, infatti, introdotta a livello dottrinale in Francia già all'inizio del '900 ⁽¹⁴⁴⁾, in un primo momento come mera traduzione del termine tedesco *Vorvertrag*, in realtà — lungi dal corrispondere all'istituto elaborato dalla dottrina tedesca ed al contratto preliminare, di cui negli stessi anni si iniziava a parlare in Italia — raccoglie una serie di istituti diversi, riconducibili per lo più alla promessa unilaterale, quali patti d'opzione, di prelazione, accordi di principio, che col preliminare hanno in comune solo il fatto di attenersi al procedimento di formazione contrattuale ⁽¹⁴⁵⁾, oppure accordi di vendita, ma subordinati a determinate condizioni ⁽¹⁴⁶⁾.

4.1. *L' 'avant-contrat' di Saleilles come 'traduzione' del 'Vorvertrag' tedesco.*

L'art. 1589 *code civil*, nell'interpretazione che prevalse, negò la possibilità di riconoscere l'autonoma figura della promessa di ven-

⁽¹⁴³⁾ Si veda, *contra*, A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1988, p. 292.

⁽¹⁴⁴⁾ Il primo a parlare di *avant-contrat* è R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art.116 à 144)*, Paris 1901 (vedi *infra*, § 4.1).

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. F. COLLART-DUTILLEIL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: Les risques de désordre*, in *Droit et patrimoine*, 1995, p. 62 e ss.; vedi anche A. WEILL-F. TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1975, § 109, p. 109 e ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. J. GHESTIN-B. DESCHE, *Traité des contrats. La vente*, Paris, 1990, pp. 180-181.

dita. Prescindono, però, dai vincoli necessariamente posti dalla norma, che a lungo permarranno e che, come avremo modo di appurare, a tutt’oggi non sono ancora completamente superati, gli autori francesi non rimasero affatto estranei alla dottrina del contratto preliminare, nata in Germania, come elaborazione ad opera della Pandettistica del *pactum de contrahendo* medievale, e diffusasi poi negli altri ordinamenti.

Ben presto, infatti, si conobbe in Francia la teorica del *Vorvertrag* sviluppata dai tedeschi e poi dagli italiani.

Dato l’impedimento costituito dall’art. 1589 alla possibilità di ammettere la legittimità dell’obbligazione di concludere un futuro contratto, la questione fondamentale che si pose alla dottrina ed alla giurisprudenza successive all’entrata in vigore del codice è la configurabilità stessa della figura giuridica del contratto preliminare.

Una parte della dottrina tentò di introdurre anche in Francia la categoria del contratto preliminare elaborata in Germania, coniando la nozione di *avant-contrat*, e tentando, tramite questa figura, di sottrarre le promesse bilaterali di contratto al principio dedotto dalla norma codicistica in materia di promessa di vendita.

Tale norma, infatti, oltre a disciplinare la promessa più frequente nella pratica, è l’unica norma di riferimento in materia di promessa di contratto, non esistendo nel codice francese, come già accennato, alcun altro articolo relativo a promesse di altre specie contrattuali, né, tanto meno, una norma di carattere generale. Proprio per questo motivo, dalla equiparazione codicistica tra promessa di vendita e vendita, assai facile e rapido fu in Francia il passo verso l’equiparazione di una qualsiasi promessa di contratto al contratto, e, dunque, la negazione della legittimità dell’autonoma figura del contratto preliminare.

Già nel 1901 — dunque solo pochi anni dopo la pubblicazione dei due articoli di Degenkolb⁽¹⁴⁷⁾, considerato il vero padre del *Vorvertrag* — Raymond Saleilles⁽¹⁴⁸⁾ espone, nell’ambito di una ben

(147) Cfr. H. DEGENKOLB, *Der Begriff des Vorvertrages*; ID., *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, (*Zur Lehre vom Vorvertrag*), in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Freiburg, 1887.

(148) Sulla personalità ed il pensiero di Saleilles, vedi P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in ID.,

più ampia riflessione intorno a *'La Déclaration de volonté'* (149), alcune significative, seppur brevi, considerazioni relative proprio al contratto preliminare, traducendo il termine *Vorvertrag* con quello di *avant-contrat*.

Prima di analizzare il discorso di Saleilles circa l'*avant-contrat*, è opportuna una premessa: come chiarito dallo stesso autore nel sottotitolo, quest'opera vuol essere una *'contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand'*.

La breve esposizione relativa all'*avant-contrat* s'inserisce, infatti, in un paragrafo di commento all'art. 125 del codice tedesco, che sancisce la nullità dell'atto giuridico per vizio di forma (150).

Ciò non stupisce: Saleilles era un eccellente germanista e — esponente della 'scuola scientifica' (151), primo, con Gény, a rompere il culto esegetico del *code civil* (152) — fu profondamente influenzato

Absolutismo giuridico e diritto privato, cit. 193-261, che lo definisce "civilista singolarissimo (...) perché si assunse assai presto — e mantenne sempre — il deciso ruolo di coscienza critica della civilistica francese portando avanti la demitizzazione delle pretese conquiste di una tradizione secolare, a cominciare da un esame disincantato di quel monumento indiscusso dello spirito giuridico francese costituito dal venerabile e venerato Code Napoléon". Vedi anche G. FASSÒ, *op. cit.*, p. 178; A. J. ARNAUD, *op. cit.*, pp. 111-113 (v. anche pp. 134-135, 139, 161, 173); J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 180-182.

(149) Cfr. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit. Si tratta di "uno dei libri più cari a Saleilles, dedicato alla costruzione del concetto di atto giuridico sulla scorta dei §§ 116-144 del BGB" (cfr. P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 234), uno dei "due impegnativi momenti riflessivi sul BGB ormai vigente in Germania" (cfr. P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 233). Come insegna Grossi, oltre a palesare la consapevolezza di Saleilles della necessità per il civilista di osservare in un'ottica comparativa il diritto, al di là dei confini nazionali, l'opera è occasione per ribadire "con particolare vigoria ed apertamente un insegnamento che è costante nel pensiero del Nostro": "La loi est un instrument de réglementation sociale: elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite. L'adaptation de la loi se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique; de sorte qu'elle devient, elle-même, un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessamment progressive qui en est faite". (cfr. *De la déclaration de volonté*, cit., p. 214, riportato da P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 234).

(150) Vedi R. SALEILLES, *op. cit.*, art. 125, n. 9, p. 84.

(151) Vedi P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raimond Saleilles*, cit.; si veda anche G. FASSÒ, *op. cit.*, p. 178.

(152) Ma si veda P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 195, che, nell'evidenziare l'apprezza-

dalla cultura giuridica tedesca del suo tempo, ed in particolare da Jhering. Proprio su queste basi sviluppò una concezione dinamica dell'evoluzione del diritto, prodotto della storia, che si trasforma con essa ⁽¹⁵³⁾.

Senza pretesa d'inquadrare adeguatamente in questa sede il pensiero di Saleilles, riteniamo di poter affermare che anche la concisa trattazione dell'*avant contrat* — istituto nato e 'vivente' nella prassi, ma certo estraneo al codice — riflette la sua concezione del diritto, che “n'est plus une science isolée, qui se suffise à elle même, et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules” ma “une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses” ⁽¹⁵⁴⁾.

Trattando degli atti che le parti sono solite redigere in forma scritta, nonostante ciò non sia prescritto per legge, Saleilles cita gli “avant-projets”, i quali in genere non vengono redatti per iscritto, salve alcune clausole, “les plus délicates vraisemblablement”, destinate ad entrare nel contratto definitivo ⁽¹⁵⁵⁾.

Segue una brevissima digressione, volta a spiegare che in Germania tutti gli accordi preliminari sono compresi nella generica denominazione di *Punktation*, che implica l'idea di un progetto d'atto, ma che si può applicare anche “à de véritables conventions déjà conclues, mais vivant le contrat principal, sortes d'avant-contrats (Vorvertraege)”, i quali sono certo dei progetti, avendo

mento “infinite volte” manifestato da Gény nei confronti della riflessione di Saleilles, non manca di spiegare che “Gény tesseva l'elogio di Saleilles senza mai nascondere, ma dichiarando apertamente, i suoi dissensi: se identica era la diagnosi del male da estirpare o da esorcizzare, diverse erano infatti le valutazioni sugli strumenti da porre in opera e su alcune conclusioni; per esempio su quella disinvolta teorizzazione dello ‘*assouplissement des textes*’, cioè della plasticità naturale dei testi normativi nella mani dell'interprete-applicatore, che pareva stare al centro dell'intero messaggio di Saleilles”. Sul pensiero di Gény, vedi anche ID., *Ripensare Gény*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 143-192.

⁽¹⁵³⁾ Vedi J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, pp. 181-182.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. R. SALEILLES, *Préface à Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, pp. XXIV-XXV.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., n. 9, pp. 83-84.

valore condizionato, subordinato alla conclusione del contratto definitivo ⁽¹⁵⁶⁾.

Diventa ora più chiara la fondamentale premessa suesposta: ciò che si può trarre dalla breve trattazione di Saleilles è, in effetti, almeno *prima facie*, 'niente più' che l'introduzione di un vocabolo francese traduttivo del tedesco *Vorvertrag*.

L'autore, in altri termini, non si occupa della dottrina del contratto preliminare 'contribuendo' all'evolversi della complessa teorica che si sta proprio in quegli stessi anni sviluppando in Germania ed anche in Italia, né tanto meno tenta di giustificare l'introduzione nell'ordinamento francese di un istituto che ne è evidentemente escluso da una disposizione chiara e non aggirabile (od almeno ritenuta tale dall'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente), ma si limita a prendere in considerazione il *Vorvertrag*, peraltro soltanto gli aspetti di esso attinenti alla problematica relativa alla forma degli atti, nell'ordinamento tedesco e nel far questo traduce il termine *Vorvertrag* con quello francese di *avant-contrat*.

La breve trattazione di Saleilles è significativa sotto più profili: in primo luogo, essa è palesemente sintomatica non solo della conoscenza che anche in Francia si ha della teorica e della complessa problematica relativa al *Vorvertrag*, oggetto dello studio e dell'elaborazione dei pandettisti, ma anche e soprattutto dell'esigenza di riconoscere ad esso cittadinanza anche nell'ordinamento francese.

Inoltre, se Saleilles 'si limita' a tradurre il termine *Vorvertrag* con quello di *avant-contrat*, il modo in cui ciò avviene è certo interessante: non si parla, infatti, di *avant-contrat* affermandone l'attuale ed innovativa introduzione; si descrive invece il *Vorvertrag*, in alcuni dei suoi aspetti caratterizzanti e, quasi con intenti chiarificatori, come se non si stesse introducendo niente di nuovo, neppure soltanto a livello terminologico, si specifica "sortes d'avant contrats" ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. R. SALEILLES, *op. cit.*, n. 9, p. 84.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. R. SALEILLES, *op. cit.*, n. 9, p. 84, già citato: "Toutes ces négociations préliminaires sont comprises, en allemand, sous le nom très générique de *Punktation*, qui implique l'idée d'un projet d'acte, mais qui peut s'appliquer aussi à de véritables conventions déjà conclues, mais visant le contrat principal, sortes d'avant-contrats (*Vorvertraege*), qui sont bien, eux aussi, des projets, puisqu'ils n'ont encore qu'une

È poi proprio dall'*avant-contrat*, di cui parla Saleilles, dal termine *avant-contrat* ⁽¹⁵⁸⁾, che non pochi autori tenteranno di creare un istituto *avant-contrat* ⁽¹⁵⁹⁾.

Un simile tentativo non ha, però, avuto successo ed il concetto di *avant-contrat*, anziché identificarsi con quello di *Vorvertrag* e di contratto preliminare, produttivo dell'obbligazione di contrarre, costituisce tutt'oggi una categoria assai eterogenea di accordi pre-contrattuali, per lo più di carattere unilaterale.

4.2. *Il trionfo della teoria dell'equiparazione nella civilistica della prima metà del '900.*

All'importante mutamento metodologico a cui si assiste tra la fine dell'800 e l'inizio del '900 ⁽¹⁶⁰⁾, evidente nei nuovi, numerosi *Traités* di diritto civile ⁽¹⁶¹⁾, non corrispose, almeno con riguardo all'annosa problematica delle *promesse de vente*, alcun cambiamento sostanziale rispetto alla tesi sostenuta dalla maggioranza degli esegeti.

Gli autori che si sono occupati di *avant-contrat* (o di *avant-acte*),

valeur conditionnelle, subordonnée à la conclusion du contrat principal”. Sul modo in cui Saleilles ‘si limita’ a tradurre il termine *Vorvertrag* con quello di *avant-contrat*, pare di poter citare a proposito P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., p. 241: “Tutto sommato, egli si pone in un itinerario di continuità con quella sensibile giurisprudenza francese che per tutto il secolo aveva creato diritto dissimulando l'aspetto creativo sotto un mantello ipocrita di esegesi fedele e di esercizio passivo di meri arnesi logici”.

⁽¹⁵⁸⁾ Per l'uso del termine *avant-contrat*, vedi anche, di pochi anni successivo, E. LEDUC, *Des avant contrats*, Parigi, 1909.

⁽¹⁵⁹⁾ Vedi *infra*, § 4.3.

⁽¹⁶⁰⁾ Su cui si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit.; ID., *Ripensare Gény*, cit.; J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, II parte, cap. I, pp. 171-205, che evidenzia come la fine dell'800 ed in particolare gli anni '80 abbiano costituito un periodo fondamentale per la storia del diritto francese. Il profondo rinnovamento metodologico operato dalla ‘scuola scientifica’, consistente nel superamento dell'identificazione del ‘diritto’ con il ‘diritto del codice’, è infatti il prodotto di una serie di fattori di natura socio-economica, politica ed intellettuale, che portarono ad una nuova visione del codice — spesso denunciato come ‘codice borghese’ — ed all'affermarsi in dottrina del desiderio di rompere con il metodo interpretativo tradizionale.

⁽¹⁶¹⁾ Vedi J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, § 123, pp. 184-186.

infatti, non hanno in alcun modo sviluppato l'importante spunto offerto da Saleilles: solitamente essi si riferiscono alla sola promessa unilaterale di contratto, riconosciuta, dai più, come figura autonoma dal contratto definitivo ed ampiamente utilizzata nella prassi negoziale. La promessa sinallagmatica è, invece, appena sfiorata nei loro scritti e continua a scontare l'ambiguità della formula recepita dall'art. 1589.

Se alcuni seguitano a sostenere, senza approfondire affatto l'argomento, che l'articolo sancisce l'identità tra promessa di vendita bilaterale e vendita ⁽¹⁶²⁾, altri giungono addirittura — riprendendo

⁽¹⁶²⁾ Si veda in proposito, la quinta edizione (Bruxelles, 1907) del già citato *Cours de droit civil français* di AUBRY e RAU (V, § 349, in particolare, p. 4), che ricalca perfettamente la tesi equiparatoria illustrata nella prima edizione, del 1838. Vedi anche E. LEDUC, *op. cit.*, pp. 6 e 164. In particolare, vedi lo sviluppo del concetto di *avant-contrat* che si trova in Demogue. Desta stupore che proprio questo giurista, che, per quanto con moderazione, contribuì a dare una nuova, moderna impostazione allo studio del diritto civile e, in modo particolare, della materia delle obbligazioni — non a caso, infatti, Halpérin parla, seppur brevemente, di Demogue, in un paragrafo intitolato “*Nouveaux traités, nouvelles théories*” (vedi J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, II parte, cap. I, § 123, pp. 184-186, ma anche § 132, pp. 197-198 e § 339, pp. 250-253) — si mostri estremamente conciso e, soprattutto, perfettamente in linea con l'interpretazione maggioritaria dell'art. 1589.

Nell'ambito del suo *Traité des obligations en général* (Paris, 1923) Demogue si occupa, in un apposito capitolo, “*Des avant-acte et spécialement des avant contrats*”. (R. DEMOGUE, *op. cit.*, II, cap. IX, p. 1 ss.) e configura il fenomeno ‘atto giuridico’, in genere considerato come atto che si conclude “en un trait de temps, ou du moins un intervalle relativement bref”, come fenomeno dinamico arrivando a parlare di “formation successive des actes juridiques”. Nel riferirsi alla teoria del *Vorvertrag* costruita dai tedeschi e “récemment pénétré en France sous l'influence de M. Saleilles” (cfr. R. DEMOGUE, *op. cit.*, n. 466, p. 5), a parte la sostituzione del termine *avant-contrat*, troppo stretto, con *avant-acte*, il giurista non dedica un apposito paragrafo alla promessa bilaterale, ma anzi ne tratta, piuttosto sinteticamente e soprattutto con un approccio tutt'altro che critico, nel paragrafo intitolato “*Promesses unilatérales de contrats*” (cfr. R. DEMOGUE, *op. cit.*, n. 469-477 *ter*, pp. 12-27), che inizia con una paradigmatica ‘descrizione’ della promessa bilaterale: “Deux personnes peuvent échanger des promesses de passer un contrat ordinaire (c'est à-dire qui n'est soumis ni à des formalités solennelles, ni à la remise d'une chose comme les contrats réels). Il y a alors promesse bilatérale” (cfr. R. DEMOGUE, *op. cit.*, n. 469, pp. 12-13.). A tale descrizione ne segue un'altra, relativa agli effetti della promessa bilaterale: “Tout le monde est d'accord pour dire que cette promesse bi-latérale équivaut au contrat. On estime d'abord que l'art. 1589: ‘la promesse de vente vaut vente lorsqu' il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix’, vise cette

una tesi minoritaria, come visto, tra gli esegeti ‘innovatori’ — ad affermare che la norma disciplina in realtà la promessa unilaterale *de vendre*, che, una volta accettata, verrebbe ad essere una vendita definitiva. Sarebbe superfluo, infatti, un articolo che affermasse un principio indiscusso come quello che la promessa sinallagmatica equivale alla vendita ⁽¹⁶³⁾.

hypothèse. Mais on doit généraliser cette solution et admettre que toute promesse bilatérale de contrat équivaut au contrat même. Il suffit que toutes les modalités du contrat soient arrêtées. Par suite, la promesse bilatérale de vente transférera la propriété, les risques passeront de suite à l'acheteur, l'ancien propriétaire ne pourra grever l'objet de droits réels, il y aura lieu à transcription. L'acte sera fait en double. En un mot, toutes les règles du contrat de vente s'appliqueront, même si la promesse est à terme” (cfr. R. DEMOGUE, *op. cit.*, n. 469, pp. 13-14). Si ha dunque in Demogue, nei primi anni '20, ancora una completa aderenza all'interpretazione tradizionale dell'art. 1589 del codice, che non viene affatto messa in dubbio. Si afferma addirittura che “tutto il mondo” concorda sull'equiparazione della promessa bilaterale al contratto definitivo, prendendo le mosse dalla disposizione relativa alla promessa di vendita e generalizzandola per tutte le promesse di contratto. Dopo qualche breve accenno alla possibilità per le parti di aggiungere alla promessa bilaterale un termine, od una condizione (cfr. R. DEMOGUE, *op. cit.*, n. 470, pp. 14-17), l'autore passa a trattare, in modo assai più ampio e dettagliato, della promessa unilaterale di contratto (cfr. R. DEMOGUE, *op. cit.*, n. 471-477 *ter*, pp. 17-27). La teoria dell'identità tra promessa di vendita e vendita definitiva è accolta anche da E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, p. 271 e ss.; L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Précis de droit civil d'après le Cours élémentaire par Colin et Capitant*, Paris, 1938, n. 831 (la prima edizione del *Cours élémentaire de droit civil* di A. COLIN e H. CAPITANT è del 1914).

⁽¹⁶³⁾ Questa tesi espressa da M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, deuxième édition*, Paris, 1902 (la prima edizione è del 1899). L'autore definisce infatti la promessa di vendita come “un contrat par le quel une personne s'engage à vendre à l'autre partie une chose, sans que celle-ci consente immédiatement à l'acheter” e prosegue specificando “La promesse de vente est une convention essentiellement unilatérale. Si celui qui se la fait donner consentait immédiatement à l'acheter, il n'y aurait pas promesse de vente, il y aurait vente parfait et complète, et une vente mal qualifiée ou mal rédigée, dans lequel les parties auraient dit: 'Je promets de vendre...je promets d'acheter' au lieu de: 'Je vends... j'achète...' On peut affirmer que cela ne se fait jamais en pratique; seule la promesse unilatérale est un contrat usuel; c'est donc bien mal à propos que tous les auteurs modernes se sont imaginé que l'art. 1589 réglait les effets de la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter, et que le Code n'avait pas prévu les promesses unilatérales de vente” (cfr. M. PLANIOL, *op. cit.*, II, pp. 436-437, n. 1398 e 1400). Gli autori che hanno letto nel dettato dell'art. 1589 la disciplina della promessa sinallagmatica di vendita e proprio a causa di tale norma hanno dibattuto sul problema dell'equiparazione di tale promessa alla vendita definitiva, sarebbero stati ‘ingannati’

Al di là della diversità di vedute circa l'ambito di applicazione dell'art. 1589, è evidente che le pagine dei civilisti segnano, ancora alla metà del '900, il trionfo dell'interpretazione più aderente al significato letterale del dettato codicistico ed all'ideologia che esso, segmento fondamentale della più ampia disciplina del sistema di trasferimento della proprietà, intende esprimere ⁽¹⁶⁴⁾.

4.3. *Boyer* ⁽¹⁶⁵⁾: *“Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats”*: dal consensualismo alla formazione progressiva del contratto.

L'allontanamento dal principio equiparatorio e la svolta verso il *contrat préliminaire* sono avvenuti più tardi, con la constatazione da parte della dottrina, nell'ambito di un generale ridimensionamento della pretesa intangibilità del codice, dell'ormai sopraggiunta inidoneità della sacra regola consensualistica a soddisfare le esigenze dei

dalle parole “consentement réciproque”, parole che non sarebbero state inserite nell'articolo “pour faire allusion à des promesses bilatérales de vendre et d'acheter, dont personne n'avait jamais eu l'idée avant que les commentateurs du Code les eussent inventées”, ma per replicare alle osservazioni di Pothier: “Cet auteur expliquait que les promesses de vente se font, en fait, dans des conditions fort différentes les unes des autres, et qu' on en voit dans lesquelles le prix n'est pas fixé d'avance; cela créait quelques difficultés que Pothier étudie dans les n. 481 et suiv. de son *Traité de la vente*. Les auteurs du Code ont sans doute voulu réserver ces hypothèses et n'attribuer à la promesse de vente l'effet de la vente qu' autant que les éléments essentiels du futur contrat, la chose et le prix, seraient bien déterminés d'avance par une entente ou le consentement réciproque des parties” (cfr. M. PLANIOL, *op. cit.*, p. 439, n. 1407). Identiche le riflessioni svolte nella IX edizione, del 1932 (*Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit avec la collaboration de G. Ripert*, XI ed., Paris, 1932. Sul *Traité* di Planiol, vedi J. L. HALPÉRIN, *op. cit.*, § 123, pp. 184-185.

⁽¹⁶⁴⁾ Vedi *supra*, § 2, in particolare § 2.2.2

⁽¹⁶⁵⁾ Per qualche notizia sulla vita e l'opera di Louis BOYER (1922-1992), si può vedere la prefazione di R. MERLE in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996. Fu civilista, processualista, specialista di diritto aeronautico e di diritto internazionale privato. Definito “l'un des phères de la Faculté de droit de Toulouse”, Boyer, nipote del giurista e storico Georges, studiò giurisprudenza presso l'università di Tolosa, ove fu allievo di P. Raynaud. Professore aggregato nel 1951, dopo essere stato incaricato del corso di diritto penale fra il 1947 ed il 1951, fu assegnato alla Facoltà di diritto di Algeri, prima di tornare a Tolosa. Fra il 1961 ed il 1964 insegnò alla Facoltà di diritto di Beyrouth. Divenne infine docente della Facoltà di diritto di Tolosa, ricostituita in seno dell'Università di Scienze sociali.

traffici e, dunque, a rappresentare la realtà delle contrattazioni. A ciò ha fatto seguito il graduale superamento della rigida prescrizione dell'art. 1589 *code civil* e la nuova considerazione per lo strumento del contratto preliminare.

La lettura della norma già proposta da Troplong, Marcadè, Toullier è stata ripresa e sviluppata in anni più recenti, soprattutto da Boyer ⁽¹⁶⁶⁾, che, in un articolo pubblicato nel 1949 ⁽¹⁶⁷⁾, ha reagito all'ingombrante interpretazione tradizionale, contestando il principio per cui “toute promesse bilatérale de contrat équivaut au contrat lui-même”, ed ha affermato l'autonomia concettuale della promessa di contratto.

L'articolo di Boyer riveste interesse sotto più profili.

In primo luogo, nell'ambito di una sistematica contestazione degli argomenti ⁽¹⁶⁸⁾ che hanno portato la maggioranza degli autori ad affermare l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita — contestazione necessaria ad avvalorare la legittimità del riconoscimento dell'autonomia del contratto preliminare — l'autore ripre-

⁽¹⁶⁶⁾ Il ruolo fondamentale di questo autore nel lungo, difficile ed incerto *iter* della *promesse de vente* verso il riconoscimento della sua autonomia dal contratto definitivo è affermato da D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragschluss*, Marburg, 1965, pp. 24-32. Nell'ambito della sua analisi comparativa del *Vorvertrag* nei diversi ordinamenti, Henrich ripercorre la complessa storia della *promesse de vente* nella dottrina francese, e, dopo aver premesso che: “In der Doktrin hat namentlich Boyer sich für die Anerkennung des Kaufvorvertrages als eines selbständigen Vertrages eingesetzt”, dedica interessanti pagine ad illustrarne la tesi.

⁽¹⁶⁷⁾ L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, pp. 1-35. Preliminarmente ad ogni considerazione circa le riflessioni sui singoli aspetti che vengono affrontati dall'autore, è già il titolo dell'articolo che si rivela d'importanza notevole nell'ambito del nostro studio. Come Boyer più volte ribadisce nel corso del suo « contributo », il problema del rapporto tra promessa di vendita e vendita è di considerevole importanza, perché la promessa di vendita altro non è che un'applicazione particolare della figura più generale dell'*avant-contrat*, che egli considera l'equivalente francese del *Vorvertrag* elaborato dalla dottrina tedesca e sviluppato da quella italiana: “la promesse de vente n'est pas en effet une institution originale, elle n'est qu' une application particulière et concrète de la théorie plus générale de l'avant-contrat” (cfr. p. 4).

⁽¹⁶⁸⁾ L'autore identifica tali argomenti con la volontà del legislatore ed il diritto antico (vedi L. BOYER, *op. cit.*, p. 5 e ss.).

corre nel dettaglio le origini della formula “promesse de vente vaut vente” ⁽¹⁶⁹⁾ e dell'art. 1589 ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Vedi L. BOYER, *op. cit.*, pp. 7-10. Ripercorrendo la storia del *pactum de contrabendo*, Boyer evidenzia come gli antichi autori, dei quali analizza nel dettaglio le opinioni (*op. cit.*, p. 7) affermavano in modo generale che esso non poteva confondersi col contratto che ne è oggetto. Le incertezze non riguardavano quindi il rapporto tra contratto definitivo e *pactum de contrabendo*, ma il problema, ben diverso, dell'inadempimento dell'obbligo da quest'ultimo originato. Mentre alcuni autori affermavano la possibilità per il beneficiario della promessa di ottenere dall'inadempiente l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo assunto col *pactum*, altri, ritenendo che, in quanto obbligazione di fare, la prestazione oggetto del *pactum* dovesse sottostare alla regola “Nemo praecise potest cogi ad factum”, sostenevano che l'unico rimedio possibile per l'inadempimento fosse il risarcimento dei danni; vi era poi un'opinione intermedia, espressa da quanti, convinti che la promessa non s'identificasse affatto con la vendita, ritenevano però che in caso di rifiuto di stipulare quest'ultima (di ‘passare’ il contratto), il giudice potesse a tal fine emettere una sentenza che, se ineseguita, avrebbe prodotto gli stessi effetti della vendita. All'inizio del XVI secolo dunque, preme all'autore soprattutto evidenziare, la promessa di vendita, sia sinallagmatica che unilaterale, era considerata ben diversa dalla vendita e questo principio restò incontrastato fino alla fine del diritto antico (vedi *op. cit.*, p. 8). Ed entrando più nello specifico, Boyer evidenzia ancora come, proprio in tale periodo, nella vendita si generalizzò l'impiego della forma notarile. Nell'imporre la prova scritta per le obbligazioni di più di 100 libbre, l'ordinanza di Moulins del 1566 non impose questa forma, ma comunque la incentivò: l'atto notarile infatti era il solo che potesse dare data certa al contratto, per iscrivere ipoteca giudiziale, per permettere l'esecuzione forzata. Così spesso, nella pratica, la vendita si faceva in due tempi: prima di andare dal notaio, le parti stabilivano i termini del loro accordo, per lo più in un atto ‘sous seign privé’ e si obbligavano a ‘passare’ (stipulare) l'atto autentico entro un certo termine. Questo contratto poteva costituire una vendita *de praesenti*, quando le parti non consideravano l'atto notarile che come un mezzo di prova; era al contrario una promessa *in futurum*, quando l'esistenza stessa della vendita era subordinata alla sua realizzazione. L'origine della formula “promesse de vente vaut vente” si trova per Boyer proprio nelle controversie relative all'esecuzione di queste promesse. Che si trattasse di una promessa *in futurum* o di una semplice vendita *de praesenti*, accadeva frequentemente che una delle parti si rifiutasse di stipulare l'atto notarile. La promessa era o non suscettibile di esecuzione forzata? Sulla soluzione da dare al problema le controversie furono lunghe e ardenti e nonostante che la maggior parte degli autori sostenesse che potevano essere pronunciati solo i danni-interessi, i Parlamenti, ed in modo particolare il Parlamento di Parigi, presero una diversa posizione: la parte inadempiente era condannata a stipulare l'atto notarile entro un certo termine, altrimenti la sentenza avrebbe tenuto luogo dell'atto di vendita. Alla fine del XVII secolo, questa giurisprudenza del parlamento di Parigi era costante. Ecco l'origine dell'ingannevole formula “promesse de vente vaut vente”, e dell'equiparazione della promessa *in futurum* alla vendita definitiva. (cfr. p. 10, dove l'autore ribadisce: “Promesse de vente vaut vente!”

Degna di attenzione è, poi, l’acuta distinzione tra *obligatio contrahendi* ed *obligatio faciendi*: l’oggetto della prestazione assunta da ciascuno dei contraenti con la promessa sinallagmatica non sarebbe un atto di volontà⁽¹⁷¹⁾, un’*obligatio contrahendi*; esse hanno già prestato il loro consenso alla vendita, ma hanno subordinato la formazione di quest’ultima⁽¹⁷²⁾ all’esistenza di un fatto che dipende

Le sens de cette maxime est dès lors aisé à déceler. Celle-ci exprime seulement la certitude qu’ont les parties de pouvoir réaliser la vente qu’elles ont promis de conclure; tout comme la vente, la promesse-unilatérale ou synallagmatique est susceptible d’exécution forcée, mais elle n’est pas une vente”.

(170) L’art. 1589 sarebbe stato così formulato, non per sancire l’identità tra promessa di vendita e vendita, bensì per porre definitivamente termine ad un’aspra disputa giurisprudenziale. La giurisprudenza del Parlamento di Parigi, infatti, secondo la quale il promittente inadempiente sarebbe stato condannato a stipulare la vendita, ed in ultimo, qualora non avesse spontaneamente eseguito la condanna, una sentenza del giudice avrebbe prodotto gli effetti della vendita stessa non conclusa, non era approvata da tutte le giurisdizioni dell’antica Francia: molti tribunali continuavano, ancora al tempo della preparazione del codice, a ribadire che “la promesse de vente n’est pas une vente (...); chacun des contractants est maître de s’en départir. Celui qui s’en départ est condamné à des dommages-intérêts” (così ribadisce una sentenza del Tribunale di Lione, citata, a titolo d’esempio, a p. 10, *op. cit.*). Dunque sarebbe quest’opinione che l’art. 1589 avrebbe voluto condannare, come dimostrerebbe inequivocabilmente la ben nota testimonianza di uno degli autori del Codice, Maleville: “Cet article termine une grande discussion entre les docteurs, les uns tenant que la promesse de vendre vaut vendre et oblige à passer contrat, les autres, qu’ elle se résout en dommages-intérêts”. “Ce n’est donc en définitive que le problème de l’exécution forcée des promesses de vente que tranche l’art. 1589” conclude l’autore, ed ammonisce “On ne saurait s’en prévaloir pour affirmer que le législateur a vu dans la promesse synallagmatique de vente et dans la vente une seule et même institution” (cfr. p. 11).

(171) Tale tesi, e la connessa distinzione tra *obligatio contrahendi* ed *obligatio faciendi*, è sostenuta con insistenza dall’autore per contrastare risolutamente l’opinione di quanti, negando la configurabilità di un’obbligazione a volere, ritengono la promessa sinallagmatica di vendita un concetto irrazionale. (È questo il pensiero di A. VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, Losanna, 1929, t. II, n. 9, p. 144, che nega che un individuo possa obbligarsi a volere, poiché la volontà altro non è che “la capacité d’une libre détermination”; vedi L. BOYER, *op. cit.*, pp. 11-12).

(172) È anche questo un aspetto importante della tesi di Boyer: le parti hanno subordinato la formazione della vendita, non la sua semplice efficacia, all’esistenza del fatto che dipende dalla loro comune attività. La promessa sinallagmatica sarebbe dunque ben diversa dal contratto sottoposto a condizione sospensiva e svolgerebbe una funzione differente da quest’ultimo. Ed avrebbe quindi una propria e specifica utilità pratica, in tutti i casi in cui le parti abbiano contrattato di ritardare l’esistenza della vendita, a causa

dalla loro comune attività e che s'impegnano a realizzare. Non sarebbe, dunque, un consenso, ma un semplice *facere* che costituisce l'oggetto dell'obbligo delle parti. Potrà trattarsi del pagamento del prezzo, o di un altro fatto. Il più delle volte si tratta della stipulazione di un atto notarile, assunto dalle parti quale elemento essenziale del loro contratto ⁽¹⁷³⁾.

L'obbligazione imposta alle parti dalla promessa non sarebbe affatto, in altri termini, quella scaturente dal contratto definitivo, ma un'obbligazione specifica, non di contrattare, ma "de contribuer à la réalisation du fait qui tient le contrat en suspens" ⁽¹⁷⁴⁾.

In definitiva, Boyer vede nella promessa sinallagmatica di vendita e, più generalmente, nella promessa di contratto, la prima fase di un atto complesso che può rivestire molteplici forme, da iscriversi nell'ambito della formazione successiva del contratto ⁽¹⁷⁵⁾.

Il nodo centrale delle considerazioni di Boyer è, in effetti, proprio la contestazione della perdurante validità del principio consensualistico, non più rispondente alle reali esigenze dei mercati.

Sempre più spesso nella pratica degli scambi, il contratto si realizzerebbe per gradi, e ciò avverrebbe nella maggior parte dei casi a causa dell'impossibilità per le parti di dar vita al contratto, senza il sostegno del potere pubblico (nella forma del rilascio di concessioni, autorizzazioni ecc.).

Si starebbe assistendo ad una notevole estensione del ruolo dello

di un ostacolo legale, o perché hanno comunque un interesse, spesso di carattere fiscale, a differirne la conclusione (cfr. L. BOYER, *op. cit.*, pp. 15-16: "C'est seulement en effet l'exécution du contrat qui est affectée par le terme ou la condition. Or c'est la formation même du contrat que les parties peuvent vouloir différer pendant une certaine période"). Tali argomentazioni sono svolte dall'autore per contrastare la tesi di quanti affermano l'inutilità della promessa sinallagmatica (vedi G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire*, tomo I, n. 2414; G. RIPERT et J. HAMEL, *Traité pratique*, tomo X, n. 10, cit. da L. BOYER, *op. cit.*, p. 12) sostenendo essere molto più semplice e razionale sottoporre il contratto a condizione sospensiva.

⁽¹⁷³⁾ Vedi L. BOYER, *op. cit.*, p. 19.

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 20.

⁽¹⁷⁵⁾ Ed infatti l'autore rinvia espressamente (BOYER, *op. cit.*, p. 17, nota 2) a F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 308, su cui vedi *infra*, parte II, cap. II, § 2.1.1.

stato nella creazione dei rapporti privati (176), che avrebbe condotto ad una nuova attenzione della dottrina per lo schema tradizionale della formazione progressiva del contratto e, naturale conseguenza di ciò, ad una nuova vitalità della promessa sinallagmatica nell'ambito della teoria giuridica.

L'autore pensa, come esempi di situazioni in cui, contrariamente a quanto imposto dal principio consensualistico, si manifesta il diverso e diffuso fenomeno dello scaglionamento nel tempo della formazione del contratto, alle ipotesi in cui la legge richieda certi adempimenti, od il verificarsi di un certo fatto perché il contratto possa formarsi, come nel caso, molto frequente nella pratica, della necessità di un'autorizzazione pubblica; ma anche alle diverse ipotesi in cui il differimento della formazione del contratto rispetto alla manifestazione del reciproco consenso sia stabilito dalla volontà stessa delle parti, come quando esse abbiano concordato che il contratto nascerà solo dopo il rilascio di una perizia, o dopo il consenso di un terzo (177).

5. *L'affermazione del 'contrat préliminaire' tra esigenze pratiche e vincoli codicistici.*

5.1. *“Promesse de vente vaut vente” e libertà contrattuale: tentativi di conciliazione nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti.*

Qualche anno prima della pubblicazione dell'articolo di Boyer, la Cassazione affermò, nel celebre *arrêt Cotterau*, “que les promesses de vente convenues entre les parties ne valaient pas ventes” (178), manifestando così la non più procrastinabile presa di coscienza delle mutate esigenze dei traffici.

Tale rivoluzionaria pronuncia fu dettata proprio dalla constatazione dell'inadeguatezza del tradizionale principio equiparatorio

(176) Sul crescente intervento dello stato soprattutto negli anni '20-'50, vedi A. J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 145.

(177) Vedi L. BOYER, *op. cit.*, pp. 2-3 e pp. 17-18.

(178) Cass. civ. 16. 6. 1943, D. C. 1944. 1. 37; J. C. P. 1944, II, 2576 con nota di P. Hébraud, cit. da L. BOYER, *op. cit.*, p. 3.

rispetto alla nuova realtà del mercato immobiliare. Una legge di pochi anni prima ⁽¹⁷⁹⁾, nell'intento di agevolare il controllo pubblico sull'accesso alla proprietà fondiaria, aveva subordinato ad un'autorizzazione preventiva del prefetto le successioni tra vivi in materia immobiliare. Si poneva, dunque, la questione, di notevole rilevanza pratica, prima ancora che teorica, di quale valore dovesse essere riconosciuto all'accordo intervenuto tra le parti prima del conseguimento di quest'autorizzazione. Il problema era delicato e di difficile soluzione: da un lato, si doveva rispettare il dettato della legge, che faceva dell'autorizzazione prefettizia una delle condizioni necessarie per l'esistenza della vendita; dall'altro, i tempi per il rilascio del provvedimento erano tempi lunghi, e si rendeva, dunque, necessario dare alle parti la possibilità di obbligarsi prima dell'adempimento amministrativo.

Per soddisfare queste due esigenze la Corte fece ricorso alla promessa sinallagmatica di vendita, sentenziando: "Attendu que les parties étaient liées par des promesses synallagmatiques de vente dès juin 1923..., que les promesses de vente communes entre les parties ne valent pas vente, lesdites ventes ne pouvant intervenir qu'avec l'autorisation exigée...".

Come evidenzia Hébraud ⁽¹⁸⁰⁾, il problema affrontato nell'*arrêt Cotterau* coinvolge inevitabilmente i "principes traditionnels" del diritto contrattuale. Di fronte alla scelta necessaria tra principio dell'unità tra contratto di vendita e trasferimento del diritto di proprietà, e principio "de la formation purement consensuelle du contrat", la Corte scelse il primo.

L'importante pronuncia non segnò, però, una netta inversione di tendenza, e la Corte fu assai restia, anche in seguito, ad affermare, in linea di principio, l'autonomia della promessa di vendita dalla vendita ⁽¹⁸¹⁾.

In una sentenza di pochi anni successiva ⁽¹⁸²⁾, la Cassazione

⁽¹⁷⁹⁾ Si tratta della legge del 16 novembre 1940, poi abrogata dall'ordinanza 6 giugno 1945, cit. da L. BOYER, *op. cit.*, p. 3.

⁽¹⁸⁰⁾ Vedi P. HÉBRAUD, nota a sentenza cit. *supra* in nota 178.

⁽¹⁸¹⁾ Si veda per esempio Cass. civ., 15 gennaio e 15 febbraio 1946, D. 1946, J. 341, cit. da L. BOYER, *op. cit.*, p. 3.

⁽¹⁸²⁾ Cass. civ. 29. 3. 1949, J. C. P. 1949, II, 4961.

affer mò, infatti, che l'autorizzazione pubblica non è affatto un “*élément constitutif*” del contratto — che si realizzerebbe, dunque, grazie al consenso delle parti sulla cosa ed il prezzo — bensì una “*circonstance extérieure*”, ritardante non l'esistenza del contratto, ma il trasferimento della proprietà. Qui, dunque, la Corte scelse il principio del consenso, abbandonando quello dell'unità tra contratto e passaggio del diritto.

In un'altra pronuncia ⁽¹⁸³⁾ dello stesso periodo si ha l'espressa identificazione dell'autorizzazione pubblica con una condizione sospensiva del passaggio della proprietà, che dunque si verificherebbe con efficacia *ex tunc*, in seguito al conseguimento di essa, “à moins que” — ed è questo un passaggio di notevole rilievo — “*les parties n'aient entendu retarder ce transfert jusqu' à la réalisation de l'événement prévu, date à la quelle il se produit alors 'ipso facto'*”.

Non sarebbe esatto parlare di una vera “svolta” giurisprudenziale, comportante il riconoscimento dell'autonomia della promessa di vendita. Eppure, si deve constatare che la giurisprudenza iniziò a riconoscere che, fermo restando il principio dell'equiparazione tra promessa di vendita e vendita, essa viene meno quando risulti inequivocabilmente che tale è stata la volontà delle parti.

Significativa in tal senso un'interessante sentenza della Cassazione del 1954 ⁽¹⁸⁴⁾, che, evidenziando proprio il ruolo fondamentale della volontà, afferma chiaramente la possibilità di scelta per le parti, tra ritardare la conclusione della vendita od invece il trasferimento della proprietà.

Se di ‘svolta’ si vuol comunque parlare, è necessario ben intendere il significato ad essa attribuibile: essa non consisterebbe in niente di diverso dalla semplice presa di coscienza della necessità di adattare il diritto scritto alle esigenze della prassi.

E certo mai la giurisprudenza arriverà a mettere in dubbio l'intangibilità del diritto codificato, a vedere, come invece negli stessi anni aveva fatto in dottrina Boyer ⁽¹⁸⁵⁾, nella norma affermata

⁽¹⁸³⁾ Cfr. Cass. civ. 24. 7. 1946, J. C. P. 1946, II, 3301.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. Cass. civ. 22. 12. 1954, DALLOZ, 1955, 753, con nota di P. Malaurie.

⁽¹⁸⁵⁾ Esprime chiaramente questa tesi l'intero ‘contributo’ di L. Boyer, come risulta dalle considerazioni svolte.

dall'art. 1589 — o che si pretende da esso affermata — niente più che una regola contingente, resa necessaria dalle esigenze dei traffici del periodo post-rivoluzionario e non più adeguata ai tempi. La 'svolta' sarebbe, ben più modestamente, un parziale mutamento d'indirizzo, nel senso di ammettere, senza mai dubitare della validità del principio dell'equiparazione espresso dal codice, la possibilità di deroghe ad esso, sul piano della prassi, giustificate solo dal rispetto della volontà delle parti.

Nonostante le aperture, più o meno esplicite, appena segnalate, verso la 'contrattualità' della promessa di vendita, dottrina e giurisprudenza maggioritarie sono rimaste costantemente ancorate all'interpretazione più accreditata dell'art. 1589.

Partendo da questa norma — lettura quasi unanimemente accolta dell'unica regolamentazione positiva, seppur relativa ad una specifica fattispecie contrattuale della promessa di contratto — si è dedotta una norma valida per tutti i contratti consensuali. Prescindendo totalmente dall'accordo fondamentale, quello sulla formazione del contratto, dottrina e giurisprudenza prevalenti continuano ad affermare che tali contratti sarebbero formati al momento dell'accordo sugli elementi ritenuti essenziali, secondo la disciplina del singolo tipo contrattuale.

Proprio dal ritenere, ancora oggi, l'accordo sugli elementi essenziali non solo necessario, ma anche sufficiente per la perfezione del contratto definitivo, deriva la difficoltà di configurare la promessa sinallagmatica come figura autonoma. Essa, nell'ambito di un consensualismo così radicale, si confonde, infatti, facilmente col contratto definitivo, se si tratta di contratto consensuale, essendo già al momento della promessa presente il consenso su tali elementi.

Tale orientamento permane anche nella dottrina più recente: si legge per esempio in uno dei più noti manuali di diritto civile, ancora negli anni '70, nell'ambito di una più ampia trattazione sull'*avant-contrat*, che la promessa sinallagmatica "n'est donc pas un avant-contrat, elle est le contrat de vente lui-même et en produit les effets, c'est-à-dire que la propriété est transférée à l'acheteur" ⁽¹⁸⁶⁾. Ed in

⁽¹⁸⁶⁾ Ci riferiamo a A. WEILL-F. TERRÉ, *op. cit.*, § 109, p. 115; nello stesso senso, vedi anche, di poco successivo, F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Paris, 1983, p. 87 ss., ove l'autore afferma che solo la promessa unilaterale di vendita è

una recentissima monografia, di taglio essenzialmente pratico, si afferma ancora oggi “Selon le Code civil (art. 1589): la promesse de vente vaut vente. Les effets de la vente sont simplement reportés dans l'intérêt des parties” ⁽¹⁸⁷⁾.

L'identificazione della promessa sinallagmatica con il contratto definitivo, da sempre dedotta dall'art. 1589 del *code civil*, non è messa in dubbio, in modo significativo, come regola generale.

La stipulazione di un'autonoma promessa, o in altri termini, di un contratto preliminare è, d'altra parte, molto frequente nella pratica e trova la sua unica, ma incontestabile legittimazione nel necessario rispetto della volontà delle parti ⁽¹⁸⁸⁾.

Esse possono, infatti, concordare di subordinare la conclusione del contratto, già approvato nei suoi elementi essenziali, ad una successiva formalità, non imposta per legge, ma frutto della loro concorde volontà.

In tal caso, in virtù proprio di quel medesimo principio consensualistico, che ha sempre costituito l'ostacolo più arduo da superare per il riconoscimento, come regola generale, della 'contrattualità' della promessa, quest'ultima può essere autonoma dal contratto definitivo.

autonoma dal contratto definitivo, mentre la promessa sinallagmatica sarebbe una vendita perfetta sotto condizione risolutiva, o si identificherebbe con un 'contratto d'opzione mal qualificato'.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. E. ALLAIN, *La promesse et le compromis de vente*, Paris, 2001, p. 61.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. per esempio, P. MALAURIE - L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, Paris, 1991, n. 130, che a tal riguardo scrivono: “Selon le Code civil, la promesse synallagmatique est une vente. Aux termes de l'article 1589, la promesse de vente vaut vente lorsqu' il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Cepedant, en pratique, les parties recourent souvent à la promesse de vente, parce que la conclusion définitive de la vente n'est pas encore possible, ou que la vente ne doit pas immédiatement produire ses effets”. Si vedano anche A. WEILL-F.TERRÉ, *op. cit.*, § 109, p. 117: “(...) elles peuvent décider que le transfert de propriété ne sera réalisé que lors de la passation d'un nouvelle acte devant notaire. Le contrat de vente est d'ores et déjà valable, mais il ne constitue qu'un contrat incomplet, il ne donne naissance qu'à l'obligation de transférer la propriété, ce transfert ne s'opérant qu'en vertu d'un nouvel accord devant notaire”; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Paris, 1995, n. 341. Ed ancora, E. ALLAIN, *op. cit.*, p. 80: “En principe, la propriété du bien est transférée le jour de la signature du compromis de vente, sauf si les parties prévoient dans la promesse que le transfert aura lieu au moment de la signature de l'acte authentique”.

Tale autonomia naturalmente dipende dalla natura della formalità prevista dalle parti: la promessa viene cioè a costituire un *avant-contrat*, solo quando tale formalità sia stabilita come condizione per la perfezione del contratto; mentre, al contrario, la promessa bilaterale continuerebbe ad identificarsi col definitivo, considerato concluso già al momento della manifestazione del consenso, qualora il requisito di forma sia previsto per finalità diverse, probatorie, per esempio, o pubblicitarie.

Spetterà al giudice, nel caso concreto, la valutazione del fine per cui le parti abbiano concordato di sottoporre il contratto ad una successiva formalità ed in genere, a meno che non risulti chiaramente che essa è prevista per la formazione, verrà considerata come una semplice modalità di esecuzione di un contratto già formato e definitivo ⁽¹⁸⁹⁾.

Questi principi sono ribaditi anche in giurisprudenza. La Corte di Cassazione ha infatti più volte affermato ⁽¹⁹⁰⁾, anche in anni recenti, che, qualora un contratto contenga, oltre all'accordo relativamente agli elementi essenziali, anche la previsione di un successiva

⁽¹⁸⁹⁾ Vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 166-167.

⁽¹⁹⁰⁾ Vedi per esempio Cass. civ., 14 gennaio 1987, in DALLOZ, 1988, p. 80. Nel caso di specie, con scrittura privata, le parti avevano concordato la compravendita di un immobile, aggiungendo all'accordo una clausola che stabiliva che il contratto "ne prendait son effet définitiv qu'après avoir été entériné par un notaire". Dopo la sottoscrizione di tale accordo, la venditrice, ricevuti i primi pagamenti, non aveva reso disponibile l'immobile, sostenendo che l'accordo non era una vendita definitiva, ma un "projet d'intention". La Cassazione ha considerato la vendita come definitiva, ribadendo alcuni importanti principi: che gli elementi essenziali del contratto sono solo quelli come tali ritenuti dalla legge per i diversi tipi contrattuali, mentre tutti gli altri elementi si devono considerare accessori; e conseguentemente, il contratto è già perfetto, indipendente da essi; che la previsione contrattuale di una successiva redazione formale dev'essere intesa come previsione di una modalità di esecuzione del contratto, già definitivo, e dunque come un mero elemento ad esso accessorio salvo prova contraria, consistente nella volontà delle parti di considerare tale formalità come elemento essenziale, necessario alla formazione del contratto; che tale prova consiste nella chiarezza testuale del contratto in tale senso, ovvero nel comportamento delle parti, valutabile dal giudice. Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto la clausola ambigua, ed ha interpretato i pagamenti come principi d'esecuzione delle obbligazioni del compratore e l'accettazione di essi da parte della venditrice come chiara rinuncia a qualsiasi accordo nel senso di ritardare la conclusione del contratto definitivo fino alla redazione dell'atto notarile.

redazione per atto notarile, esso è comunque da ritenersi contratto perfetto, a meno che non risulti chiaramente ⁽¹⁹¹⁾, dalla formulazione di esso, o dal comportamento, anche successivo, delle parti, che tale formalità è da considerarsi necessaria per la formazione del contratto ⁽¹⁹²⁾.

5.2. *Il 'contrat préliminaire' nei recenti interventi del legislatore in materia di immobili in corso di costruzione e di 'location-accession'.*

Da quanto fin qui detto, emerge chiaramente che i tentativi della dottrina, comunque minoritaria, d'introdurre un 'contratto con cui le parti si obbligano reciprocamente alla conclusione di un successivo contratto', come figura generale, in definitiva, non hanno avuto successo ⁽¹⁹³⁾.

E ciò, nonostante il contratto preliminare sia ormai da tempo strumento di frequente utilizzazione nella pratica degli scambi.

A fronte del fallimento dell'introduzione nel sistema francese di un'autonoma figura di *contrat préliminaire*, sono, però, da segnalare due ipotesi isolate, in cui sembra che l'istituto abbia trovato espressione, nell'ambito del complesso settore della vendita immobiliare abitativa, caratterizzato da una serie di interventi legislativi in diverse materie, ma accomunati dall'essere tutti volti alla tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale: il *consommateur immobilier* ⁽¹⁹⁴⁾.

Si parla di *contrat préliminaire*, infatti, riguardo alla legge del

⁽¹⁹¹⁾ Il che si verificherebbe quando esistono delle 'considerazioni funzionali' che giustificano la subordinazione della formazione ed efficacia del contratto al compimento di un atto notarile, successivo alla promessa di vendita. Gli esempi più appropriati, corrispondenti ai casi pratici più frequenti, sono da ricondursi alla necessità di attendere autorizzazioni o concessioni amministrative, finanziamenti, o alla necessità di svolgere ricerche, assumere informazioni, effettuare perizie. È questa l'opinione di U. MORELLO, *op. cit.*, p. 110; si esprime nello stesso senso R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 164 e ss., che però affronta il problema dall'autonomia della promessa bilaterale di contratto rispetto al definitivo, dunque superando il riferimento alla sola compravendita, per una considerazione più ampia e generale.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. J. SCHMIDT, nota a Cass. civ. 14 nov. 1979, in DALLOZ, 1988, p. 81 ss.

⁽¹⁹³⁾ Si vedano a tal proposito le considerazioni svolte *supra*, § 5.1.

⁽¹⁹⁴⁾ Il tema è stato di recente approfondito da A. DONATI, *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, in *Diritto privato*, Padova, 1995, pp. 229-275.

1967 relativa alla compravendita d'immobili in costruzione ⁽¹⁹⁵⁾, ed a quella del 1984 sulla *location-accession* ⁽¹⁹⁶⁾.

5.2.1. *Il 'contrat préliminaire' nella vendita d'immobili in costruzione.*

Il primo significativo intervento normativo nel settore del trasferimento della proprietà immobiliare è sfociato nella legge 3-67, che detta una disciplina specifica della vendita di immobili da costruire o in corso di costruzione ⁽¹⁹⁷⁾, palesando così l'intenzione del legislatore di distinguere tale tipo di vendita da quella di

⁽¹⁹⁵⁾ Il contratto di 'vente d'immeuble à construire' è disciplinato dalla legge n. 67-3 del 3 gennaio 1967, pubblicata sul *JO* del 4 gennaio 1967, completata dalla legge n. 67-547 del 7 luglio 1967 e dal decreto n. 67-1166 del 22 dicembre 1967. Sono intervenute modifiche successive: di particolare importanza è la legge n. 71-579 del 16 luglio 1971, in *JO* del 17 luglio 1971, che ha disciplinato il contratto di *construction de maison individuelle* e il contratto di *promotion immobilière* ed ha regolamentato la *société d'attribution* e la *société civile de vente*. La legge n. 78-12 del 4 gennaio 1978, in *JO* del 5 gennaio 1978, ha disciplinato e chiarito il sistema della responsabilità dei costruttori introducendo l'obbligo di assicurazione; inoltre più recentemente la riforma del 19 dicembre 1990 n. 90-1129, in *JO* del 22 dicembre 1990, ha rivisto tutta la disciplina relativa al contratto di *construction de maison individuelle* (vedi A. DONATI, *op. cit.*, p. 238 e pp. 248-252, dove l'autrice esamina nel dettaglio la complessa normativa).

⁽¹⁹⁶⁾ La legge n. 84-595 del 12 luglio 1984, più volte modificata, (per quanto attiene agli articoli più interessanti ai nostri fini alcune modifiche, non particolarmente rilevanti, sono state introdotte dalla legge n. 94-624 del 21 luglio 1994, in *JO* del 24 luglio 1994, e, più di recente, dalla legge n. 2005-32 del 18 gennaio 2005, in *JO* del 19 gennaio 2005, e dalla *Ordonnance* 2006-346 del 23 marzo 2006, in *JO* del 24 marzo 2006) disciplina appunto la *location-accession*. Con questo contratto un venditore si obbliga a trasferire ad un acquirente la proprietà di un immobile o di parte di esso, a fronte del pagamento frazionato del prezzo di vendita e di un canone fino al giorno di scadenza dell'opzione, come contropartita del diritto dell'acquirente al godimento dell'abitazione ed al trasferimento della proprietà. La dottrina maggioritaria riconosce la bilateralità di questo contratto preliminare (vedi F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 4) e la giurisprudenza si è preoccupata di distinguere queste due figure di contratto preliminare dalle promesse di vendita (vedi Cass. civ., 3 giugno 1987, in *DALLOZ*, 1987, I, p. 146; Cass. civ., 11 giugno 1987, in *DALLOZ*, 1987, I, p. 154).

⁽¹⁹⁷⁾ In realtà con la legge del 1967 sono state introdotte norme generali disciplinanti due nuovi tipi di vendita: la vendita *à terme* e quella *en état de futur achèvement* (artt. 261-2 e 261-3).

immobile già esistente, ritenendo che nel primo caso l'acquirente necessiti di maggiori garanzie e di una tutela più efficace ⁽¹⁹⁸⁾.

È in tale contesto che s'inserisce la previsione di un particolare tipo di contratto: il c.d. *contrat de réservation*, denominato più semplicemente dal legislatore *contrat préliminaire*. Si tratta di un contratto “par lequel, en contropartie d'un dépôt de garantie...le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble” ⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ Nell'ambito della disciplina generale della *vente en état de futur achèvement*, il legislatore del 1967 ha inserito una serie di norme imperative, 'di protezione' concernenti le sole compravendite d'immobili da costruire o in corso di costruzione ad uso abitativo (o misto, abitativo e professionale), poi incorporate nel *code della construction* e dell'*habitation*. Condizione per l'applicabilità di questa normativa protezionistica è, però, non solo che la compravendita riguardi un immobile ad uso abitativo, ma anche che il contratto preveda anticipazioni sul prezzo a carico dell'acquirente (art. 261-10 *code const. hab.*). Si tratta, dunque, di una disciplina volta a tutelare il *consommateur immobilier* che finanzia i lavori di costruzione e, più in generale, ad offrirgli garanzie per il buon esito dell'operazione, e dunque del suo investimento. Senza entrare più nello specifico della disciplina di questo tipo contrattuale (per cui vedi A. DONATI, *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, cit., in particolare pp. 238-252), ciò che rileva ai fini di questo lavoro è evidenziare come la normativa in esame sia interamente finalizzata a tutelare il 'contraente debole', l'acquirente d'immobile ad uso abitativo. Si pensi alle prestazioni ed alle garanzie poste a carico del venditore: oltre agli obblighi impostigli dal *code civil* (come quello di costruire l'immobile entro il termine convenuto nel contratto e di consegnare un bene conforme a quello promesso, nonché quello di garantire i vizi apparenti della costruzione, tutti previsti dall'art. 1642-1 *code civil*), è sottoposto, infatti, alle specifiche disposizioni relative alla compravendita d'immobile ad uso abitativo: in particolare, per la *vente en état de futur achèvement*, il legislatore ha introdotto una garanzia di *achèvement* della costruzione (artt. R. 261-17 *code const. hab.*) e, in alternativa ad essa, una garanzia di *remboursement* in caso di mancato completamento della costruzione (art. R. 261-22 *code const. hab.*). Lo scopo primario della disciplina è quello di assicurare il buon fine dell'operazione di costruzione, eliminando, o comunque riducendo al minimo, il rischio per l'acquirente di perdere quanto nella stessa investito. Perché il contratto possa essere stipulato, è, inoltre, necessario che il costruttore sia arrivato ad un certo stadio di avanzamento dei lavori; nella stessa ottica, poi, è da vedere la previsione di un'assicurazione per il rischio di mancata costruzione dell'immobile (si veda nel dettaglio, A. DONATI, *op. cit.*, pp. 242-245).

⁽¹⁹⁹⁾ Così testualmente l'art. 11 della legge 3-67, citato da A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., p. 290. Vedi anche, a proposito di questa ipotesi di contratto preliminare, ID., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 694; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit. p. 4; C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus, Rivista di scienze giuridiche*, 1986, p. 44.

Sulla nuova fattispecie contrattuale, un primo momento la dottrina ha ampiamente discusso: il problema da risolvere era quello della qualificazione giuridica del *contrat de réservation* ⁽²⁰⁰⁾.

Benché configurato dalla norma come unilaterale, accennando essa unicamente all'obbligazione del futuro venditore, l'orientamento attualmente prevalente è nel senso di riconoscere che anche il promissario possa impegnarsi ad acquistare il bene, già determinato, fissandone anche il prezzo ⁽²⁰¹⁾.

Ciò renderebbe la fattispecie riconducibile ad una promessa bilaterale di vendita, sottratta all'applicazione dell'art. 1589 del *code civil*, e fonte dell'obbligazione di stipulare la vendita definitiva.

Nello stesso senso si è espressa anche la terza sezione della *Cour de Cassation* che ha definito il *contrat de réservation* come un contratto “‘sui generis’ essentiellement synallagmatique, le quel comporte des obligations réciproques...” ⁽²⁰²⁾.

Il contratto preliminare introdotto dalla legge 3-67 s'inserisce, come già accennato, nell'ambito di una ben più ampia normativa con finalità sociali, volta alla tutela degli interessi di una ben individuata categoria contrattuale 'debole', quella degli acquirenti di 'case' in costruzione. Da un lato, permette al venditore di sondare il

⁽²⁰⁰⁾ Qualcuno lo considera una *promesse unilatérale de vente* (vedi E. BAUDIN, *Un contrat préliminaire en forme de promesse de vente d'immeuble à construire*, in *Repertoire du notariat Defrénois*, 1994, p. 977); altri lo qualifica *pacte de préférence* (vedi F. COLLART - DUTILLEIL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, 1988).

⁽²⁰¹⁾ Ph. MALINVAUD-Ph. JESTAZ, *Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire*, in *J. C. P.*, 1976, I, 2790. Si veda anche J. GHESTIN, *op. cit.*, n. 339.

⁽²⁰²⁾ Cass. civ., 27 ottobre 1975, DALLOZ, 1976, p. 97. Sembrano da riportare le considerazioni di A. DONATI, *op. cit.*, p. 258: “Il che è vero” (l'autrice si riferisce alla definizione data dalla Cassazione) “ma sarebbe ben lungi dal soddisfare la sete di qualificazioni e di analisi concettuali che caratterizza a tutt'oggi l'ambiente giuridico italiano. Il fatto che l'introduzione espressa della figura del contratto preliminare abbia suscitato in Francia un dibattito qualificatorio giunto così rapidamente all'epilogo, e soprattutto il dato per cui la dottrina si sia riallineata dietro ad una definizione giurisprudenziale tutto sommato piuttosto scheletrica, è indice di una diversità di clima culturale, che qui si è incidentalmente richiamata, per suggerire la possibilità che si tratti, almeno in parte, di un'altra epifania dello stato (seriamente) regolatore, la cui legislazione non lascia spazio e non invita ad elaborazioni di tipo dogmatico, ma incanala la riflessione giuridica nella trama delle sue norme minuziose e precise e delle sue ben evidenti finalità economico-sociali”.

mercato prima di intraprendere l'operazione immobiliare, dall'altro — e soprattutto — attribuisce all'acquirente un diritto 'di priorità' o 'di prenotazione' nel caso in cui intenda acquistare l'immobile, da esercitare dopo un lasso di tempo sufficiente ad una decisione ben ponderata ⁽²⁰³⁾.

Per quanto riguarda le forme di tutela per l'inadempimento di una delle parti, il legislatore ha escluso il rimedio dell'esecuzione in forma specifica. A fronte dell'inadempimento del venditore, l'acquirente avrà diritto alla restituzione delle somme versate in deposito, oltre al risarcimento dei danni; qualora, invece, il definitivo non venga concluso per fatto dell'acquirente, il promittente venditore potrà trattenerle, salvo che l'acquirente dimostri l'esistenza di un motivo legittimo per il suo inadempimento ⁽²⁰⁴⁾.

5.2.2. Il '*contrat préliminaire*' nella '*location-accession*'.

La seconda ipotesi di *contrat préliminaire* s'inserisce nella legge n. 84-595, con cui il legislatore, in seguito alla persistente crisi economica iniziata nel 1980, ha introdotto un nuovo tipo di contratto: il contratto di *location-accession*.

La disciplina di tale istituto è modellata su quella della legge del '67. La legge del 1984, infatti, ha per destinatari i locatari di immobili adibiti ad uso abitativo (o ad uso misto, abitativo e professionale) ⁽²⁰⁵⁾, già edificati o in corso di costruzione ⁽²⁰⁶⁾. Scopo del legislatore è quello di agevolare nell'acquisto dell'immobile

⁽²⁰³⁾ Il fine di tutela del 'contraente debole' si palesa nella minuziosa disciplina predisposta dal legislatore circa le anticipazioni sul prezzo: i versamenti effettuati dall'aspirante acquirente non possono superare il 5% o il 2% del prezzo di vendita a seconda che la durata del preliminare sia inferiore a uno o a due anni (art. R. 261-28 *code const. hab.*). Il contratto deve inoltre prevedere: l'indicazione approssimativa della superficie dell'immobile, la determinazione del prezzo, il termine di esecuzione dei lavori e la data prevista per la stipulazione del definitivo (art. L. 261-15 e R. 261-25 e-26 *code const. hab.*).

⁽²⁰⁴⁾ Vedi art. R. 261-31 *code const. hab.*

⁽²⁰⁵⁾ Vedi nota n. 198 per l'individuazione delle analoghe categorie di immobili oggetto della legge del 1967.

⁽²⁰⁶⁾ Vedi art. 2 della legge n. 84-595 del 12 luglio 1984.

locato il locatario che intenda acquistarlo, ma che non disponga di un capitale iniziale sufficiente ⁽²⁰⁷⁾.

Si tratta, infatti, di un *leasing* finanziario avente ad oggetto esclusivamente immobili ad uso abitativo ⁽²⁰⁸⁾ e la cui stipulazione può avvenire anche tra privati.

Il contratto prevede ⁽²⁰⁹⁾ che il venditore si obblighi a trasferire la proprietà di un immobile o di parte di esso all'acquirente, che si obbliga a sua volta al pagamento frazionato del prezzo di vendita e di un canone fino al giorno di scadenza dell'opzione, come contropartita del diritto dell'acquirente al godimento dell'abitazione ed al trasferimento della proprietà ⁽²¹⁰⁾.

Circa la natura unilaterale o bilaterale di questo contratto preliminare, la dottrina prevalente ne riconosce la bilateralità ⁽²¹¹⁾,

⁽²⁰⁷⁾ L'intento di tutela del 'contraente debole' si palesa nella prescrizione della forma solenne per la stipulazione del contratto e la trascrizione dello stesso (art. 4) al *bureau des hypothèques*. La trascrizione comporta una *restriction au droit de disposer* (art. 4 secondo comma), cioè rende opponibile il contratto di *location-accession* ai terzi acquirenti l'immobile. Il contratto deve, inoltre, contenere diverse menzioni informative, nonché la fissazione del prezzo, incluse le modalità di pagamento; in particolare devono essere calcolate le quote di pagamento del prezzo da imputarsi al canone, e le garanzie prestate dal venditore (art. 5, in parte modificato dalla legge 2005-32, cit., art. 102). Se il contratto è stipulato prima della conclusione dei lavori di costruzione dell'immobile, il locatore-venditore è tenuto a prestare la stessa *garantie d'achèvement* cui è obbligato il venditore di immobili *à construire* (art. 6).

⁽²⁰⁸⁾ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 44 la definisce "locazione finanziaria immobiliare".

⁽²⁰⁹⁾ Vedi art. 1 della legge 84-595, che definisce la *location accession* nei seguenti termini: "Est qualifié de location-accession et soumis aux dispositions de la présente loi le contrat par lequel un vendeur s'engage envers un accédant à lui transférer, par la manifestation ultérieure de sa volonté exprimée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et après une période de jouissance à titre onéreux, la propriété de tout ou partie d'un immeuble moyennant le paiement fractionné ou différé du prix de vente et le versement d'une redevance jusqu' à la date de levée de l'option.

La redevance est la contrepartie du droit de l'accédant à la jouissance du logement et de son droit personnel au transfert de propriété du bien".

⁽²¹⁰⁾ Come evidenzia A. DONATI, *op. cit.*, p. 254, la *location-accession* è un contratto di locazione particolare, disciplinato in modo diverso dalle locazioni di immobili abitativi. La situazione del locatario è, infatti, a certi fini equiparata a quella del proprietario (vedi ad esempio l'art. 19 relativo al diritto di cessione del contratto di *location-accession*, o l'art. 32 che disciplina i diritti del locatario di immobile in *copropriété*).

⁽²¹¹⁾ Vedi Ph. MALINVAUD-Ph. JESTAZ, *Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble*

basandosi anche sulla mancata soggezione del contratto in oggetto alle formalità di registrazione previste per i preliminari unilaterali (212).

Sulla falsariga della legge del 1967 per l'inadempimento del preliminare nel contratto di vendita d'immobili da costruire o in corso di costruzione, anche la legge del 1984 ha escluso la tutela in forma specifica, ed ha infatti previsto che, qualora per qualsiasi causa non si giunga al trasferimento della proprietà dell'immobile, al locatario venga assicurata la restituzione delle somme anticipate con il canone sul prezzo stabilito per la vendita (213). Se la parte inadempiente è il locatario, il venditore può trattenere una indennità (214) a titolo di risarcimento.

Proprio in considerazione della disciplina dettata dalla legge del 1984, e, prima di questa, dalla legge del 1967, riguardo ai possibili rimedi per l'inadempimento, la *Cour de Cassation* ha distinto queste

à construire, cit. 2790; J. GHESTIN-B. DESCHE, *Traité des contrats. La vente*, cit., p. 155; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 171; Vedi anche F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 4. Si esprime invece per la qualificazione di tale contratto come un “contratto di locazione particolare unito ad una promessa unilaterale ed irrevocabile di vendita” A. DONATI, *op. cit.*, p. 254. Nel senso della particolarità e della difficoltà d'inquadramento di questo contratto pare orientato anche C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 44, che, nel descrivere le differenze tra il contratto di *location-accession* ed il nostro contratto preliminare ad effetti anticipati (*rectius*, secondo l'autore, “ad effetti esecutivi”), scrive: “È bensì vero che il canone previsto (...) è costituito da due elementi: il corrispettivo del godimento della cosa e una frazione di prezzo. Ma a prescindere dalle cautele che la legge stessa prevede a tutela dell'acquirente, rimane, quale elemento di differenza che giustifica l'anticipazione parziale del prezzo, il meccanismo di produzione dell'effetto traslativo. Quest'ultimo non si pone in esito a una stipulazione ulteriore — quale è invece il contratto definitivo — alla quale le parti siano obbligate, ma si realizza con l'esercizio del diritto di opzione che il contratto di locazione-acquisto attribuisce al locatario-acquirente (...)”.

(212) Vedi in particolare J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, II ed., Paris, 1988, p. 265.

(213) Vedi art. 14 della legge n. 84-595. Tale *remboursement* può avvenire mediante fideiussione prestata da un istituto di credito o da una impresa di assicurazione (vedi art. 15 legge n. 84-595) oppure mediante la costituzione di un privilegio immobiliare (vedi art. 16 legge n. 84-595, modificato dalla *Ordonnance* 2006-346, cit., art. 54).

(214) L' indennità non può comunque mai superare il 3% del prezzo stabilito per la vendita (vedi art. 11 legge 84-595, modificato dalla legge 2005-32, cit., art. 102).

due figure di *contrat préliminaire* dalle promesse di vendita ⁽²¹⁵⁾, il cui inadempimento è, al contrario, spesso sanzionato con l'esecuzione in forma specifica ⁽²¹⁶⁾.

È, dunque, nel settore delle compravendite immobiliari che si può forse parlare di *avant-contrat* come corrispondente del contratto preliminare, ed è, quindi, almeno in questo limitato, ma rilevantissimo ambito, che, grazie alle due novità introdotte dal legislatore, l'esperienza francese si avvicina nuovamente a quella italiana.

Il nostro contratto preliminare infatti, come si avrà modo di approfondire, nacque proprio — prima ancora che dalle elaborazioni dottrinali, che anzi dalle concrete esigenze dei traffici trassero origine — nella pratica delle compravendite immobiliari e particolarmente di quelle d'immobili in costruzione.

⁽²¹⁵⁾ Vedi Cass. civ., 3 giugno 1987, cit.; Cass. civ., 11 giugno 1987, cit.

⁽²¹⁶⁾ Di fronte al silenzio del legislatore, è problema complesso quello di dare un fondamento normativo all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di stipulare il definitivo. Talvolta, quando l'obbligo gravante sulle parti sia in realtà solo quello di 'passare' il contratto, cioè di esprimere nuovamente il consenso in forma solenne, solitamente davanti ad un notaio, tale rimedio è dedotto dall' art. 1178 del *code civil*, che disciplina la finzione di averamento della condizione. Talaltra, quando si tratti dell'inadempimento di un accordo che preveda un nuovo atto di volontà dei contraenti, l'ammissibilità di tale rimedio si ricava dall'art. 1142 del *code civil*, relativo all'esecuzione forzata delle obbligazioni di fare (vedi R. SPECIALE, *op. cit.*, pp. 174-175, che evidenzia comunque come la tutela coattiva non sia ammessa pacificamente. Più di recente, nello stesso senso si esprime E. ALLAIN, *op. cit.*, pp. 77-78).

CAPITOLO II

IL 'VORVERTRAG' NELLA DOTTRINA TEDESCA OTTO-NOVECENTESCA: "TODTE SCHULFIGUR ODER LEBENDIGE WIRKLICHKEIT?" (1)

1. L'elaborazione del *Vorvertrag* ad opera della Pandettistica tedesca. — 1.1. *Pactum de contrahendo* o *Vorvertrag*? Il dibattito sul problema del nome. — 1.2. Il concetto di *Vorvertrag* ed il problema della sua ammissibilità. — 1.3. La dottrina del *Vorvertrag* di Degenkolb. — 1.4. Critiche alla concezione degenkolbiana: il problema dell'utilità pratica del *Vorvertrag*. — 1.5. I motivi di 'approccio' della dottrina tedesca al *Vorvertrag*. — 2. Lo sviluppo teorico e pratico più recente: i principali temi del dibattito e la scarsa incidenza del *Vorvertrag* nella prassi. — 2.1. Il dibattito dottrinale. — 2.1.1. Il problema della forma: le soluzioni accolte dalla giurisprudenza e dalla dottrina. — 2.1.2. Il dibattito sul requisito della *Bestimmtheit*: la sovrapposizione tra *Vorvertrag* e *Hauptvertrag*. — 2.2. La scarsa incidenza del *Vorvertrag* nella prassi contrattuale. Motivi. — 2.2.1. L'eccessiva rigidità della *Bestimmtheit*: la mancanza di flessibilità del *Vorvertrag*. — 2.2.2. L'assenza di un fondamento codicistico. — 2.2.3. Il *dinglicher Vertrag*. La scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* nella compravendita immobiliare tedesca.

1. *L'elaborazione del 'Vorvertrag' ad opera della Pandettistica tedesca* (2).

Se nel codice francese del 1804 si legge il principio "La promesse de vente vaut vente lorsqu' il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix" (art. 1589 c.c.), in un codice quasi

(1) È un'espressione di H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, cit., p. 73.

(2) La Pandettistica, sorta nell'ambito della Scuola Storica, si affermò in Germania nell'ultimo trentennio del XIX secolo. L'intento programmatico di tale indirizzo scientifico consisteva nella creazione di un sistema giuridico fondato su categorie concettuali, partendo dalle Pandette giustiniane. Sull'influenza del diritto romano nella cultura giuridica tedesca, vedi F. K. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840; H. DERNBURG, *Pandette*, trad. ital. di Francesco Bernardino Cicala, vol. I, Torino, 1906, p. 2 ss. Si veda anche G. IMPALLOMENI, *Pandettistica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino,

coevo, l'ABGB austriaco ⁽³⁾, troviamo affermata la regola opposta: "Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschliessung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergerstalt verändert worden sind, das dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen" ⁽⁴⁾.

Mentre la norma francese, — o meglio il brocardo che essa riproduce — come già evidenziato, trae le proprie origini dai Postglossatori ⁽⁵⁾ che, pur distinguendo concettualmente promessa di contrarre e contratto definitivo, li equiparavano quanto all'effica-

1957, p. 350 e ss. Un'analisi critica del rapporto tra Giusnaturalismo e Pandettistica si trova in P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di "dottrina generale del diritto"*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, Milano, 1981, p. 323 ss.; si veda anche, dello stesso autore, *Systema iuris, genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, I, Milano, 1984, in particolare p. 152.

⁽³⁾ Sul codice austriaco, si veda G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, Milano, 1855; E. DEZZA, *op. cit.*, pp. 95 ss.

⁽⁴⁾ Oltre a tale disposizione di carattere generale (§ 936), l'ABGB disciplina nello specifico le promesse di deposito, di comodato e di mutuo, rispettivamente ai § 957, 971 e 983. Il § 957 recita: "Wenn jemand fremde Sache in seine Obsorge übernimmt; so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Teil verbindlich; es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag"; il § 971 dispone: "Wenn jemandem eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird; so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemandem eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag"; infine, il § 983 prevede: "Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll; so entsteht ein Darlehensvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage (§ 936), ein Darlehen künftig zu geben, nicht zu verwechseln".

⁽⁵⁾ Ed anzi, la si può ricondurre, secondo G. ASTUTI (*Promesse de vente vaut vente*, cit., p. 247 ss, cit.) addirittura alle norme di una nota costituzione giustiniana (vedi *supra*, parte I, cap. I, § 2.1).

cia ⁽⁶⁾, la regola austriaca è stata sostenuta dai giuristi giusnaturalisti, che ne videro l'origine nel principio della libertà contrattuale, comprendente anche la libertà per le parti di volere concordemente la conclusione di un contratto in futuro, necessario "ut contractus ad maturitatem perveniat" ⁽⁷⁾.

La disputa relativa alla configurabilità dei contratti preliminari continuò a svolgersi durante l'intero arco del XIX secolo e per lungo tempo la dottrina tedesca, che solo poco più tardi sarà la madre del *Vorvertrag*, fu in realtà propensa a seguire la concezione francese.

Molti giuristi, infatti, ritenevano che non potesse esistere un *tertium genus* tra una convenzione incompleta — in altri termini una trattativa precontrattuale — ed il contratto 'perfetto', definitivo.

Tra questi spicca Savigny ⁽⁸⁾, che nell'ambito dell'assai più ampia trattazione sulle obbligazioni, in un paragrafo dedicato al contratto ed agli effetti di esso, evidenzia come da sempre il 'contratto avente per oggetto la conclusione di un altro contratto', il *pactum de contrahendo*, è stato oggetto di dibattito. Per Savigny il *pactum de contrahendo* — che ancora non ha trovato non solo un suo inquadramento a livello ontologico, prima ancora che funzionale, ma che neppure ha trovato un termine in lingua tedesca corrispondente a quello in uso nel diritto romano — nella maggior parte dei casi altro non è che un contratto incompiuto (*ein unfertiger Vertrag*), compreso tra gli atti preparatori del contratto, e, come tale, privo di ogni effetto giuridico. Qualche volta, però, si tratta invece di un contratto perfetto, del quale si ritarda solo l'esecuzione. Tra le due

⁽⁶⁾ Vedi D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, cit., p. 4, che cita come esempio (nota 8), U. ZASIUS, *Responsa* (1539) 201: "Paria sunt, aliquem de praesenti esse obligatum aut promississe quod obligari debeat".

⁽⁷⁾ Così S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, lib. III, Cap. V, § VIII, cit. da D. HENRICH, *op. cit.*, p. 4, nota 10.

⁽⁸⁾ Ma (come evidenzia D. HENRICH, *op. cit.*, p. 5) le opinioni di coloro che negavano l'autonoma configurabilità del contratto preliminare non erano unanimi: vi era, infatti, chi identificava il *Vorvertrag* con l'accordo privo della forma richiesta per il definitivo, traendone la conseguenza che, a seguito di tale accordo, si potesse agire in giudizio per ottenere l'osservanza della forma (così R. MAURENBRECHER, *Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts* (1834), § 320, cit. da D. HENRICH, *op. cit.*, p. 5 nota 12); vi era poi chi riteneva il preliminare un contratto incompleto, il cui inadempimento poteva dar luogo solo al rimedio risarcitorio (così G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1845), § 252, cit. da D. HENRICH, *ibidem*, nota 13).

ipotesi 'tertium non datur': o si tratta di un accordo tra le parti, che niente ha a che vedere con un contratto, e che s'inserisce di pieno diritto nella fase precontrattuale delle trattative, oppure si ha già un contratto, il contratto definitivo, che solo in apparenza è un *pactum de contrahendo*, ma che in realtà è già perfetto, e semplicemente sottoposto ad un termine, alla scadenza del quale se ne posticipa l'esecuzione ⁽⁹⁾.

La situazione mutò verso la fine del secolo. Ed è proprio l'elaborazione dottrinale del *Vorvertrag* dei giuristi tedeschi di fine '800 ⁽¹⁰⁾ che costituisce il secondo modello di riferimento a cui si ispirò la dottrina italiana per la costruzione della figura giuridica che poi avrebbe preso il nome di contratto preliminare.

Scopo dello studio di questo istituto è quello di comprenderne le principali caratteristiche, per dimostrare come esso sia profondamente diverso, per quanto riguarda la genesi, lo sviluppo teorico, il ruolo svolto nella prassi, dal nostro contratto preliminare, che pure si volle introdurre nel nostro ordinamento, come si vedrà in seguito ⁽¹¹⁾, come 'traduzione' del tedesco *Vorvertrag*.

1.1. 'Pactum de contrahendo' o 'Vorvertrag'? Il dibattito sul problema del nome.

Già nel 1854 Thöl, per primo, chiamò con il termine *Vorvertrag* quello che fino ad allora era stato il *pactum de contrahendo*.

Già sul piano terminologico si scatenò in Germania un ampio dibattito, denso di risvolti anche sul piano più strettamente attinente al problema fondamentale dell'essenza e della funzione dell'istituto.

Quella di Thöl è una vera e propria proposta di sostituire alla

⁽⁹⁾ F. K. von SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Romischen Rechts*, Berlino 1853, vol. II, § 77, p. 245.

⁽¹⁰⁾ H. THÖL, *Diritto commerciale*, tradotto da R. Marghieri, Napoli 1883, vol. I, p. 153 e pp. 219-226 (prima edizione, *Das Handelsrecht*, Göttingen, 1847), che per primo adottò il termine *Vorvertrag*; e soprattutto H. DEGENKOLB, *Der Begriff des Vorvertrages*; Id., *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, (*Zur Lehre vom Vorvertrag*), cit.; F. GELLER, *Der Vorvertrag*, Erlangen, 1908; H. GÖPPERT, *Zur Lehre von der pacta de contrahendo* (*Kritische Vierteljahrschrift*, vol. XIV, p. 400), 1872.

⁽¹¹⁾ Vedi infatti *infra*, parte II, cap. I.

denominazione tradizionale la nuova 'Vorvertrag' (12), che letteralmente significa 'precontratto'.

La locuzione *pactum preparatorium* o *de contrahendo* da molti venne giudicata inesatta, dal momento che ricordava l'antica distinzione romanistica fra *pactum* e *contractus*, e dunque era ritenuta possibile generatrice di dubbi sull'essenza del contratto preliminare. Il *pactum* era, infatti, di per sé privo di efficacia giuridica, e conseguentemente tale era anche il *pactum de contrahendo* (13).

Come accennato, la denominazione *Vorvertrag* non è stata accolta pacificamente. Alcuni hanno infatti tentato di designare l'istituto in esame con altri termini, come *Vorabredung* (previo accordo), o *Vertragsverabredung* (accordo di contrattare) (14). Soprattutto, però, alla dizione proposta da Thöl — che, nonostante le critiche e le proposte alternative che ne accompagnarono la nascita e che si stanno esaminando, sarà infine accettata e che tutt'oggi è in uso — si rimproverava di essere inappropriata (*unzutreffend*) in quanto inadatta a designare nettamente l'oggetto specifico e caratteristico di tale tipo contrattuale, la conclusione di un futuro contratto, come invece si riteneva che ben facesse il nome latino *pactum de contrahendo* (15).

Anche senza addentrarsi nel dibattito appena sinteticamente esposto relativo all'introduzione del termine *Vorvertrag*, sembra opportuno quanto meno notare che le difficoltà di trovare un termine adatto ad indicare un contratto che promette un altro contratto s'identificarono significativamente con l'ardua possibilità di comprendere e conseguentemente designare in modo appropriato un istituto che avesse natura contrattuale ed insieme obbligasse, come suo specifico oggetto, alla conclusione di un successivo contratto.

Anche lo studio, dunque, di quella che potrebbe sembrare una mera questione terminologica, conduce in realtà ancora una volta

(12) Vedi H. THÖL, *op. cit.*, terza edizione, 1854, § 62, (richiamata in H. THÖL, *Diritto commerciale*, cit., p. 220, nota 2).

(13) Cfr. H. DEGENKOLB, *op. cit.*, p. 7.

(14) Si tratta di denominazioni proposte da BESELER, *Erbverträge*, parte II, cap. 1, p. 34, secondo quanto riportato da H. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 403.

(15) Vedi H. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 404.

l'attenzione dello studioso sul problema reale che ha accompagnato l'elaborazione teorica e, quindi, ha costituito l'oggetto principale del dibattito dottrinale intorno al *Vorvertrag*: la possibilità di configurare un *tertium* tra il contratto definitivo e le mere trattative precontrattuali, un contratto autonomo, precedente al definitivo, ma comunque contratto, (ben espresso tale carattere peculiare dal termine *Vorvertrag*) e quindi vincolante, il cui oggetto fosse la conclusione del contratto definitivo stesso (secondo carattere peculiare, altrettanto ben reso dalla dizione *pactum de contrahendo*).

1.2. *Il concetto di 'Vorvertrag' ed il problema della sua ammissibilità.*

La principale preoccupazione degli autori che si dedicarono allo studio del *Vorvertrag* fu, dunque, proprio quella di fondarne concettualmente la nozione.

Se la dizione per la prima volta proposta da Thöl è destinata al plauso futuro quanto meno della dottrina maggioritaria, non altrettanto si può affermare in relazione al concetto sostanziale di *Vorvertrag* sviluppato nel suo sistema, che risulta assai poco chiaro.

L'autore afferma, infatti, che una nuova dichiarazione del promittente è sì possibile, ma niente affatto necessaria ⁽¹⁶⁾. E, d'altra parte, tale assenza di chiarezza si ritrova anche a proposito della sentenza emanata a seguito dell'inadempimento del contratto preliminare, che per Thöl avrebbe carattere dichiarativo e retroagirebbe al momento del preliminare ⁽¹⁷⁾.

Già a Thöl, dunque, si deve un primo tentativo di trattazione del *Vorvertrag*. Non si trova, però, nel suo lavoro quell'approfondimento sistematico che si vede in scritti di autori di poco successivi.

Göppert, nel suo studio sul *Vorvertrag*, tentò di fondare da un lato l'ammissibilità di un contratto avente per oggetto un *contrahere*; dall'altro quella di un negozio che abbia un carattere vincolato, e non libero ⁽¹⁸⁾.

La configurabilità del negozio-atto dovuto sarebbe fuor di

⁽¹⁶⁾ Vedi H. THÖL, *op. cit.*, pp. 225-226.

⁽¹⁷⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 226.

⁽¹⁸⁾ Vedi H. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 400.

dubbio, da sempre esistendo esempi di negozi di tal genere, come la vendita forzata degli schiavi maltrattati e lo *Zwangestraung* ⁽¹⁹⁾ (il matrimonio forzato dell'antico diritto germanico).

Circa il *Vorvertrag*, partendo dall'affermazione dell'assoluta libertà di scelta dei privati anche in ordine ai mezzi con cui pervenire alla produzione degli effetti giuridici voluti ⁽²⁰⁾, ne individua la funzione tipica nella possibilità da esso offerta alle parti, allorché vogliono fermare subito un determinato affare per il soddisfacimento di bisogni futuri, di mantenere un'ulteriore possibilità di valutazione e di optare successivamente tra il conseguimento dell'effetto tipico, con la stipulazione del contratto definitivo, e l'abbandono della disciplina proposta, possibile mediante il pagamento di una caparra: "denn es steht uns frei — schlimmsten Falls, wenn wir uns selbst ebenfalls obligirt haben, gegen ein Geldopfer — das Engagement fallen zu lassen, wenn der erwartete Bedarf nicht eintritt oder die alten Bedingungen uns nicht mehr conveniren" ⁽²¹⁾.

Con l'individuazione di tale funzione tipica, Göppert replicava contro quanti ⁽²²⁾, basandosi su una formula antica ⁽²³⁾, negavano risolutamente qualsiasi valore giuridico alla sequenza preliminare-definitivo, in base alle ragioni che sinteticamente si esprimevano nella formula della *causa circuitus vitandi*: chi ha promesso di obbligarsi a dare può essere direttamente convenuto in giudizio per l'adempimento della prestazione di dare, dato che il richiedere l'adempimento dell'obbligazione strumentale intermedia non rappresenterebbe niente più che un inutile giro vizioso.

⁽¹⁹⁾ Vedi H. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 415.

⁽²⁰⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 421.

⁽²¹⁾ Vedi ID., *op. cit.*, n. VII, p. 420 (Il passo è richiamato e tradotto da L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 69, vedi *infra* parte II, cap. I § 1.3.1, nota 96).

⁽²²⁾ Si veda A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II, Erlangen, 1894, p. 283.

⁽²³⁾ Come riporta G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 5, nota 6, tale formula risale addirittura ad Alberto Galeotti, giureconsulto del sec. XIII. L'autore rimanda ad un passo di Giovanni d'Andrea, in *Speculum Guilelmi Durandi*, Francofurti, 1612, *pars tertia et quarta, Additio alla rubrica de obligationibus et solutionibus*, p. 339: "Quaestio de illo qui se obligavit se obligaturum ad dandum mihi decem. Tenet Albertus Galeottus quod sine alia obligatione mihi ad illa tenetur, ut evitetur circuitus".

La prima trattazione sistematica del concetto di *Vorvertrag* fu indubbiamente però quella di Degenkolb, al quale si devono due fondamentali studi — il primo del 1871 — pubblicati poi insieme nel 1887 ⁽²⁴⁾.

Il merito fondamentale della sua dottrina — che fa di essa ancora oggi il punto di riferimento della teoria del contratto preliminare — è stato quello di aver individuato già nella promessa un contratto autonomo e perfetto di per sè, altro, dunque, dallo stadio delle trattative precontrattuali (*Vorverhandlungen*), con cui essa si confondeva secondo la nozione del diritto comune ⁽²⁵⁾.

Il *Vorvertrag* è, dunque, per Degenkolb ben diverso dalle semplici trattative, è già contratto. E, d'altra parte, esso non si identifica con il contratto definitivo (*Hauptvertrag*), ma è contratto autonomo e tipico, il cui oggetto è proprio il futuro *contrahere* ⁽²⁶⁾, che potrà consistere in qualsiasi contratto, sia consensuale che reale ⁽²⁷⁾.

Trattandosi di un vero contratto, tipico ed autonomo dal definitivo, l'origine del *Vorvertrag*, come già accennato, viene identificata con il principio della libertà contrattuale (*Abschlussfreiheit*).

Per l'importanza che rivestono, non si può omettere un'attenta lettura degli studi di Degenkolb, tentando di evidenziarne in modo più approfondito almeno i tratti salienti.

1.3. *La dottrina del 'Vorvertrag' di Degenkolb.*

La dottrina del *Vorvertrag* di Degenkolb si fonda su basi

⁽²⁴⁾ H. DEGENKOLB, *Der Begriff des Vorvertrages e Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, pubblicati insieme con il titolo *Zur Lehre vom Vorvertrag*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Freiburg, 1887, già citati.

⁽²⁵⁾ Scrive infatti DEGENKOLB, nel citato articolo, *Zur Lehre vom Vorvertrag*, (*Neue Beiträge*) p. 51: "Er ist eben im Rechtssin nicht Zwischenfigur zwischen einem Anfang (dem Tractat) und einem Schluss (dem sog. Hauptvertrag) also etwas halb fertiges, sondern ein Vertrag so selbständig und vollendet als jeder andere".

⁽²⁶⁾ Vedi H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 51: "In seinem Object, dem contrahere, liegt das Einzige was dem Vorvertrag von anderen vertragen unterscheidet".

⁽²⁷⁾ Quest'ultimo tema viene poi sviluppato ulteriormente da K. ADLER, *Realvertrag und Vorvertrag* (in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, (XXXI), 1892, (su cui *infra*, in questo medesimo paragrafo).

completamente nuove (28). Ed è proprio quest'aspetto, oltre all'ampiezza e meticolosità del suo lavoro, che lo differenzia da quanti lo avevano preceduto nel trattare del *Vorvertrag*, facendone il padre di esso.

Già nella prime pagine, si legge, infatti, che l'intento dell'autore è quello di sviluppare le conseguenze logiche dal concetto astratto (e fino ad allora, come accennato, assai poco chiaro) di *Vorvertrag* (29).

Ciò che Degenkolb rimprovera alla dottrina del *pactum de contrahendo* del suo tempo, infatti, è di aver trattato di esso analizzandolo non in sé, ma nella contrapposizione con il semplice accordo non vincolante, da un lato, con il contratto definitivo, dall'altro, contrapposizioni semplici da comprendere dal punto di vista concettuale, spiegabili in poche parole. E da ciò deriverebbe sia la quasi unanime concordanza degli autori riguardo alla definizione di contratto preliminare, sia la brevità delle trattazioni su di esso.

Basterebbe, però, spostarsi dall'apparente e superficiale concordanza degli autori sul concetto alle conseguenze logiche di esso, dal *Vorvertrag* 'in abstracto' alle sue varie concrete applicazioni, per scoprire che in realtà, non a parole, ma nei fatti, e forse non sempre consapevolmente, molti autori negano il preliminare (30). Obiettivo dello studio di Degenkolb sarebbe, dunque, quello di colmare l'enorme lacuna comune alla letteratura sul preliminare, rappresentando il concetto di *Vorvertrag* nelle sue conseguenze (31).

Partendo dal presupposto che, in generale, di *pactum* in senso

(28) Vedi D. HENRICH, *op. cit.*, p. 6.

(29) Cfr. H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 6, ove appunto in riferimento alla letteratura 'più recente' sul contratto preliminare, l'autore afferma: "Von dem Wirrsal über 'pacta nuda' ist in ihr nicht mehr die Rede; die scharfe begriffliche Scheidung des 'pactum de contrahendo' von blossen Tractat ist längst zum unbestrittenen Gemeingut geworden. Es bleibt nichts als die Aufgabe, den erkannten Begriff vollständig durchzuführen". L'obiettivo che l'autore si prefigge è ribadito anche successivamente, p. 18 "Das es sich hier, wie gleich am Eingang hervorgehoben wurde, nur um Entwicklung der rein begriffliche Folgesätze aus dem abstracten Begriff des Vorvertrages handelt..." .

(30) Per esempio, il problema del rapporto tra definizione di preliminare ed efficacia di esso, affrontato in modo diverso da vari autori, è risolto in modo diverso nei diversi casi pratici, porrebbe il concetto di preliminare 'per aria' (cfr. H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 5).

(31) Vedi H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 4: "Die nachfolgende Erörterung unternimmt es, den Begriff des Vorvertrages in seinem Folgesätzen darzustellen."

giuridico (= di contratto) si può parlare quando vi sia l'intenzione dichiarata di obbligare il promittente ⁽³²⁾, l'obbligazione nel caso del *Vorvertrag* si rivolgerebbe ad un *contrahere*, o, più precisamente, a contribuire alla conclusione di un contratto ⁽³³⁾. Si sarebbe in presenza di un *Vorvertrag*, cioè, solo quando il contratto venga concluso con intenzione vincolante e tale vincolatività risulti orientata ad un *contrahere* ⁽³⁴⁾. La conclusione del contratto principale risulta essere l'implementazione del preliminare.

La costruzione logica di Degenkolb non fu esente da critiche, ed anzi, i principali rimproveri alla sua dottrina, provenienti da Geller ⁽³⁵⁾ e da Storch ⁽³⁶⁾, si basavano in primo luogo proprio sull'argomento logico.

Riferendosi particolarmente ai contratti preliminari a contratti consensuali, Geller sosteneva che essi potevano avere ad oggetto solo quei contratti la cui fattispecie (*Tatbestand*) o contenuto concettuale (*Begriffsinhalt*) comportavano un'alterazione quantitativa rispetto alla fattispecie preliminare. I preliminari a contratti consensuali, concretandosi in un volere ora di volere in futuro, importavano, invece, una identità tra volontà presente e volontà futura, e pertanto i preliminari s'identificavano con i contratti definitivi, che finivano con l'essere un'inutile iterazione.

Storch affermava, invece, che oggetto dell'obbligazione non

⁽³²⁾ Vedi H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 7.

⁽³³⁾ Cfr. H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., pp. 17-18: "Es bleibt also, den Vertrag rein 'in abstracto' betrachtet, nur übrig, die aus ihm hervorgehende Verpflichtung zu bestimmen als gerichtet auf das dem betreffenden Vertrag entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluß".

⁽³⁴⁾ Cfr. H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge*, cit., p. 53: "Der Vorvertrag (...) besteht nur wenn der Vertrag, also in bindender Absicht geschlossen und wenn die durch ihn zu begründende Verbindlichkeit auf ein 'contrahere' gerichtet ist. Sein Verhältniss zu dem sog. Hauptvertrag erschöpft sich in der Beziehung des Hauptvertragschlusses als der Erfüllungshandlung zu der durch den ersteren (den Vorvertrag) zu begründenden Obligation".

⁽³⁵⁾ Vedi F. GELLER, *Vorvertrag und Punktation*, in *Oesterreichisches Centralblatt*, 1883, p. 144 (cit. da H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge*, cit., p. 68 e da A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, p. 8).

⁽³⁶⁾ Vedi H. STORCH, *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung*, Berlin, 1878, p. 60 (cit. da H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge*, cit., p. 69 e da A. ALABISO, *op. cit.*, p. 9).

poteva essere un fatto spirituale, come la prestazione del consenso, ma un *agere* percettibile e che il rispetto del dogma della volontà imponeva, comunque, l'impossibilità di configurare un negozio (il definitivo) che fosse anche atto dovuto: se il negozio è atto di volontà e la volontà è per sua natura libera, sarebbe del tutto incoerente qualificare come negozio un atto in cui, come necessariamente avviene nell'atto dovuto, la volontà non si determina liberamente.

Secondo la sintesi schematica che ne offre lo stesso Degenkolb⁽³⁷⁾, la critica dell'impossibilità logica mossa alla sua dottrina si articolava nelle seguenti affermazioni: 1) La dichiarazione vincolante di volere qualcosa nel futuro contiene tale volere già come volere attuale; è solo rimandata la sua esecuzione, quindi 2) il contratto preliminare contiene già in sé, per necessità logica, il contratto principale; 3) se il contratto preliminare contiene già in sé il contratto definitivo, allora non può affatto mirare alla conclusione di esso.

A tale critica Degenkolb non mancò di rispondere⁽³⁸⁾, nel secondo articolo, ponendo contro di essa questi assunti: 1) Il consenso vincolante a prestare una dichiarazione di volontà futura non risulta identico a questa; 2) la dichiarazione di obbligarsi ad una futura stipulazione contrattuale non è già tale conclusione; 3) la conclusione di un contratto sopporta la sua ripetizione attraverso un nuovo *contrahere*. E specificando infine che la dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) doveva essere considerata un *agere*⁽³⁹⁾.

Stabilito il fondamento logico del *Vorvertrag*, Degenkolb tenta, per il vero con risultati deludenti, di individuarne la reale funzione pratica⁽⁴⁰⁾. A tal proposito, dunque, l'autore si chiede in quali casi i contraenti stipulino un contratto preliminare anziché subito il definitivo⁽⁴¹⁾.

Prima di rispondere a tale questione, esclude così tre gruppi di

(37) Vedi H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge*, cit., p. 70.

(38) Ma ciò non valse ad evitargli l'appellativo di '*Erfinder des Vorvertrages*', a sottolinearne l'eccessiva astrattezza e la mancanza di ogni riscontro con le reali esigenze della pratica. (L'espressione è di Breit, ed è riportata da H. ROTH, *Der Vorvertrag*, 1928, p. 29).

(39) Vedi H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge*, cit., pp. 71-72.

(40) Vedi ID., *Neue Beiträge*, cit., p. 54.

(41) Vedi ID., *Der Begriff*, cit., p. 30.

contratti, che non possono essere considerati 'preliminari': innanzitutto, i contratti in cui non si parli di contratto futuro, ma solo di modifiche al contratto già concluso, nei quali l'oggetto non sarebbe affatto un *contrahere*, bensì un *facere* di contenuto diverso (ed in tale gruppo sarebbero da ricomprendere il patto di riscatto, nonché quello volto alla futura redazione in forma solenne del contratto già concluso) (42).

Un secondo gruppo da scartare comprende i contratti condizionati: con essi, infatti, si sospende il perfezionamento non del contratto, ma del rapporto giuridico che ad esso seguirà, subordinatamente all'avveramento della condizione sospensiva pendente, e, dunque, il contratto è già 'definitivo' e non necessita di un'ulteriore stipulazione (vi rientrerebbe per esempio l'acquisto in prova) (43).

Al terzo gruppo apparterrebbero, poi, gli accordi a cui segue la conclusione di un contratto, ma non come esecuzione di un'obbligazione scaturente da essi, cioè i c.d. *pacta preparatoria*, nonché i c.d. contratti incompleti, che sarebbero intrinsecamente contraddittori perché giuridicamente inconcepibili come tali (44).

Una volta scartati i casi di 'non preliminare', l'autore passa finalmente a trattare dell'aspetto, fondamentale, dell'utilità pratica del *Vorvertrag*.

Non si può trascurare di evidenziare che lo stesso Degenkolb ammette, già nel primo saggio, che si tratta di una figura un po' artificiosa (45) e si chiede poi, nel secondo: "Ist der Vorvertrag zu Consensualverträgen todt Schulfigur oder lebendige Wirklichkeit?" (46)".

Ancora nelle conclusioni si pone nuovamente il dubbio sulla necessità o meno del *Vorvertrag*, giungendo ad affermare che si potrebbe in effetti dubitare di essa, ma non certo invece dell'esistenza di motivi pratici di utilità a favore dell'istituto, tali da

(42) Vedi H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., pp. 24-25.

(43) Vedi ID., *Der Begriff*, cit., p. 27.

(44) Vedi ID., *Der Begriff*, cit., pp. 27-29.

(45) Vedi ID., *Der Begriff*, cit., pp. 22-24.

(46) Cfr. ID., *Neue Beiträge*, cit., p. 73.

indirizzare ad esso la libera scelta delle parti in ordine ai mezzi per perseguire i loro interessi (47).

Tra questi motivi di utilità, in primo luogo, la possibilità di raggiungere con una formulazione più semplice i medesimi effetti che col definitivo si potrebbero ottenere solo con la stipulazione di apposite clausole, garantendo così maggiormente i contraenti da rischi di incompletezza ed errori (48).

Motivo di adozione del preliminare sarebbe, poi, una maggiore sicurezza del contratto futuro, in quanto le parti, rimettendo ad un tempo più opportuno, *gradu tardiori et praemeditato*, la conclusione del contratto definitivo, diminuiscono la possibilità di frodi e di inganni.

Se lo scopo di sicurezza non può essere considerato criterio di distinzione, trattandosi — se interpretato come assicurazione di un risultato finale — di uno scopo comune a tutti i negozi giuridici, esso sarebbe, però, da intendersi in modo più pregnante riguardo al *Vorvertrag*, che, dunque, ben potrebbe essere inquadrato come un *Sicherungsgeschäft* (49). Il preliminare si porrebbe nei confronti del risultato ultimo (da raggiungere attraverso l'esecuzione del definitivo) in modo mediato, garantendo così la possibilità per le parti di assumere un impegno reciproco, con funzione preparatoria del vincolo definitivo. La 'sicurezza' offerta dal *Vorvertrag* non sarebbe tanto da intendersi quindi come garanzia di poter giungere alla stipulazione del definitivo dopo aver adeguatamente ponderato tutti gli aspetti rilevanti del rapporto contrattuale, ma piuttosto come l'affidamento attuale di una successiva realizzazione contrattuale.

Il riferimento ai motivi di utilità, accompagnati dal dubbio riguardo all'assoluta necessarietà pratica, espresso da Degenkolb stesso, ed infine l'appello alla libertà dei privati lasciano per il vero in sospeso questo aspetto, al quale certo è dedicato poco spazio nella lunga trattazione sul *Vorvertrag*.

La preoccupazione principale del padre del preliminare (e dei giuristi che, come evidenziato, parteciparono al dibattito sul con-

(47) Vedi H. DEGENKOLB, *Neue Beiträge*, cit., p. 88.

(48) Vedi ID., *Neue Beiträge*, cit., p. 88.

(49) Vedi ID., *Neue Beiträge*, cit., p. 92.

cetto di *Vorvertrag*) fu in effetti, ed è questa la caratteristica peculiare della sua costruzione, quella di fondare concettualmente, sul piano della possibilità logica, la nozione di esso, tralasciando l'altro, certo non meno importante problema, della sua utilità pratica.

In seguito alla trattazione di Degenkolb, l'interesse della dottrina cominciò a spostarsi in particolare sui preliminari a contratti reali. Di pochi anni successivo ai lavori degenkolbiani è, infatti, il contributo di Adler⁽⁵⁰⁾.

Riguardo a tali tipi di contratto, questo autore pone in rilievo che la consegna non è una condizione, in quanto non è posta dalla parte, ma prevista dalla legge⁽⁵¹⁾. Essa è, dunque, elemento costitutivo del contratto, che non si perfeziona col solo consenso. E ciò permette di configurare il preliminare anche per tale tipo di contratti.

Nell'ambito di un discorso più generale, Adler si rivolge contro l'opinione⁽⁵²⁾ secondo la quale tutti i requisiti necessari alla validità del contratto definitivo sono condizioni di validità anche del preliminare e sostiene, al contrario, che i requisiti di validità dell'uno sono autonomi da quelli dell'altro⁽⁵³⁾.

Nel classificare i contratti preliminari, questo autore distingue inoltre chiaramente gli unilaterali dai bilaterali. Suddivide poi i primi a seconda che obblighino alla conclusione di un contratto unilaterale o bilaterale, mentre i secondi obbligano necessariamente alla conclusione di un contratto sinallagmatico⁽⁵⁴⁾. I preliminari unilaterali di contratti a prestazioni corrispettive sarebbero sottoposti spesso alla clausola *si volet* (opzione)⁽⁵⁵⁾, a cui sarebbe sempre collegata un'offerta volta alla conclusione del contratto, che si perfezionerà, dunque, con il semplice consenso dell'altra parte.

Adler, quindi, non trova alcuna difficoltà, contrariamente a

⁽⁵⁰⁾ Vedi K. ADLER, *Realvertrag und Vorvertrag* (in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, (XXXI), 1892, pp. 190-279.

⁽⁵¹⁾ Vedi ID., *op. cit.*, pp. 190 ss.

⁽⁵²⁾ Si veda per es. il § 824 del BGB sassone.

⁽⁵³⁾ Vedi K. ADLER, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁽⁵⁴⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 239.

⁽⁵⁵⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 242 e ss.

Degenkolb ⁽⁵⁶⁾, a qualificare come contratto preliminare anche la vendita in prova ⁽⁵⁷⁾.

A parte le peculiarità a cui si è fatto cenno, il suo contributo può essere considerato uno sviluppo, più che una critica, della dottrina degenkolbiana.

1.4. *Critiche alla concezione degenkolbiana: il problema dell'utilità pratica del 'Vorvertrag'.*

Il dibattito intorno all'ammissibilità concettuale ed alla *Praktikabilität* del preliminare si era sviluppato, dunque, già negli anni antecedenti la promulgazione del BGB ⁽⁵⁸⁾.

È significativo l'atteggiamento dei compilatori che, nonostante tali contrasti, non ritennero d'introdurre alcuna norma generale relativa al *Vorvertrag* ⁽⁵⁹⁾: tale silenzio venne giustificato brevemente con l'asserita mancanza di necessità di una disciplina codicistica, dal momento che la possibilità e l'ammissibilità del preliminare, deri-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 27 (vedi *supra*, nota 43)

⁽⁵⁷⁾ Vedi K. ADLER, *op. cit.*, p. 253.

⁽⁵⁸⁾ Si ricorda a tal proposito che i due lavori principali di Degenkolb, ampiamente richiamati, furono pubblicati insieme nel 1887; lo scritto di Göppert è del 1872, quello di Adler del 1892. Gli scritti dei maggiori oppositori della dottrina degenkolbiana, Storch e Geller, sono rispettivamente del 1879 e del 1883. (Il BGB, dopo una lunga gestazione, venne promulgato il 18 agosto 1896, per entrare in vigore il 1° gennaio 1900. Per la nascita, i caratteri, lo spirito del BGB, fortemente ispirato al diritto romano, si rimanda a F. WIEACKER, *op. cit.*, II, parte V, in particolare pp. 177-203).

⁽⁵⁹⁾ In realtà il progetto del BGB del 1861, mai entrato in vigore, modellato sul § 936 dell'ABGB, conteneva le seguenti disposizioni.

Art. 18: "Die Übereinkunft über künftige Abschließung eines Vertrages hat bindende Kraft und begründet Anspruch auf Abschließung und im Weigerungsfalle auf Entschädigung, wenn in derselben die wesentlichen Bestimmungen des abzuschließenden Vertrages nebst der Zeit seines Abschlusses ohne Vorbehalt nachträglicher Einigung über Nebenbestimmungen festgelegt sind.

Die Klage aus einer solchen Übereinkunft verjährt mit dem Ablaufe eines Jahres von dem Endpunkt des Zeitraumes an gerechnet, innerhalb dessen der Vertrag der Übereinkunft gemäß abgeschlossen werden sollte".

Art. 19: "Ist die künftige Abschließung eines Vertrages verabredet, für dessen Eingehung im Gesetz eine besondere Form vorbestimmt ist, und ist diese Form bei dem vorbereitenden Vertrage nicht eingehalten, so kann weder auf förmliche Abschließung noch auf Entschädigung geklagt werden".

vanti dal principio dell'autonomia contrattuale, non potevano dare luogo a dubbi fondati ⁽⁶⁰⁾.

Le dispute continuarono, però, più vive che mai, dopo l'entrata in vigore del codice.

L'accusa mossa da più parti alla dottrina del *Vorvertrag* fu proprio quella di aver trascurato le ragioni che potevano giustificare l'adozione pratica.

Su un piano totalmente diverso, infatti, dalle critiche precedenti, si pone quella dello svizzero Schlossmann, che abbandona l'argomento logico, per contestare l'ammissibilità del *Vorvertrag* non a livello teorico, ma proprio riguardo alla sua utilità pratica ⁽⁶¹⁾.

Questo autore non nega che in astratto il contratto preliminare sia possibile, ma che esso esista in concreto. Innanzitutto, ritiene evidente la mancanza di scopo del preliminare bilaterale, che sarebbe già un definitivo, e come tale dovrebbe essere considerato anche sul piano processuale: l'ordinamento non dovrebbe divenire

⁽⁶⁰⁾ Vedi *Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, I, Berlin und Leipzig, 1888, § 90, p. 178.

⁽⁶¹⁾ Sembra opportuno evidenziare l'importanza delle critiche di Schlossmann, al di là di un mero interesse teorico. L'art. 22 OR, infatti, che disciplina appunto il *Vorvertrag*, è frutto della revisione che interessò tale codice nel 1911. Gran parte del contenuto di tale revisione deriva dal BGB; stupisce dunque che in materia di contratto preliminare i due codici differiscano radicalmente. In effetti, l'introduzione della disciplina del *Vorvertrag* nel codice svizzero è dovuta non solo alla constatazione del notevole utilizzo di esso nella prassi, ed alla conseguente richiesta di una sua legittimazione a livello normativo, ma anche al fatto che esso era in quegli anni oggetto di numerosi contributi teorici aspramente critici. Proprio in tale contesto s'inserisce, tra gli altri, il lavoro di Schlossmann, che dunque si pone in realtà come un campanello d'allarme. In altre parole, le critiche mosse al contratto preliminare cominciano a farsi rilevanti proprio quando maggiormente si sente la necessità di rispondere alle esigenze che si manifestano nella concretezza dei traffici commerciali, di dare veste giuridica alla prassi del *Vorvertrag*. Le critiche ad esso vengono sentite come una minaccia, alla quale si risponde con l'art. 22 OR, che deve, secondo alcuni (Cfr. R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit. p. 6; ID., *Il Vorvertrag nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, parte I, 1986, p. 51, nota 11), e con un'espressione certo incisiva, intendersi come una vera e propria 'norma anti-Schlossmann'.

Il codice delle obbligazioni svizzero prevede inoltre espressamente i 'contratti preliminari di vendita' (art. 216 co. 2 OR).

servo degli stravaganti desideri delle parti ⁽⁶²⁾, e non dovrebbe dunque offrire ad esse la possibilità di un doppio processo, quando la causa possa essere decisa con un unico giudizio.

Inoltre, non ci sarebbe un reale interesse delle parti a stipulare un contratto preliminare, perché esisterebbe una strada sicura, capace di condurre alla realizzazione dello stesso fine, cioè l'offerta contrattuale vincolante, che potrebbe essere inserita anche nell'ambito di contratti sinallagmatici, come nei casi di vendita in prova e di vendita con patto di riscatto ⁽⁶³⁾.

La critica nei confronti della dottrina di Degenkolb è aspra: in nessuno dei casi da quest'ultimo citati, Schlossmann scorge un contratto preliminare, cioè un contratto che dà diritto alla conclusione di un futuro contratto. Gli esempi addotti da Degenkolb sarebbero invece di contratti definitivi. Dunque, il *Vorvertrag* si rivelerebbe un *inhaltlosen Begriff* (un concetto senza contenuto) da una parte ed un *uferlosen Begriff* (un concetto senza fine) dall'altra, in quanto esso potrebbe estendersi anche ai negozi giuridici familiari, ai contratti liberatori ed a quelli reali ⁽⁶⁴⁾.

Nella parte principale del suo lavoro, anche Schlossmann — come pochi anni prima aveva fatto Adler, ma giungendo a risultati assai diversi da quest'ultimo — si occupa proprio dei preliminari a contratti reali. Ed arriva alla conclusione che i contratti con cui qualcuno presta consenso alla concessione di un mutuo, alla consegna di un oggetto in pegno, o alla custodia di un oggetto non sono da considerare come preliminari a tali contratti. I contratti reali, infatti, non sarebbero (già nel diritto romano) una particolare categoria di contratti, ma fattispecie complesse composte da un contratto consensuale e della consegna della cosa. Quello che generalmente viene indicato, dunque, come preliminare ad un contratto reale sarebbe, invece, il contratto consensuale, che verrebbe alla luce

⁽⁶²⁾ S. SCHLOSSMANN, *Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte* in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 45, Jena, 1903, pp. 1-96, in particolare, pp. 6 e ss.

⁽⁶³⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 8 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 16.

in certi casi (c.d. preliminare di mutuo, di pegno) senza il corrispondente momento reale.

La domanda se i preliminari a contratti reali siano vincolanti verrebbe meno insieme alla domanda se i contratti di mutuo, comodato, pegno siano contratti consensuali. La risposta a tale domanda sarebbe negativa nel diritto romano. Nel diritto moderno, la mancanza di vincolatività del consenso sarebbe la conseguenza del fatto che nel mutuo gratuito, nel comodato e nel deposito gratuito, la loro stessa natura, così come già in diritto romano, si pone contro la loro azionabilità in giudizio, mentre niente si frapporrebbe a riconoscere come azionabile il consenso prestato per un mutuo oneroso, un deposito oneroso, o l'assunzione di un pegno. Bisognerebbe dunque, secondo l'autore, negare le pretese basate sui primi tipi di contratti ed invece accogliere quelle basate sui secondi ⁽⁶⁵⁾.

La trattazione di Schlossmann indusse Stintzing ⁽⁶⁶⁾ alla pubblicazione del suo scritto sulle obbligazioni preliminari ⁽⁶⁷⁾ (*Vorverpflichtung*). La dottrina del preliminare è, secondo l'interpretazione di Stintzing, strettamente connessa con il dogma della vincolatività di ogni manifestazione di volontà volta ad obbligarsi, con la convinzione, in altri termini, che la volontà possa creare diritti e, in genere, rapporti giuridici. Tale dogma però, estraneo al diritto romano, sarebbe nato solo molto tempo dopo la Recezione, sotto l'influsso del diritto canonico e soprattutto del diritto naturale. Ed il BGB conoscerebbe il 'dogma della volontà' poco quanto il diritto romano. L'autore si rifà, dunque, proprio all'assenza nelle fonti romanistiche di un *pactum de contrahendo* autonomo, assestante: l'obbligo di concludere un contratto, infatti, potrebbe essere creato solo tramite una stipulazione formale. Ed al di là di questo caso, tale obbligo verrebbe riconosciuto solo nell'ambito di un rapporto giuridico più ampio. Ma, proprio perché l'obbligazione di concludere un contratto non è autonoma, bensì parte di un rapporto giuridico obbligatorio sottostante, il c.d. *Vorvertrag* non sarebbe affatto un con-

⁽⁶⁵⁾ Vedi S. SCHLOSSMANN, *op. cit.*, p. 89 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Vedi D. HENRICH, *op. cit.*, p. 10.

⁽⁶⁷⁾ Vedi W. STINTZING, *Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse*, Jena, 1903.

tratto *sui generis* e la dottrina del *Vorvertrag* non rientrerebbe nella dottrina del contratto, bensì in quella degli oggetti di prestazioni obbligatorie ⁽⁶⁸⁾.

Il c.d. contratto preliminare bilaterale, cioè il contratto nel quale entrambe le parti si obbligano a concludere un contratto dello stesso contenuto del preliminare, viene escluso risolutamente da Stintzing: qui si sarebbe già in presenza di un vero e proprio contratto definitivo ⁽⁶⁹⁾. Come vincolo preliminare Stintzing intende solo, dunque, l'obbligazione assunta da una parte di concludere un contratto a richiesta dell'avente diritto. Ci sarebbe, quindi, inizialmente, l'obbligo ad essere disponibile all'adempimento, che poi, dietro richiesta dell'avente diritto, si trasformerebbe in un obbligo di adempimento ⁽⁷⁰⁾. Tale disponibilità all'adempimento sorgerebbe, secondo Stintzing, come prestazione autonoma, e, dunque, non sorgerebbe da un rapporto obbligatorio soggetto a condizione sospensiva. La qualificazione del *Vorvertrag* come un contratto condizionato viene esclusa ⁽⁷¹⁾. Il vincolo preliminare contiene in sé l'obbligo di adempimento finale: fin quando l'obbligato non avrà eseguito il definitivo, non ha, quindi, adempiuto neppure il contratto preliminare. In seguito alla semplice conclusione del definitivo, quindi, il preliminare non è ancora adempiuto ⁽⁷²⁾. Poiché, però, il vincolo preliminare contiene l'obbligazione di adempimento del definitivo, la specifica stipulazione di quest'ultimo è sì possibile, ma non necessaria. La volontà determinante è già stata dichiarata dall'obbligato, con l'assunzione dell'obbligazione preliminare: "Io mi obbligo a volermi obbligare, se tu lo richiedi" significa: "io sono obbligato ad adempiere, quando tu lo richiederai" ⁽⁷³⁾. La condanna ad una dichiarazione di volontà è perciò, secondo l'opinione di Stintzing, del tutto superflua, e comunque porterebbe ad una inutile dilazione dei tempi della giustizia e renderebbe estremamente difficile la realizzazione dell'interesse sostanziale dell'avente diritto.

⁽⁶⁸⁾ Vedi W. STINTZING, *op. cit.*, p. 2 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 11.

⁽⁷⁰⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 29 e ss.

⁽⁷¹⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 26 e ss.

⁽⁷²⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 30.

⁽⁷³⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 32.

L'obbligato può perciò essere citato in giudizio per l'adempimento effettivo del definitivo (74). Conseguenza di tali affermazioni è la necessità che il preliminare sia stipulato con la forma prescritta per il definitivo (75).

Osservazioni di ordine dogmatico vengono fatte qualche anno dopo dallo svizzero Roth (76), che rimprovera a Degenkolb di aver costruito il contratto preliminare come un contratto tipico (77), escludendo la possibilità di contratti preliminari a contratti liberatori (78), e, soprattutto, di aver tradito la vera natura del *Vorvertrag*, portandolo via dal suo *habitat*, che viene scorto nelle trattative precontrattuali (79). Il contratto preliminare è per Roth un *Gattungsbegriff*, un concetto di genere (80).

1.5. *I motivi di 'approccio' della dottrina tedesca al 'Vorvertrag'.*

Senza entrare nel merito della validità scientifica o meno delle critiche mosse alla dottrina del *Vorvertrag*, che rimasero per lo più senza seguito, non si può non riconoscere a Degenkolb di aver posto comunque le basi per una vera teoria del *Vorvertrag*, di aver dato inizio ad una costruzione da cui hanno preso le mosse, seppur talvolta confutandola, i giuristi successivi.

Semmai, proprio alla luce dei contributi degli avversari del *Vorvertrag*, sorge l'interrogativo del perché Degenkolb abbia sentito il bisogno di fondare concettualmente l'autonomia di un istituto privo di reale utilità pratica.

Il rimprovero unanime proveniente da questi autori, infatti, non stupisce: come già accennato, Degenkolb, completamente assorbito dal problema della possibilità logica del *Vorvertrag*, non dice pressoché nulla sulla *Praktikabilität* e, soprattutto, non fa alcun esempio concreto di preliminare, dal che si deduce che non abbia in mente

(74) Vedi W. STINTZING, *op. cit.*, p. 36 e ss.

(75) Vedi ID., *op. cit.*, p. 45 e ss.

(76) Vedi H. ROTH, *Der Vorvertrag*, Bern, 1928.

(77) Vedi ID., *op. cit.*, p. 33.

(78) Vedi ID., *op. cit.*, p. 32.

(79) Vedi ID., *op. cit.*, p. 88.

(80) Vedi ID., *op. cit.*, p. 33.

alcun settore specifico a cui collegare la figura, o a cui 'funzionalizzarla' ⁽⁸¹⁾.

E — preoccupandosi della coerenza del suo *Vorvertrag*, indirizzato idealmente al legislatore come possibile modello in vista della preparazione del BGB — avverte che il punto debole della sua costruzione è proprio in questo aspetto, sul quale torna più volte, tentando di trovare argomenti e giustificazioni ⁽⁸²⁾.

Abbandonando per un attimo la più astratta teoria, si pone dunque legittimamente la questione di quali siano state le ragioni che indussero Degenkolb e, più in generale, la dottrina tedesca, allo studio del preliminare, nonché di quale sia il significato del richiamo alla 'volontà dei privati' come fondamento concettuale di esso.

Si tratta di ragioni ben diverse da quelle che, come si vedrà, indussero Coviello ad elaborare la figura del contratto preliminare, da collegarsi con l'esigenza di rendere la promessa di vendita autonoma dalla vendita definitiva, e soprattutto col chiaro intento di offrire un utile strumento contrattuale ad una precisa categoria di imprenditori.

L'identificazione dell'origine del *Vorvertrag* con la libertà contrattuale, facendone una *species* del ben più ampio *genus* del negozio giuridico, lo rendeva partecipe delle principali caratteristiche di questa categoria concettuale: l'astrattezza e la generalità. Ciò lo rendeva una creazione tendenzialmente dogmatica, appartenente più al mondo dei concetti, che a quello concreto degli affari.

Il richiamo alla volontà dei privati ha però, riguardo al *Vorvertrag*, un significato che appare peculiare allo studioso del preliminare in Italia: non si tratta, in effetti, di un modo per fondare una limitazione od un'attenuazione di un impegno tra le parti, ma al contrario per 'rafforzare' tale impegno in una fase anteriore al costituirsi del vincolo contrattuale.

Il *Vorvertrag* sembrerebbe, dunque, un'elaborazione concet-

⁽⁸¹⁾ Ciò ben diversamente da Coviello e dagli altri giuristi italiani ai quali si deve l'introduzione nel nostro ordinamento del contratto preliminare, che ebbero di mira uno specifico settore del mercato, quello, come si vedrà (vedi *infra*, parte II, cap. I, § 1.3.1) dell'edilizia immobiliare.

⁽⁸²⁾ Vedi le considerazioni svolte *supra*, § 1.3.

tuale creata per rendersi funzionale all'esigenza di rafforzare l'affidamento delle parti e di rendere, quindi, più sicure le contrattazioni. È proprio questo il senso della definizione degenkolbiana del preliminare come *Sicherungsgeschäft* ⁽⁸³⁾.

D'altra parte, e sotto un diverso profilo — nell'ambito di un contesto ben più ampio in cui il *Vorvertrag* occupa certo un ruolo marginale — la 'libertà del volere' era, nella Germania di fine '800, la libertà della nuova borghesia, era, cioè, espressione dell'emergere di forze nuove nell'ambito della società civile. Il riconoscimento e la valorizzazione della 'libertà del volere' dei privati si traduceva, sul piano della 'libertà giuridica', nella capacità e nella possibilità per la dottrina di creare nuovi tipi contrattuali. Tra questi, può annoverarsi senza dubbio anche il *Vorvertrag*, nonostante la sua astrattezza e la sua scarsa rilevanza nella pratica ⁽⁸⁴⁾.

2. *Lo sviluppo teorico e pratico più recente: i principali temi del dibattito e la scarsa incidenza del 'Vorvertrag' nella prassi* ⁽⁸⁵⁾.

2.1. *Il dibattito dottrinale.*

In un primo tempo, l'attenzione della dottrina si concentrò, dunque, sul problema dell'ammissibilità del *Vorvertrag*: i sostenitori dell'ammissibilità tentarono, come già visto, di giustificarlo sul piano teorico, in base a considerazioni di carattere logico, ma completamente avulse dalle reali esigenze pratiche ⁽⁸⁶⁾; coloro che invece la criticarono, si basarono soprattutto, pur non trascurando di negarne

⁽⁸³⁾ Vedi *supra*, § 1.3.

⁽⁸⁴⁾ Vedi in tal senso G. COTTURRI, *op. cit.*, p. 298-302.

⁽⁸⁵⁾ Importanti strumenti per lo studio del *Vorvertrag* nella dottrina, nella giurisprudenza e nella prassi tedesca attuale sono tutt'oggi i due contributi di R. SPECIALE, già citati, *Il Vorvertrag nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, parte I, 1986, pp. 45-90, e *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990.

⁽⁸⁶⁾ Vedi H. THÖL, *op. cit.*, H. GÖPPER, *op. cit.*; H. DEGENKOLB, *op. cit.*, K. ADLER, *op. cit.*

la stessa logicità, sulla scarsa possibilità di applicazione di esso nell'ambito dell'ordinamento tedesco (ma anche svizzero ed austriaco) (87).

Si arrivò, comunque, a riconoscere in via generale (88) l'ammissibilità del *Vorvertrag*, nella sua duplice funzione, probatoria e di sicurezza, come figura residuale in tutte quelle ipotesi in cui potrebbe verificarsi un ostacolo alla conclusione immediata di un contratto definitivo (89).

La soluzione del problema riguardante l'ammissibilità, da un lato, portò la dottrina a sforzarsi di individuare gli elementi di differenziazione del *Vorvertrag* da figure che presentano elementi di

(87) Si veda S. SCHLOSSMANN, *op. cit.*; W. STINTZING, *op. cit.*

(88) Ma non senza eccezioni, in modo particolare nella dottrina svizzera. Ancora nel 1956, T. GUHL, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, 1956, V ediz., p. 94, definiva il *Vorvertrag* come un concetto pieno di contraddizioni, poiché riconoscere ad esso efficacia vincolante renderebbe l'*Hauptvertrag* un non contratto, mentre, al contrario, affermare che il *Vorvertrag* non obbliga ancora significherebbe negare a quest'ultimo la natura contrattuale. Più di recente vedi A.VON TUHR-H. PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich, 1979, che ritengono giustificata l'adozione del *Vorvertrag* unicamente in pochi casi tipici, tra cui quello di una vendita di immobile, del quale non sia ancora possibile un'esatta individuazione al momento dell'accordo (la descrizione minuziosa dell'oggetto è infatti indispensabile per la registrazione nel *Grundbuch*). Secondo questi autori la persistenza del *Vorvertrag* nella prassi contrattuale elvetica sarebbe da ricondurre alla concezione, diffusa tra i notai, dei contratti da loro rogati come idonei a trasferire la proprietà col solo accordo, su modello francese.

(89) Vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 146; ID., *Il Vorvertrag*, cit., pp. 59-60, dove l'autore esamina i casi tipici in cui le parti sono portate a ricorrere al *Vorvertrag*: "La prima situazione tipica prevista è quella in cui il contenuto dell'accordo non possa ancora determinarsi sufficientemente, in quanto dipendente da un successivo sviluppo degli avvenimenti: come esempio di scuola viene riportato quello di alcune imprese che vogliono costituire una società per poter dar corso in comune ad una commissione attesa, ma non ancora definita nella sua ampiezza.

Altra circostanza che potrebbe indurre alla conclusione di un *Vorvertrag* è quella conseguente a una impossibilità ad adempiere immediatamente nella forma determinata legislativamente, unicamente per motivi tecnici. Infine va segnalata l'ipotesi introdotta da Jhering, e spesso trascurata nella dottrina tedesca, riguardante la stipulazione di un 'Vorvertrag' tutte le volte in cui la conclusione di un contratto definitivo sia dipendente da una autorizzazione amministrativa, ancora da ottenere".

analogia con esso ⁽⁹⁰⁾, nonché dall'*Hauptvertrag* ⁽⁹¹⁾, dall'altro, introdusse nuovi argomenti di dibattito.

A tal proposito, diversamente da quanto avvenne in Italia, dove, come vedremo, dopo l'introduzione del contratto preliminare nel codice del 1942, costituirono motivo d'interesse e di dibattito principalmente la natura giuridica del contratto definitivo (ancor più di quella del contratto preliminare) e l'inserimento nel codice dell'art. 2932, nel diritto tedesco hanno avuto un'importanza fondamentale le questioni sulla forma e sulla *Bestimmtheit* del *Vorvertrag*.

Si tratta di due temi strettamente connessi tra loro, di notevole rilevanza, non solo sul piano teorico, ma anche, e soprattutto, su quello pratico. Proprio l'interesse dottrinale per questi temi, infatti, e soprattutto l'interpretazione estremamente rigida del requisito della *Bestimmtheit* è una delle cause principali del progressivo abbandono del *Vorvertrag* nella realtà dei traffici.

2.1.1. *Il problema della forma: le soluzioni accolte dalla giurisprudenza e dalla dottrina.*

Il problema della forma del *Vorvertrag* ha accentrato per lungo tempo l'interesse della dottrina e della giurisprudenza tedesche, che

⁽⁹⁰⁾ La dottrina si è, infatti, impegnata a distinguere il *Vorvertrag* da istituti ad esso apparentemente o realmente vicini: gli *Abreden später Beurkundung* (accordi da documentare in seguito); i *Grundverträge* o *Rahmenverträge* (i nostri contratti normativi o programmatici); gli *Optionenverträge* (contratti di opzione) e le c.d. *Punktationen*. Si tratta di figure pressappoco corrispondenti a quelle presenti nel nostro ordinamento e sulle quali non sembra dunque opportuno soffermarsi in questa sede. Qualche considerazione meritano però le *Punktationen* come configurate dalla dottrina austriaca, che presentano caratteristiche peculiari, profondamente diverse da quelle tedesche e svizzere. Infatti, la *Punktation*, ricompresa nella definizione del § 936 ABGB, è già un contratto definitivo, privo solo della forma necessaria. La portata della presunzione creata dal § 884 ABGB circa la mancanza di vincolo per le parti prima dell'adozione della forma richiesta dalla legge, è, infatti, limitata dal § 885, che stabilisce che l'accordo avente ad oggetto i punti principali (puntuazione), sottoscritto dalle parti, è già vincolante (salvo l'obbligo per esse di adottare la forma necessaria). Ricorrendo alla *Punktation*, nel diritto austriaco, le parti vogliono, dunque, che gli elementi che ritengono importanti siano subito vincolanti. (Vedi *amplius* R. SPECIALE, *Il Vorvertrag*, cit., pp. 55-57⁽⁹¹⁾) In giurisprudenza si è affermata una regola generale interpretativa di presunzione a favore dell'esistenza di un contratto definitivo, mentre si considera la conclusione di un preliminare come eccezionale. (Vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., p. 150).

si sono trovate a dover fare i conti con l'assenza di qualsiasi disposizione codicistica relativa a tale istituto che, come il nostro articolo 1351 c.c., provvedesse anche a stabilire i requisiti formali di esso.

La giurisprudenza si è mostrata estremamente rigida e compatta nelle diverse soluzioni susseguitesesi nel tempo.

Inizialmente essa si schierò in modo netto a favore dell'identità della forma del preliminare con quella dell'*Hauptvertrag* ⁽⁹²⁾. Successivamente, si affermò un diverso orientamento, secondo cui a tale principio di corrispondenza della forma del *Vorvertrag* a quella del definitivo sarebbero possibili eccezioni determinate dal contenuto del contratto e dallo scopo per cui può essere prevista la forma scritta ⁽⁹³⁾.

La dottrina è stata, invece, da subito meno uniforme e certo meno inquadrabile in fasi temporali ben definite.

Fra due opinioni, in netto contrasto tra loro — volte l'una a ritenere che, data l'indipendenza del preliminare dal definitivo, sarebbe assurdo richiedere l'identità di forma ⁽⁹⁴⁾, l'altra invece a ritenerla necessaria ⁽⁹⁵⁾ — se ne pose presto una terza, divenuta rapidamente maggioritaria, in base alla quale chiave di volta della questione sarebbe lo scopo perseguito dalla prescrizione della forma scritta nei singoli casi ⁽⁹⁶⁾.

La dottrina arrivò dunque ad individuare i diversi scopi alla realizzazione dei quali poteva essere finalizzata la forma scritta (tra questi, la protezione delle parti da una manifestazione della volontà troppo poco, e dunque mal, ponderata; la limitazione dei possibili mutamenti delle decisioni prese; la prova del contratto; la protezione

⁽⁹²⁾ Si veda *Reichsgericht* (RG), 8 aprile 1899, in *Entscheidungen des Reichsgerichts*, 43, p. 136; RG, 21 dicembre 1901, *ibidem*, 50, p. 47.

⁽⁹³⁾ Vedi RG, 20 novembre 1914, in *Entscheidungen des Reichsgerichts*, 86, p. 30.

⁽⁹⁴⁾ Si veda J. STAUDINGER - H. RIEZLER, *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1936, § 145, p. 21

⁽⁹⁵⁾ Vedi G. PLANCK-E. STROHAL, *Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz*, Berlin-Leipzig, IV ediz., 1923, § 125, p. 5.

⁽⁹⁶⁾ Vedi A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, III ediz., Berlin-Frankfurt, 1964, pp. 84 e ss.

del terzo estraneo ad esso ⁽⁹⁷⁾) e ad affermare la necessità di essa per il preliminare, qualora prevista per il definitivo, solo quando sia funzionale alla tutela dei contraenti dal pericolo di scelte avventate ⁽⁹⁸⁾.

2.1.2. *Il dibattito sul requisito della 'Bestimmtheit': la sovrapposizione tra 'Vorvertrag' e 'Hauptvertrag'.*

Strettamente connesso col problema della forma del *Vorvertrag* è quello della determinatezza (*Bestimmtheit*) (*rectius*: del grado di determinatezza) del contenuto di esso, da sempre vero nodo centrale del dibattito.

In un primo momento, la dottrina prevalente fu propensa ad individuare il grado di determinatezza necessario alla configurabilità del *Vorvertrag* nella previsione da parte dei contraenti, non solo degli elementi necessari del contratto, ma anche di tutti gli elementi accessori ⁽⁹⁹⁾: ciò significava che il *Vorvertrag* doveva avere contenuto identico dell'*Hauptvertrag*, venendo così a sovrapporsi del tutto ad esso.

⁽⁹⁷⁾ Si veda D. METZDORF, *Die Grundfragen des Vorvertrages nach deutschem und österreichischem Recht*, Breslau, 1939, p. 58 e ss.

⁽⁹⁸⁾ È stata così individuata una serie di preliminari relativi a negozi giuridici necessitanti come i definitivi della forma scritta: il preliminare di donazione (*Schenkung*), tra l'altro — differentemente da quanto avviene nel nostro ordinamento, dove la configurabilità di esso ha da sempre destato molte perplessità, in quanto ritenuta un attentato alla spontaneità ed alla liberalità tipiche di tale contratto — prevista legislativamente; il preliminare di fideiussione (*Bürgschaft*); quello di trasferimento d'immobili (*Grundstücksveräußerung*); quello di costituzione di società a responsabilità limitata e per azioni (vedi R. SPECIALE, *Il Vorvertrag*, cit., pp. 61-63). D. HENRICH, *op. cit.*, p. 153, ritiene che la forma scritta non sia necessaria per il preliminare di locazione (*Mietvertrag*), né per quello di concessione (*Lizenzvertrag*). Il *Vorvertrag* privo di forma scritta, quando essa sia necessaria, è nullo. Alcune previsioni normative prevedono la possibilità di una sanatoria, (consistente nell'adozione della forma scritta nel successivo contratto definitivo), che per lungo tempo è stata considerata applicabile solo ai casi per i quali era espressamente prevista (vedi D. HENRICH, *op. cit.*, p. 169), ma che attualmente, soprattutto sulla scia di alcune pronunce giurisprudenziali, (vedi Bundergerichtshof (BGH), 18 dicembre 1981, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 759), viene ritenuta principio generale.

⁽⁹⁹⁾ Si veda E. BRODMANN, *Aktienrecht Kommentar*, § 182 HGB Anm. 6b, Berlin-Leipzig, 1928.

Successivamente, dottrina e giurisprudenza maggioritarie si orientarono diversamente, affermando la necessità per il *Vorvertrag* di una misura minima di completezza⁽¹⁰⁰⁾, da identificarsi con quel grado di determinatezza dell'oggetto sufficiente a permettere al giudice, in caso di controversia, di poter determinare il contenuto dell'*Hauptvertrag*, applicando i principi generali in materia di interpretazione contrattuale⁽¹⁰¹⁾. In realtà, però, il significato di tale misura minima di completezza venne presto specificato ulteriormente, finendo con l'identificarsi con la misura di determinatezza necessaria per la validità del contratto in generale⁽¹⁰²⁾. Conseguenza di ciò fu nuovamente il completo appiattimento del *Vorvertrag* sull'*Hauptvertrag*⁽¹⁰³⁾.

Si è giunti, infine, basandosi sulla peculiare disciplina dettata per la forma del preliminare di società⁽¹⁰⁴⁾ — e, comunque, in modo non unanime⁽¹⁰⁵⁾ — ad un progressivo, ma insufficiente allentamento della rigidità del principio della *Bestimmtheit*.

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 156; ID., *Il Vorvertrag*, cit., p. 69.

⁽¹⁰¹⁾ Si veda in tal senso R.G., 22 ottobre 1937, in *Entscheidungen der Reichsgerichts in Zivilsachen*, 156, p. 129, ove si stabilisce che il preliminare di un atto costitutivo di società per azioni non deve contenere tutte le determinazioni, anche secondarie, richieste dalla legge per quest'ultimo: è sufficiente che i punti lacunosi possano essere integrati dal giudice sulla base della presumibile volontà delle parti; vedi anche R.G., 13 dicembre 1935, *ibidem*, 149, p. 385 (al contratto preliminare relativo alla futura assunzione di una quota sociale da parte di un terzo non occorre la precisazione di tutti gli elementi contenutistici richiesta per l'assunzione stessa). Si era già espressa precedentemente negli stessi termini anche R.G., 8 maggio 1907, *ibidem*, 66, p. 116 (relativamente al preliminare di atto costitutivo d'una società a responsabilità limitata).

⁽¹⁰²⁾ Vedi F. ENDMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, VIII ediz., Berlin, 1903, p. 619.

⁽¹⁰³⁾ K. LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München-Berlin, 1956, § 6, p. 61), ritiene da una parte che non si può ammettere che il giudice si sostituisca all'autonomia dei privati; dall'altra che, se la volontà dei contraenti deve già manifestarsi in modo compiuto nel preliminare, il definitivo è privo di funzione.

⁽¹⁰⁴⁾ Il contratto definitivo di società deve osservare, per esigenze di tutela dei terzi, il contenuto prescritto dal § 3 *G.m.b.H Gesetz* e dal § 16 co. 3 *Aktiengesetz*, impedendo in tal modo un ricorso all'interpretazione contrattuale integrativa. Il contratto preliminare è sottratto alle menzionate prescrizioni pubblicitarie e dunque è sufficiente che il contenuto di esso sia determinabile (vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., p. 157).

⁽¹⁰⁵⁾ Vedi ad es. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des BGB*, vol. II, Berlin, 1979, p. 613.

2.2. *La scarsa incidenza del 'Vorvertrag' nella prassi contrattuale. Motivi.*

Nel concludere la breve analisi del *Vorvertrag*, è necessario soffermarsi su un ultimo fondamentale aspetto, che a prima vista sembra a dir poco paradossale. All'ampiezza del contributo teorico non ha mai corrisposto in Germania un interesse immediatamente pratico verso l'istituto, tanto che, in effetti, si è sempre assistito ad una maggior utilizzazione di tale strumento nell'ordinamento italiano, dove è stato trapiantato e funzionalizzato alla soddisfazione di interessi concreti legati ad uno specifico settore economico, che non in quello dove è nato, figlio dell'esaltazione della volontà dei privati, per essere forzatamente inserito in una realtà in cui — per riprendere le argomentazioni addotte da Degenkolb nel tentativo di giustificare l'esistenza — non era certo 'necessario', ma (solo) 'utile' ⁽¹⁰⁶⁾ — utilità della quale peraltro, da più parti, si è sempre dubitato ⁽¹⁰⁷⁾.

Il ricorso al preliminare è andato progressivamente riducendosi, fino a renderlo un istituto privo d'incidenza nella prassi contrattuale.

Ciò si palesa qualora si osservi la giurisprudenza tedesca, constatando la scarsità numerica e la ripetitività delle sentenze ⁽¹⁰⁸⁾. Un ulteriore indizio nello stesso senso è dato anche dalla povertà di nuovi contributi dottrinali sull'argomento: costituisce, infatti, ancora oggi punto di riferimento, quale fonte 'recente' per lo studioso del *Vorvertrag*, la monografia di Henrich, più volte citata nel corso del nostro lavoro, risalente al 'lontano' 1965 ⁽¹⁰⁹⁾.

Possiamo finalmente rispondere all'interrogativo postoci nell'intraprendere lo studio del *Vorvertrag*: si tratta di una "todte Schulfigur oder lebendige Wirklichkeit" ⁽¹¹⁰⁾?

E nel constatare che nel suo ordinamento d'origine il prelimi-

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda H. DEGENKOLB, *op. cit.*, p. 88 e le considerazioni svolte *supra*, § 1.3.

⁽¹⁰⁷⁾ Vedi *supra*, § 1.4.

⁽¹⁰⁸⁾ Vedi a tal proposito R. SPECIALE, *Il Vorvertrag*, cit., pp. 47-49: "Poche e scarsamente innovative le sentenze tedesche sul 'Vorvertrag' (...) per lo più ripetitive di principi già formulati in precedenza".

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Marburg, 1965, già cit.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. H. DEGENKOLB, *op. cit.*, p. 73.

nare si appresta a diventare 'figura di scuola morta', è opportuno tentare di far luce sui motivi che hanno condotto alla sua progressiva perdita di rilevanza pratica.

2.2.1. *L'eccessiva rigidità della 'Bestimmtheit': la mancanza di flessibilità del 'Vorvertrag'.*

La prima causa della scarsa incidenza pratica del *Vorvertrag* è da ravvisare nell'eccessiva rigidità del requisito della *Bestimmtheit*.

La questione dell'ambito di determinatezza del contenuto continua ad essere il punto focale di tutte le problematiche in materia di *Vorvertrag*: proprio l'eccessiva determinatezza — che ne fa un inutile doppione dell'*Hauptvertrag*, quanto meno superfluo — lo rende infatti inidoneo a poter regolare fenomeni contrattualistici nuovi, richiedenti maggior flessibilità ⁽¹¹¹⁾.

Il dibattito sulla *Bestimmtheit* ha assorbito la dottrina a tal punto che essa ha perso di vista le esigenze pratiche alla soddisfazione delle quali è finalizzata la stipulazione di un contratto preliminare, e l'ha reso strumento talmente poco 'appetibile' per i privati, da ridurre progressivamente il ricorso ad esso.

2.2.2. *L'assenza di un fondamento codicistico.*

Se l'estrema rigidità del requisito della *Bestimmtheit* è certo la causa principale del 'tracollo' del *Vorvertrag*, la graduale perdita d'incidenza pratica è stata notevolmente facilitata anche dalla mancanza di un fondamento codicistico: l'assenza di qualsiasi disposizione sul contratto preliminare nel codice tedesco — motivata, come già evidenziato, dalla convinzione da parte dei compilatori dell'assoluta inutilità di essa, trattandosi di un istituto figlio della *Abschlussfreiheit* e dunque senza alcun dubbio possibile ed ammissibile — ha reso indolore il suo graduale, ma significativo abbandono.

Tutto ciò, dunque, ha comportato per il *Vorvertrag*, da una

(111) Su questo aspetto insiste particolarmente R. SPECIALE, *Il Vorvertrag*, cit., in particolare p. 50, 52 ("L'ampio dibattito dottrinale (...) e soprattutto il rigoroso requisito della determinatezza dell'oggetto hanno racchiuso questo strumento in una sorta di 'gabbia', rendendolo poco adattabile alle esigenze della prassi, e limitandone quindi l'impiego"), 54, 68-76.

parte, la progressiva perdita del ruolo di copertura dell'ampio spazio precontrattuale, a favore dell'utilizzo di strumenti dotati di maggior flessibilità ⁽¹¹²⁾; dall'altra, la sempre più evidente mancanza di una reale autonomia e differenziazione di esso dall'*Hauptvertrag*.

2.2.3. Il 'dinglicher Vertrag'. La scissione tra 'titulus' e 'modus acquirendi' nella compravendita immobiliare tedesca.

La peculiarità del *Vorvertrag*, che spiega ulteriormente l'astrattezza di tale istituto nell'ordinamento tedesco, si palesa volgendo lo sguardo ai principi regolanti in Germania le modalità di trasferimento della proprietà, soprattutto nel settore immobiliare: nel diritto tedesco (ed in quello austriaco), infatti, il settore della compravendita immobiliare, che in Italia ha da sempre costituito, come vedremo, il campo di applicazione più naturale del contratto preliminare, era ed è tuttora dominato dalla scissione tra atto di disposizione del bene e negozio astratto di trasferimento, consistente nella dichiarazione a cui è tenuto l'alienante per la registrazione nel *Grundbuch*, secondo il sistema tavolare di pubblicità per gli immobili.

Il sistema di trasferimento della proprietà è imperniato in Germania sull'*Abstraktionsprinzip* ⁽¹¹³⁾, principio rilevante sotto due diversi profili.

In primo luogo, vendita e trasferimento di proprietà sono separati, materializzandosi in atti diversi, e venendo ad esistenza in momenti diversi. Si parla a tal proposito di 'principio della separazione'.

In secondo luogo — ed è questa la peculiarità del sistema tedesco, rispetto a quelli degli altri ordinamenti che prevedono la scissione tra accordo obbligatorio e trasferimento della pro-

⁽¹¹²⁾ Si tratta dei vari tipi di dichiarazioni d'intenti, come le *letters of intent*, gli *heads of agreement*, le *instructions to proceed*, strumenti affermatasi nella prassi degli scambi, che s'inseriscono nell'ambito di un sistema di contrattazione che può ben definirsi 'formazione progressiva del contratto' (vedi *amplius* R. SPECIALE, *Il Vorvertrag*, cit., p. 51 e pp. 86-87).

⁽¹¹³⁾ Sul quale vedi K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, già cit.; P. HECK, *Abstrakte dingliche Rechtsgeschäfte*, Tübingen, 1937.

prietà ⁽¹¹⁴⁾ — il principio dell'astrattezza significa che la validità del negozio di trasferimento (*Verfügungsgeschäft*) non dipende da quella del contratto obbligatorio, detto *Grundgeschäft*, per cui l'invalidità di questo non impedisce il valido trasferimento della proprietà e, viceversa, pur in presenza di un contratto obbligatorio valido, il successivo trasferimento può essere invalido.

Conseguenza dell'*Abstraktionsprinzip* è che nel procedimento di compravendita occorrono, dunque, tre diversi negozi giuridici.

Occorre dapprima un contratto obbligatorio, la vendita, con cui il venditore si obbliga a 'dare' la cosa al compratore, cioè a procurargli la proprietà su di essa ⁽¹¹⁵⁾. Occorrono, poi, i due negozi di adempimento (i *Verfügungsgeschäfte*). Questi ultimi sono veri e propri contratti, composti dall'accordo delle parti di trasferire rispettivamente la proprietà del bene e della somma di denaro e dalla consegna di tali beni. La proprietà passa, di conseguenza, in base a tali contratti, e non in base alla semplice consegna ⁽¹¹⁶⁾.

Più nello specifico, per quanto attiene al trasferimento di beni immobili, il contratto di vendita dev'essere necessariamente redatto per atto pubblico (§ 313 BGB). Il *Verfügungsgeschäft* volto al trasferimento dell'immobile è composto da un accordo delle parti sulla successione nel diritto e dalla trascrizione di tale successione nel registro immobiliare (*Grundbuch*, §§ 873, 925 BGB) ⁽¹¹⁷⁾.

Il consenso sul trasferimento della proprietà dell'immobile (*Auflassung*) dev'essere manifestato dalle parti davanti ad un notaio (§ 925 BGB), ma non è necessario che venga redatto un atto pubblico, bastando una semplice certificazione notarile.

⁽¹¹⁴⁾ Come l'ordinamento svizzero, l'austriaco, lo spagnolo.

⁽¹¹⁵⁾ Vedi § 433, Abs. 1, BGB: "Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer eine Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen".

⁽¹¹⁶⁾ Vedi, più nello specifico, R. KNÜTEL, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., tomo I, pp. 287-288.

⁽¹¹⁷⁾ § 873, Abs. 1, BGB: "Zur Übertragung des Eigentums an ein Grundstück ...ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt des Rechtsänderung und die Eintragung des Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich".

Il § 925 attribuisce alla *Auflassung* natura di *actus legitimus*: "Eine Auflassung, die unter eine Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam" (Abs. 2).

Le diverse prescrizioni in materia di forma (atto pubblico per la vendita, semplice certificazione notarile per il *Verfungsgeschäft*) palesano la netta separazione tra compravendita e negozio astratto di adempimento ⁽¹¹⁸⁾.

Il principio dell'astrattezza, lungi dall'essere stato da sempre insito nel sistema di trasferimento tedesco, è invece frutto, relativamente recente, dell'evoluzione dei rapporti tra *titulus* e *modus acquirendi*.

Il permanere in Germania dell'antica scissione romanistica tra *titulus* e *modus acquirendi* poneva la vendita tedesca agli antipodi di quella francese. Il diritto comune dei paesi germanici non conosceva, infatti, l'uso della *tradictio ficta*, e continuava a richiedere, come *modus acquirendi*, la *traditio* effettiva, od un atto dispositivo, accompagnato da formalità pubblicistiche, per gli immobili. Contrariamente a quanto avvenuto in Francia, l'antico dualismo non si risolse mai a favore del *titulus*, bensì — ed è proprio in questa soluzione che dobbiamo ravvisare l'origine dell'*Abstraktionsprinzip* — a favore del *modus acquirendi*.

Tale principio fu gradualmente teorizzato ⁽¹¹⁹⁾ da Friedrich Karl

⁽¹¹⁸⁾ Così, R. KNÜTEL, *op. cit.*, p. 291. Si vedano, però, le considerazioni di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., pp. 105-106: "Bisogna peraltro porre in risalto un dato che riduce l'operatività del principio di astrazione.

La 'Auflassung', si è detto, è astratta: ciò comporta l'insensibilità dell'atto ai vizi del contratto obbligatorio, e la produzione dell'effetto reale anche in assenza di un precedente contratto. Le conseguenze del principio di astrazione della 'Auflassung' sono peraltro ostacolate dalla disposizione del § 925 BGB, la cui inserzione risale al 1953 (...): 'Die Erklärung einer Auflassung soll nur entgegengenommen werden, wenn die nach § 313 Satz 1 erforderliche Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird' ('La dichiarazione volta al trasferimento deve essere accettata solo quando venga presentato il documento del contratto o venga redatto contestualmente').

Il pubblico ufficiale (notaio o giudice: § 925 BGB) abilitato a ricevere la 'Auflassung' deve quindi accertare l'esistenza di un valido contratto obbligatorio (ad es. vendita, permuta, donazione): il carattere astratto dell'atto traslativo permane, poiché la violazione del § 925a BGB non intacca l'efficacia della 'Auflassung', comportando solamente l'eventuale responsabilità disciplinare del pubblico ufficiale; ma è chiaro che il principio di astrazione viene neutralizzato in buona parte delle sue conseguenze".

⁽¹¹⁹⁾ R. KNÜTEL, *op. cit.*, pp. 292-293 evidenzia che Savigny sviluppò spunti di Donello e che quindi tale soluzione ha in realtà origini ben più antiche nel diritto comune.

von Savigny nelle sue lezioni di *Pandette* per trovare una formulazione chiara e definitiva nel *System* ⁽¹²⁰⁾.

Proprio nel *System*, infatti, il giurista evidenzia il ruolo fondamentale svolto dal contratto nel diritto privato, non solo nel campo delle obbligazioni (sia per la nascita che per l'estinzione di esse), ma in ogni settore, compreso quello dei diritti reali ⁽¹²¹⁾, evidenziando in tal modo la natura contrattuale non soltanto del contratto obbligatorio, ma anche della c.d. *traditio*, del negozio cioè di mero trasferimento. Per il perfezionamento della *traditio*, infatti, sarebbe sì necessaria la consegna, l'effettivo passaggio del possesso, ma si tratterebbe di un momento successivo alla manifestazione della volontà delle parti volta al trasferimento immediato del possesso o della proprietà. Proprio in tale, necessaria manifestazione di volontà Savigny vede la natura contrattuale della *traditio*, indipendentemente dalla necessità del passaggio materiale della cosa ⁽¹²²⁾.

In forza dell'*Abstraktionsprinzip*, il *modus*, vero e proprio contratto, non è, dunque, soltanto necessario per il trasferimento della proprietà, ma è anche a ciò sufficiente.

La teoria elaborata da Savigny fu accolta dalla dottrina prevalente, divenendo presto dominante ⁽¹²³⁾, al punto di imporsi anche nell'ambito dei lavori preparatori del BGB.

Tra i motivi che vennero addotti a favore dell'*Abstraktionsprinzip*, il principale fu quello basato sulla necessità di facilitare la circolazione giuridica degli immobili e dei diritti su di essi.

Non costituiva certo una novità la necessità della trascrizione in un pubblico registro dei diritti sugli immobili. Il sistema fino ad allora vigente, però, prevedeva che in tale sede dovesse essere esaminata la validità, non solo dell'intero negozio volto al trasferimento della proprietà, ma anche del contratto obbligatorio sottostante.

⁽¹²⁰⁾ F. K. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. III, Berlin, 1840, p. 312 e ss.

⁽¹²¹⁾ Cfr. ID., *System*, cit., p. 312.

⁽¹²²⁾ Cfr. ID., *System*, cit., p. 313.

⁽¹²³⁾ Vedi per tutti B. WINDSCHEID-T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektrechts*, Frankfurt, 1906, p. 881, ove è ben espresso il principio che gli effetti giuridici sono prodotti dalla volontà in quanto tale, non dalla volontà correlata con la sua causa determinante.

Il procedimento necessario per la realizzazione della compravendita immobiliare era eccessivamente lungo e gravoso, e creava conseguentemente incertezze in ordine alla titolarità dei diritti immobiliari.

Il principio dell'astrattezza comportava la netta separazione tra contratto obbligatorio e negozio di adempimento: per la validità del trasferimento si riteneva sufficiente che il proprietario del bene prestasse il suo consenso alla trascrizione e che l'acquirente chiedesse la trascrizione a favore di se stesso, indipendentemente dai motivi della trascrizione, cioè dal contratto obbligatorio e da ogni questione inerente alla sua validità.

Il principale argomento a favore dell'*Abstraktionsprinzip* fu, dunque, di natura indubbiamente pratica, identificandosi con l'idoneità di tale principio a semplificare il procedimento volto al trasferimento dei diritti sugli immobili ⁽¹²⁴⁾.

La scelta codicistica non fu certo esente da critiche, già nel corso dei lavori preparatori ⁽¹²⁵⁾.

I principali dissensi si basavano su due argomenti: si sosteneva da una parte che il principio dell'astrattezza era avulso dalla realtà; da un'altra che era superfluo, dal momento che la sicurezza dei traffici era già tutelata dalla regola dell'acquisto di buona fede; in ultimo, che esso influiva ingiustamente sul regime del fallimento ⁽¹²⁶⁾.

La prima critica provenne da Gierke ⁽¹²⁷⁾, che, basandosi sull'osservazione della realtà dei traffici, definì il principio dell'astrattezza come una "violenza dottrinarica alla vita".

La seconda, sostenuta più tardi da Heck ⁽¹²⁸⁾, si basava sulla assoluta non necessarietà dell'*Abstraktionsprinzip*, con riguardo alla sua funzione principale, cioè la tutela della certezza e della sicurezza

⁽¹²⁴⁾ *Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, 3, Sachenrecht, Berlin, 1896, 7.

⁽¹²⁵⁾ Ed è criticata tutt'oggi: come evidenzia R. KNÜTEL, *op. cit.*, p. 297, nota 19, il *Zivilgesetzbuch* della DDR del 1975 aveva cancellato tale disciplina nei §§ 25 e 26 ed era tornato al trasferimento causale.

⁽¹²⁶⁾ Vedi R. KNÜTEL, *op. cit.*, p. 297.

⁽¹²⁷⁾ O. von GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, p. 336. Vedi anche P. HECK, *op. cit.*, p. 13 e ss.

⁽¹²⁸⁾ Vedi P. HECK, *op. cit.*, p. 20 e ss.

dei traffici giuridici, consistenti nel fatto che, grazie a tale principio, l'avente causa non deve controllare se il suo dante causa ha ottenuto il bene in conseguenza di un negozio obbligatorio valido, essendo sufficiente, nel caso di un contratto ad effetti reali, che sia valido il trasferimento di proprietà dal precedente proprietario all'attuale venditore. Secondo Heck, ciò sarebbe superfluo: il compratore, infatti, sarebbe già tutelato, nel caso di un acquisto *a non domino* ⁽¹²⁹⁾, dalle norme del BGB che disciplinano l'acquisto in buona fede di diritti su beni mobili ed immobili ⁽¹³⁰⁾.

Nonostante le critiche da sempre subite dall'*Abstraktionsprinzip* ⁽¹³¹⁾, il sistema di trasferimento della proprietà che su di esso si fonda "funziona veramente bene" ⁽¹³²⁾. Il 'procedimento' di vendita, infatti, caratterizzato dalla scarsità di adempimenti formali, è nella pratica estremamente semplice, e, soprattutto, consente alle parti di poter contare su un lasso di tempo più o meno lungo tra il momento del consenso e quello successivo dell'effettivo trasferimento della proprietà del bene, permettendo loro il controllo di eventuali sopravvenienze contrattuali o l'ottenimento delle garanzie o dei finanziamenti necessari.

⁽¹²⁹⁾ Di recente R. KNÜTEL, *op. cit.*, pp. 298-299, ha difeso l'*Abstraktionsprinzip* da tali critiche, evidenziando in primo luogo che la tutela dell'affidamento, presente nell'acquisto *a non domino* in buona fede, manca in altre ipotesi, come nella cessione dei crediti e negli acquisti non negoziali. In secondo luogo, l'autore nota che "se fosse decisivo il rapporto causale sottostante (quindi non avesse vigore il principio dell'astrattezza), l'acquirente rimarrebbe esposto all'azione di rivendicazione dell'alienante. Questo acquirente avrebbe, d'altronde, solo un'azione restitutoria, la 'condictio indebiti', da esercitare contro il venditore (...). In base al principio dell'astrattezza, invece, anche il compratore è soggetto solo all'azione restitutoria, che comporta, di regola, una responsabilità alleviata (...)" e prosegue (p. 299): "(...) secondo il principio dell'astrattezza, anche nella ipotesi di invalidità della compravendita, cioè del venir meno della causa, l'acquirente può ottenere la proprietà. Da quest'ultimo (ormai titolare del diritto) un secondo acquirente può poi acquistare la proprietà, anche se è a conoscenza che il suo dante causa — il primo acquirente — ha acquistato senza causa, il che è sembrato a molti autori ingiusto, ma in realtà non accorgendosi che nelle situazioni esaminate può venire in aiuto l'actio de dolo'.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. BGB, §§ 892, 893, 932 e ss., 1032, 1027, ecc.

⁽¹³¹⁾ Alle due critiche già citate, Knütel ne aggiunge e confuta una terza, riguardante le conseguenze del principio dell'astrattezza in sede di fallimento (vedi R. KNÜTEL, *op. cit.*, pp. 299-301).

⁽¹³²⁾ Cfr. R. KNÜTEL, *op. cit.*, p. 303.

L'estrema funzionalità di tale sistema contribuisce certo a fare del *Vorvertrag* uno strumento di scarso rilievo pratico, anche, ed anzi soprattutto, nel settore delle compravendite immobiliari, settore privilegiato d'impiego del preliminare in Italia.

La scissione tra atto ad effetti obbligatori ed atto ad effetti reali — a cui, come vedremo, è invece funzionale il 'contratto preliminare', e che, anzi, ha costituito il motivo dell'elaborazione e dell'inserimento di esso nel nostro ordinamento — è infatti già insita nella separazione tra il contratto di vendita e l'atto traslativo ⁽¹³³⁾.

⁽¹³³⁾ Vedi A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., pp. 98-99; ID., *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., pp. 293-294; R. SPECIALE, *Il Vorvertrag*, cit., p. 85.

PARTE SECONDA

IL CONTRATTO PRELIMINARE

CAPITOLO I

LA GENESI ED IL SIGNIFICATO DEL 'CONTRATTO
PRELIMINARE' NEL DIBATTITO DOTTRINALE
E GIURISPRUDENZIALE ANTECEDENTE
AL CODICE DEL 1942

1. La nascita del contratto preliminare: il principio della libertà contrattuale come giustificazione teorica del superamento del consenso traslativo. — 1.1. L'influenza francese sui codici preunitari ed il silenzio del codice del 1865. — 1.2. Il dibattito dottrinale sulla promessa di vendita: l'interpretazione del silenzio del codice come rinvio ai 'principii generali'. — 1.2.1. L'influenza francese e l'inderogabilità del principio consensualistico. — 1.2.2. I primi tentativi di affermare l'autonomia della promessa di vendita: dal principio del 'consenso' a quello della 'libertà contrattuale'. — 1.2.3. Il problema della forma della promessa di vendita e della tutela per l'inadempimento. — 1.3. Dalla promessa di vendita al contratto preliminare. — 1.3.1. Il contratto preliminare di Leonardo Coviello. — 2. I temi principali di dibattito dottrinale precedente al codice del 1942: la validità del preliminare e la tutela per l'inadempimento. — 2.1. Il problema della validità del preliminare e del rapporto tra preliminare e definitivo nell'ambito della 'formazione del contratto'. — 2.1.1. Il contratto preliminare come 'tappa' della 'formazione progressiva del contratto' di Francesco Carnelutti. — 2.2. Il problema della tutela per l'inadempimento. — 2.2.1. La teoria di Faggella. — 2.2.2. La teoria di Chironi. — 2.2.3. La tesi di Chiovena: la sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso. — 2.2.4. Lo scontro teorico tra la sentenza costitutiva di Chiovena e la sentenza come atto di esecuzione forzata di Calamandrei. — 2.2.5. L'orientamento prevalente: il rimedio risarcitorio come unica forma di tutela per l'inadempimento. Motivazioni pratiche e nuove incongruenze giuridiche.

1. *La nascita del contratto preliminare: il principio della libertà contrattuale come giustificazione teorica del superamento del consenso traslativo.*

La nascita e lo sviluppo teorico e pratico del contratto preliminare in Italia non possono essere compresi senza considerare il ruolo fondamentale svolto dai due ordinamenti, il francese ed il tedesco,

che, seppur in modi e tempi diversi, influirono sulle scelte del nostro legislatore, e, prima ancora e significativamente, su quelle della dottrina e della giurisprudenza.

La storia del nostro istituto, infatti, s'inserisce perfettamente in una situazione assai più ampia e generale, che investiva, per il vero, non solo la nostra materia, ma tutti i settori della vita giuridica, ed in particolar modo quello civilistico.

Come noto, la storia degli istituti civilistici, almeno a partire dal 1861 fino ai giorni nostri, è caratterizzata dall'influenza dei due ordinamenti a noi più vicini, il francese ed il tedesco.

Nel periodo immediatamente successivo all'approvazione del codice civile, e sostanzialmente fino alla fine dell'Ottocento, l'influsso di gran lunga dominante in Italia fu quello francese. E ciò, non solo da un punto di vista legislativo — dal momento che il modello del codice del 1865 e dei suoi predecessori preunitari ⁽¹⁾ fu inequivocabilmente il codice civile napoleonico — ma anche a livello di diffusione di una cultura, di un modo di pensare, di un tipo di formazione, della nostra scienza giuridica ⁽²⁾. D'altra parte, negli stessi anni, è innegabile la constatazione di un ripensamento complessivo degli istituti privatistici, contrassegnato dal crescente accendersi di interesse per le elaborazioni dei pandettisti tedeschi ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Anche in Italia, come negli altri paesi europei il *code civil* — in conseguenza dell'espansione militare francese, oltre che per le sue caratteristiche di chiarezza e razionalità — era stato esteso a tutti gli stati italiani, ad eccezione della Sicilia e della Sardegna, ed era rimasto in vigore solo per un decennio — sino alla fine della dominazione francese conseguente alla caduta dell'Impero napoleonico — periodo breve e tuttavia sufficiente perché lasciasse una traccia indelebile nella cultura giuridica italiana. Riguardo alla recezione del *Code Napoléon* in Italia ed all'influenza da esso esercitata, vedi G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in *Atti del Convegno sul tema: Napoleone e l'Italia*, Roma, 8-13 ottobre 1969, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1973, pp. 175 ss.; E. DEZZA, *op. cit.*, pp. 69-82; C. GHISALBERTI, *op. cit.*, pp. 111 ss.

⁽²⁾ Si veda a tal proposito l'analisi compiuta da P. CENDON, *L'influsso del diritto comparato sulla legislazione italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 373 e ss.

⁽³⁾ Manifesto del nuovo metodo scientifico della civilistica italiana mutuato dalla cultura giuridica tedesca può essere considerato il saggio di E. GIANTURCO, pubblicato nel 1881, "*Studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*" - *Considerazioni*, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, pp. 5 e ss., ove si legge: "Come strumento di ricerca, ognuno si convincerà di leggieri, che il metodo sistematico è il solo che possa colmare le

In un simile contesto generale, se è vero che il primo studio organico sul contratto preliminare risale, come noto, all'inizio del '900⁽⁴⁾, qualora la nostra analisi pretendesse di prendere tale studio come punto di riferimento iniziale, come data di nascita del contratto preliminare, non potrebbe che risultare parziale ed incompleta.

Il primo modello ispiratore della nostra dottrina fu, infatti, quello francese, espresso dall'art. 1589 del *code civil*, che, come interpretato dalla maggior parte degli autori dell'epoca, sanciva la perfetta equiparazione della promessa di vendita alla vendita.

Due furono dunque i modelli ispiratori, due gli orientamenti che portarono, seppur in modo e con influenze profondamente diverse, alla nascita del 'nostro' contratto preliminare. Sarebbe, in altre parole, riduttivo e fuorviante ignorare la reale influenza della scelta francese⁽⁵⁾, contraria al riconoscimento della autonoma rilevanza

lacune dei nostri codici sui principii fondamentali del diritto. Infatti, si esamini un trattato di parte generale delle pandette, si cerchino dipoi le medesime dottrine nel vigente diritto civile italiano, e senza dubbio bisognerà confessare in buona fede, che è impossibile col solo metodo esegetico, adoperato sinora, concepire una dottrina organica delle condizioni ad esempio, o del concorso e cumulo delle azioni. Il nostro codice, come il francese, mentre è dottrinario in qualche punto, dove era del tutto inutile, non definisce alcuni principii teoretici, a cui si connettono le più importanti dottrine pratiche, i quali devono ora essere investigati e messi in luce dalla scienza". Sull'influenza della Pandettistica tedesca sulla civilistica italiana, vedi F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*, Milano, 1936, pp. 5 ss. G. ALPA, *La cultura delle regole, Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, pp. 150 ss.. Per un quadro della civilistica italiana tra XIX e XX secolo, vedi P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, 2000; ID., *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, pp. 15 ss.

(4) Ci si riferisce allo studio di L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, poi trasfuso nella voce *Contratto preliminare* dell'*Enciclopedia giuridica italiana*, vol. III, p. III, sez. II, Milano, 1902, p. 68 e ss., già citato, in cui per la prima volta si utilizza il termine 'contratto preliminare' per tradurre il tedesco *Vorvertrag*, per indicare il 'contratto che obbliga a concludere un altro contratto'.

(5) Se il legislatore del 1865 non introdusse alcuna disposizione che riproducesse l'art. 1589 del codice francese, il principio dell'equiparazione della promessa di vendita alla vendita fu accolto dalla dottrina maggioritaria per lungo tempo e soprattutto rimase pressoché indiscusso in giurisprudenza fino agli anni '20. Non si può inoltre dimenticare che esso era stato sancito espressamente dai codici preunitari (art. 1595 del Codice Albertino, padre del codice unitario del 1865; art. 1434 del Codice del Regno delle Due Sicilie; art. 1394 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.), su cui vedi *infra*, § 1.1.

della promessa di vendita, per cercare solo nella nozione astratta e generale di *Vorvertrag*, elaborata dalla Pandettistica tedesca, le origini del contratto preliminare. Esso non nasce come equivalente italiano del *Vorvertrag*, ma come rielaborazione di esso al fine di renderlo funzionale alla realtà italiana, profondamente diversa da quella tedesca, ed invece assai vicina a quella francese.

Sembra opportuno, dunque, tentare di far luce sui tempi, sui modi, sul significato, che l'influsso francese ed il tedesco ebbero sul nostro istituto.

1.1. *L'influenza francese sui codici preunitari ed il silenzio del codice del 1865.*

Prima di esaminare l'ampio dibattito teorico, che investì per lungo tempo la dottrina italiana, è necessario dare uno sguardo alla posizione assunta dai codici preunitari e poi dal codice civile liberale circa la promessa di vendita.

Il principio di equiparazione della promessa di vendita alla vendita, sancito espressamente dall'art. 1589 del codice napoleonico, ma ad esso preesistente⁽⁶⁾, lungi dall'essere principio peculiare del diritto francese, venne accolto a livello codicistico anche in Italia.

I codici preunitari⁽⁷⁾, infatti, modellati sul codice francese del 1804⁽⁸⁾ (ad esclusione del Lombardo-Veneto, dove all'indomani

⁽⁶⁾ Ai fini di comprendere le origini della formula "promesse de vente vaut vente", è interessante la proposta prospettata da G. ASTUTI, (*Promesse de vente vaut vente*, cit., pp. 247-266) di analizzarla nella sua correlazione con una grave questione di ordine più generale, concernente il 'patto di elezione di forma', a lungo discussa dai giuristi medievali: la disputa verteva sul potersi riconoscere o meno l'esistenza di una vendita, giuridicamente perfetta, anche prima della redazione di un documento, rispetto al quale le parti si fossero "riservate" al momento dell'accordo sulla cosa e sul prezzo. (Si veda *supra*, parte I, cap. I, § 2.1).

⁽⁷⁾ Su cui vedi *supra*, nota 5.

⁽⁸⁾ A livello strutturale, i codici preunitari ripropongono, più o meno fedelmente, la partizione in tre libri adottata dal codice francese. Il primo libro è dedicato alle persone, al matrimonio, alla famiglia; il secondo ai beni, alla proprietà ed agli altri diritti reali; il terzo, infine, alla disciplina delle successioni, delle donazioni, delle obbligazioni e dei contratti, nonché a quella delle garanzie personali e reali e della prescrizione. Come il codice francese, anche i codici preunitari, tranne il Codice Albertino, si aprono con un titolo preliminare contenente le disposizioni sulla pubblicazione, gli effetti e l'applica-

della Restaurazione fu introdotto il codice civile austriaco del 1811) recepirono da esso anche la disciplina della promessa di vendita ⁽⁹⁾, ed ugualmente venne accolta la norma che da essa aveva dedotto la dottrina maggioritaria, quella cioè della perfetta equiparazione, dell'identificazione, della promessa bilaterale di vendita alla vendita.

Certo, non mancarono, anche fra i commentatori di tali codici 'locali', taluni autori 'simpatizzanti' dell'interpretazione meno restrittiva dell'art. 1589 e dei suoi gemelli negli stati italiani, ma si trattò di una minoranza ⁽¹⁰⁾ e la lettera del codice, nella sua interpretazione più seguita, non venne messa in dubbio.

zione delle leggi in generale. Il modello francese viene seguito anche sotto il profilo contenutistico, non per quanto riguarda la disciplina delle persone, della famiglia e della materia successoria, ma certo con riguardo alle obbligazioni ed ai contratti, la cui disciplina è incentrata sul principio dell'autonomia negoziale, rispondente alle esigenze economiche del tempo, volte alla circolazione della proprietà. Coerentemente, anche il principio consensualistico viene ripreso, pur con le limitazioni necessarie alla circolazione dei beni: il contratto si perfeziona, dunque, col consenso delle parti, ma per la produzione degli effetti reali è necessario il trasferimento del possesso per i beni mobili e la pubblicità per gli immobili. Si vedano sul punto: D. CORRADINI, *Garantismo e statalismo, Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971, pp. 49-50; A. AZARA, *Codici italiani degli antichi Stati*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1959, pp. 398-399; C. GHISALBERTI, *op. cit.*, p. 223 ss.; G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiano successori*, *cit.*, pp. 192 ss., ed in particolare p. 212: "In linea generale, non credo che si possa attribuire ai codificatori italiani una ispirazione prevalentemente reazionaria o retriva. Accanto a riforme di carattere restauratore, come quelle adottate nel periodo del ristabilimento degli antichi governi, non mancò il più largo accoglimento dei nuovi principi, specialmente in quelle parti del diritto privato che presentavano meno diretti legami con l'ordine politico: così, il regime della proprietà e dei rapporti giuridici patrimoniali in genere conservò sostanzialmente immutata l'ispirazione che era propria del C. N., e che corrispondeva ad una trasformazione veramente rivoluzionaria dei rapporti economico-sociali".

⁽⁹⁾ Ad eccezione del Codice civile per gli Stati Estensi.

⁽¹⁰⁾ A tal proposito pare però opportuno rilevare come Precerutti, il più noto commentatore del codice sardo, avesse aderito all'opinione della dottrina francese minoritaria, negando alla promessa di vendita efficacia traslativa della proprietà. Come riporta Laurenti, secondo tale autore la disposizione dell'art. 1595 del codice sardo, e prima ancora la disposizione che ne costituì indiscusso modello, l'art. 1589 del codice francese, "significa soltanto che il promittente non può sottrarsi all'adempimento dell'assunta obbligazione colla semplice prestazione dei danni e interessi, e che la sentenza del giudice terrà luogo del contratto di vendita alla cui celebrazione egli sia per ricusarsi" (cfr. E. LAURENTI, *La promessa di vendita sinallagmatica nel nostro diritto*, *cit.*, nota n. 2 p. 502).

Esaminiamo brevemente la disciplina della promessa di vendita nei singoli codici ⁽¹¹⁾.

Nel 'Codice per lo Regno delle Due Sicilie', del 1819 ⁽¹²⁾, la

⁽¹¹⁾ Non in tutti gli stati italiani fu redatto, come noto, un vero codice civile. Nel Granducato di Toscana, infatti, dopo la caduta dell'Impero napoleonico e la conseguente abrogazione della codificazione francese introdotta nel 1808, vennero ripristinate le leggi granducali precedenti, integrate dal diritto canonico, dal diritto comune e da nuovi interventi legislativi. Leopoldo II, a cui si deve il codice penale del 1853, non riuscì, nonostante i tentativi intrapresi, a dotare la Toscana di un codice civile (sull'argomento, vedi F. COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Siena, 1999). A livello dottrinale, non si può trascurare di citare almeno le opere di Federigo Del Rosso e Francesco Forti (sui quali vedi F. COLAO, *op. cit.*, rispettivamente pp. 101-117 e p. 67 e ss.). Nel suo *Saggio di diritto privato romano attuale, preceduto da introduzioni di diritto naturale e seguito da note perpetue di diritto romano*, Pisa 1844, DEL ROSSO si occupa di specifiche promesse unilaterali, tra cui la promessa di dote (vol. II, parte II, sez. I, lib. II, tit. II, cap. I, § 487, p. 178) e la promessa di donazione (vol. III, divisione II, parte II, sez. II, lib. II, tit. II, cap. III, art. 3, §§ 879 ss., p. 172 ss.). Nell'ambito della vendita, concepita come contratto consensuale con efficacia obbligatoria, l'autore non si occupa della promessa di vendita, ma solo di specifiche promesse di vendere, i *pacta adiecta* alla vendita di diritto romano: il patto di prelazione e il patto di retrovendita. Anche l'opera di FORTI (*Trattati inediti di giurisprudenza, preceduti da un discorso dell'Avv. Leopoldo Galeotti*, Firenze, 1854) è ancora fortemente legata al diritto romano, come ben dimostra anche la trattazione della promessa di dote, in cui l'autore ripercorre l'evoluzione storica dell'istituto procedendo di pari passo alle fonti romane (parte II, cap. I, p. 385 ss.).

Anche nei territori che facevano parte dello Stato Pontificio non si pervenne alla redazione di un codice civile. Dopo l'abrogazione della codificazione napoleonica, ritornò infatti in vigore il diritto comune e venne ripristinata la legislazione precedente all'occupazione francese. Il *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, pubblicato il 10 novembre 1834 da Gregorio XVI, anziché innovare, ripropone il vecchio sistema normativo (vedi *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dalla Santità di N. Signore Gregorio P. XVI, con moto proprio del 10 novembre 1834*, Firenze, 1834, parte I, titolo I, p. 9). In materia di promessa di vendita, è significativo l'orientamento palesato dalla Rota Romana in alcune antiche sentenze, volto a considerare tale atto preliminare, che nella prassi le parti stipulavano limitandosi ad indicare il prezzo e la cosa, riservandosi di redigere in un secondo momento l'atto di vendita — partendo dal concetto di vendita come contratto consensuale che si perfeziona con il consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, proprio del diritto romano — equivalente alla vendita ed idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà (Si veda in proposito E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, in *Studi di diritto privato italiano e straniero* diretti da Mario Rotondi, vol. XXVII-bis, Padova, pp. 21-22).

⁽¹²⁾ Il Regno delle Due Sicilie fu il primo ad intraprendere ed a portare a termine

promessa di vendere è disciplinata dall'art. 1434, il cui testo riprende alla lettera la disposizione contenuta nel *code civil* ⁽¹³⁾.

Analogamente, il 'Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla' ⁽¹⁴⁾, pubblicato l'anno successivo ⁽¹⁵⁾, disciplina la promessa di vendita all'art. 1394 ⁽¹⁶⁾, riproducendo l'art. 1589.

Il 'Codice Albertino' ⁽¹⁷⁾, promulgato nel 1837, pur innovando per certi aspetti rispetto al modello francese, si uniforma agli altri

l'opera di codificazione. Il 'Codice per lo Regno delle Due Sicilie', pubblicato con legge del 26 marzo 1819 ed entrato in vigore nello stesso anno, riproduce — nel terzo libro della prima delle cinque parti in cui è suddiviso, intitolato *De' differenti modi co' quali si acquista la proprietà* — il titolo VI — *Della vendita* — del *code civil*.

⁽¹³⁾ G. D'ETTORRE, *Codice per lo Regno delle Due Sicilie messo in confronto con i codici vigenti in Francia e le leggi romane*, vol. I, parte I, Napoli, 1959, libro III, titolo VI artt. 1434: "La promessa di vendita equivale alla vendita, quando esiste il consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo". L'articolo successivo, ricalcando l'art. 1590 del codice francese, stabilisce: "Se la promessa di vendere siasi fatta con caparra, ciascun de' contraenti è in libertà di recedere dal contratto; quegli che l'ha data, perdendola, e quegli che l'ha ricevuta, restituendo il doppio".

⁽¹⁴⁾ Il codice parmense è considerato il più originale fra i codici della Restaurazione, perché, modellato su codice francese, s'ispirò nello stesso tempo anche a quello austriaco.

⁽¹⁵⁾ Il primo progetto di questo codice, redatto nel 1816, fu sottoposto negli anni a modifiche e revisioni. Esso dedicava ai contratti a titolo oneroso il titolo V della parte III e prevedeva la disciplina della promessa di vendita, negli stessi termini del *code civil*, all'art. 1400, mentre all'art. successivo veniva regolata la promessa di vendere con caparra (vedi *Progetto di Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Stamperia Reale, Parma, 1816, libro III, parte terza, titolo V, cap. II, artt. 1400 e 1401). Entrambe le norme vennero trasfuse nel testo definitivo, pubblicato il 23 marzo del 1820, agli artt. 1394 e 1395, collocati nel titolo V del libro III, intitolato: *Dei modi di acquistare il dominio*.

⁽¹⁶⁾ *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, libro III, titolo V, capo II, art. 1394, in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia*, Torino, 1845: "La promessa di vendere equivale alla vendita, quando esiste il consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo".

⁽¹⁷⁾ Promulgato su iniziativa di Carlo Alberto di Savoia, il 'Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna' (detto 'Codice Albertino'), testo di riferimento per la compilazione del codice unitario, fu opera di una commissione nominata dal re nel 1831. Ad un primo progetto che riproduceva in gran parte il codice francese, ne seguirono altri due mai pubblicati. Il progetto definitivo, sottoposto all'esame finale del Consiglio di Stato presieduto dallo stesso Carlo Alberto, fu approvato dal sovrano e promulgato il 20 giugno 1837. Il 1° gennaio 1838, il codice entrò in vigore in Piemonte ed in Liguria, mentre in Sardegna solo dieci anni più tardi.

codici preunitari circa la promessa di vendita, prevista dall'art. 1595, limitandosi ad aggiungere al dettato dell'art. 1589 che “quando si tratti di stabili la promessa di vendere debbe essere fatta per atto pubblico come la vendita stessa” (18).

Spicca per originalità — per quanto attiene all'oggetto del nostro studio — il ‘Codice civile per gli Stati Estensi’, del 1851 che, ispirato per molti aspetti al codice parmense, ricalca, in tema di promessa di vendita, all'art. 1474 (19), la norma dettata dal ‘Codice di leggi e costituzioni del 1771’ (20).

Tale norma, di gran lunga precedente all'art. 1589 del *code civil*, anziché riprodurre il brocardo “promesse de vente vaut vente”, sanciva che: “Seguita la promessa di comprare, e vendere rispettivamente, i contraenti saranno tenuti precisamente a fare il contratto di compra, e vendita senza potersi liberare prestando l'interesse” (21).

Come già ricordato, un discorso a parte dev'essere fatto poi per il Lombardo-Veneto, in cui fu introdotto nel 1816 il codice civile austriaco (22) che, come già visto (23), contiene una disposizione di carattere generale, il § 936, relativa al ‘contratto preliminare’, al

(18) *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, 1839, libro III, titolo IX, capo I, art. 1595: “La promessa di vendere equivale alla vendita, se esiste consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo.

Quando si tratti di stabili la promessa di vendere debbe essere fatta per atto pubblico come la vendita stessa”. L'art. 1596 è identico all'art. 1590 del codice francese per la promessa di vendita con caparra.

(19) *Codice civile per gli Stati Estensi*, Modena, 1851, libro III, titolo VI, capo II, art. 1474: “Seguita la promessa di comprare e vendere rispettivamente, i contraenti sono tenuti ad eseguire il contratto, senza potersi sciogliere prestando l'interesse”. L'art. 1475, relativamente alla promessa di vendita con caparra, novità rispetto al codice del 1771 che nulla prevedeva in proposito, stabilisce: “Se la promessa di vendere è fatta con caparra, ma senza dichiarazione che essa debba tener luogo di principio di pagamento, ciascuno de' contraenti è in arbitrio di recedere dal contratto, chi l'ha data perdendola, e chi l'ha ricevuta restituendo il doppio”.

(20) Tale codice era stato ripristinato con la Restaurazione. L'esigenza di una riforma legislativa portò poi, però, alla pubblicazione, nel 1851, del ‘Codice civile per gli Stati Estensi’, l'ultimo dei codici preunitari.

(21) Cfr. *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza serenissima*, Modena, 1771, tomo I, libro II, titolo XXV, n. VII.

(22) Su cui vedi *supra*, parte I, cap. II, § 1.

(23) Vedi *supra*, parte I, cap. II, § 1.

quale attribuisce efficacia obbligatoria solo in presenza della previsione di un termine per la conclusione del definitivo e degli elementi essenziali del medesimo e purché nel frattempo non siano mutate le circostanze ⁽²⁴⁾, riconoscendo, da un lato, la funzione preparatoria e strumentale del preliminare rispetto al definitivo e, dall'altro, la particolare rilevanza assunta, in tale fattispecie contrattuale, dalla clausola *rebus sic stantibus* ⁽²⁵⁾.

Durante i primi cinque anni di vita dello Stato Italiano ⁽²⁶⁾, rimasero in vigore i diritti locali, e contemporaneamente si svolsero i lavori preparatori del codice che entrò in vigore il primo gennaio 1866 ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr. § 936 ABGB, già cit., che recita: "Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschliessung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, das dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen". Vedi G. BASEVI, *Annotazioni pratiche* cit., parte II, sez. II, cap. XVII.

⁽²⁵⁾ Oltre a tale disposizione di carattere generale, che, tra l'altro, stabilisce il termine di un anno per richiedere l'adempimento della promessa, trascorso il quale il diritto di esigere l'esecuzione del contratto viene meno automaticamente, l'ABGB detta tre norme di carattere specifico, relative, rispettivamente, alle promesse di deposito, di comodato e di mutuo. Si tratta rispettivamente dei § 957, 971 e 983. Il § 957, su cui vedi *supra*, parte I, cap. II, § 1, nota n. 4.

⁽²⁶⁾ Il Regno d'Italia fu proclamato, come noto, il 17 marzo 1861.

⁽²⁷⁾ Nonostante già durante la fase delle annessioni fosse stato avviato un primo tentativo di unificazione legislativa, attraverso l'estensione della codificazione subalpina alle province italiane, proprio in relazione alla materia privatistica la soluzione prospettata si era rivelata inadeguata ed erano rimasti in vigore i codici civili preunitari, compreso il codice austriaco vigente in Lombardia. Solo nei territori che erano stati dello Stato Pontificio l'introduzione del Codice Albertino non aveva incontrato difficoltà, mentre in Toscana era stato mantenuto provvisoriamente in vigore il sistema normativo granducale. L'opera di redazione del codice civile unitario fu, tuttavia, agevolata dall'uniformità sostanziale tra i codici preunitari, modellati, come già visto, in massima parte sul *code civil*. I lavori preparatori iniziarono nel 1859, snodandosi attraverso tre progetti (vedi S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle relazioni ministeriali e senatorie, dalle discussioni parlamentari e dai verbali della Commissione di coordinamento con le referenze sotto ogni articolo agli altri codici: al francese, alla legge romana, nonché a tutti i precedenti legislativi, coll'aggiunta di leggi complementari che*

Chi si aspettasse — avviando il suo studio della promessa di vendita in Italia precedentemente all'entrata in vigore dell'attuale codice — di trovare un valido aiuto negli articoli, ed ancor prima ed assai più proficuamente nei lavori preparatori del codice civile del 1865, ne sarebbe certo deluso.

Una sola delle commissioni ⁽²⁸⁾ nominate dal Pisanelli, per l'esame del progetto Miglietti, si interessò delle promesse di vendita.

si riferiscono al Codice civile, Torino, 1887; vedi anche A. AZARA, *Codice Civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1959, pp. 386-387.). Il primo 'Progetto di revisione del Codice Albertino' fu presentato alla Camera dal ministro della Giustizia Cassinis il 19 giugno 1860. Il progetto è suddiviso in quattro libri, invece che nei tre tradizionali. Oltre a questa innovazione sistematica, a livello sostanziale, anche se il modello primario di riferimento resta il codice francese, il testo risente dell'influenza degli altri codici preunitari, nonché del codice austriaco. Il 9 gennaio 1862 il nuovo ministro Miglietti presentò al Senato un progetto di 'Codice civile pel Regno d'Italia', caratterizzato, rispetto al primo, da una maggior aderenza al *code civil*. Profondamente influenzato dal codice francese è anche il terzo progetto, presentato dal Guardasigilli Pisanelli al Senato, preceduto da un'importante relazione, in due tornate: nella tornata del 15 luglio 1863 fu presentato il primo libro, in quella del 28 novembre il secondo ed il terzo. Al testo furono apportate alcune modifiche da una commissione senatoria appositamente nominata, dopo di che fu approvato dal Parlamento. Durante la loro elaborazione tutti i progetti furono sottoposti all'esame della Corti giudiziarie della penisola, nonché, il secondo ed il terzo, all'esame di cinque commissioni di giuristi, in varie parti del Regno: Torino, Milano, Firenze (in realtà mai convocata), Napoli e Palermo. Il 2 aprile 1865 fu promulgata la legge sull'unificazione legislativa che autorizzava il Governo a pubblicare e rendere esecutivi i codici con semplice decreto. Il 25 giugno 1865 fu così promulgato il 'Codice civile per il Regno d'Italia', entrato in vigore il 1° gennaio 1866.

Fedele all'archetipo francese (vedi sul punto R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VII, p. 242 ss.), il codice civile unitario è suddiviso in tre libri: *Delle persone*; *Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*; *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*. A livello contenutistico, alle innovazioni introdotte nella disciplina delle persone e della famiglia, non corrispondono altrettante novità in materia economica, ove il codice ripropone invece i valori e le soluzioni normative del *code civil*. In particolare, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione, in materia di obbligazioni e di contratti, il 'Codice Pisanelli' consacra il principio dell'autonomia negoziale, funzionale ad un'economia in ascesa, incentrata sulla circolazione dei beni e sullo scambio e, logica conseguenza di tale impostazione, accoglie il principio del libero consenso, riproponendo agli artt. 1447 e 1448 la vendita consensuale e con effetto traslativo prevista dal codice francese (vedi *supra*, parte I, cap. I, § 2.2.2).

⁽²⁸⁾ Vedi nota precedente.

La Commissione di Palermo, infatti, propose due disposizioni (gli artt. 1480 e 1481), che avrebbero dovuto statuire che la promessa di vendita non importava trasferimento della proprietà e che essa, pur comportando il reciproco obbligo di concludere il futuro contratto, determinava solo il diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi di inadempimento ⁽²⁹⁾.

Tale proposta non ebbe alcun seguito ed il progetto Pisanelli fu convertito in legge, senza alcuna disposizione sulla promessa di vendita ⁽³⁰⁾.

Il dato di fatto col quale dottrina e giurisprudenza dovettero necessariamente confrontarsi e che sarà punto di partenza dell'intenso dibattito otto-novecentesco sul contratto preliminare, è l'assenza di qualsiasi disposizione del codice unitario del 1865 sulla promessa di contratto.

In Francia, l'espressa sanzione codicistica dell'equiparazione della promessa di vendita alla vendita non era bastata a far chiarezza, come auspicato e forse addirittura previsto, dai compilatori del codice.

Si era preteso di immobilizzare in una disposizione scritta una materia che nella prassi era in continua evoluzione. Si era dovuto prendere coscienza che in realtà i motivi che avevano portato all'introduzione dell'art. 1589 erano motivi contingenti, e, non potendo mettere in dubbio la sacralità del codice, si era dovuto correre ai ripari, per mettersi al passo con i tempi, per evitare, cioè, che il diritto del codice si trovasse del tutto estraneo ai reali bisogni del mercato ed a quello che nella pratica dei traffici avveniva, e ciò col solo strumento capace di conciliare il diritto scritto con la realtà:

⁽²⁹⁾ Vedi *Osservazioni sul progetto Miglietti presentato al Senato, Lavori preparatori del codice civile del 1865*, Roma, 1886-87, vol. VII, p. 1624. Il commissario autore della proposta argomentava: "La promessa di vendita non può equivalere alla vendita perché chi promette di vendere non ha la volontà di spogliarsi attualmente della proprietà, ma la fa dipendere da un fatto futuro, cioè dalla volontà effettiva. Ciò nonostante, la convenzione avrà il suo effetto per obbligare i contraenti al vicendevoles adempimento e in difetto al ristoro dei danni".

⁽³⁰⁾ In tal senso si esprime anche E. LAURENTI, *op. cit.*, p. 509: "(...) non soltanto non fu fatta oggetto di articolo speciale nel codice, ma neppure di essa è parola nella relazione dei guardasigilli Cassinis, Miglietti e Pisanelli, né nella Commissione senatoria, né nei processi verbali della Commissione di coordinamento".

l'interpretazione, un'interpretazione che non pare azzardato chiamare 'evolutiva', e forse, questa volta con una certa spregiudicatezza, addirittura 'creativa' di nuovo diritto ⁽³¹⁾.

In Italia la situazione era di gran lunga più incerta: la mancanza di una norma che si potesse come ostacolo, se non insormontabile, certo arduo da superare (e che in Francia, come già visto, ancora oggi viene solo aggirato, dal momento che il principio di equiparazione della promessa di vendita alla vendita come tale non è posto in dubbio ⁽³²⁾) ci permette di parlare di una realtà normativa che in modo appropriato è stata definita "aperta" ⁽³³⁾.

Il codice unitario, infatti, aveva recepito il principio del consenso traslativo, ma, oltre a non aver introdotto — contrariamente ai codici preunitari — una disposizione riprodotte l'art. 1589 del *code civil*, non aveva dettato alcuna disciplina riguardante il contratto preliminare.

La mancanza di coerenza e, soprattutto, di completezza diede luogo ad una situazione di perdurante ambiguità ideologica e dogmatica ⁽³⁴⁾: da una parte, affermando il principio del consenso traslativo, ci si allontanava dal sistema romanistico basato sul dualismo *titulus/modus acquirendi*; dall'altra, però, non si sanciva positivamente l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita.

Ciò offriva, dunque, la possibilità di ipotizzare la stipulazione di contratti preliminari, in nome dei principii dell'autonomia privata e della libertà di contrarre, principii posti, al pari di quello del consenso traslativo, alla base dell'ideologia liberale, madre del codice ottocentesco. Possibilità che, infatti, come si avrà modo di chiarire, non restò inattuata ⁽³⁵⁾.

Punto di partenza della nostra analisi non può che essere proprio il dato di fatto del silenzio del codice.

⁽³¹⁾ Vedi *supra*, parte I, cap. I.

⁽³²⁾ Vedi *supra*, parte I, cap. I, § 5.1.

⁽³³⁾ Cfr. F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 4.

⁽³⁴⁾ Vedi in tal senso le considerazioni di F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁽³⁵⁾ Vedi *infra*, § 1.2.2.

1.2. *Il dibattito dottrinale sulla promessa di vendita: l'interpretazione del silenzio del codice come rinvio ai 'principii generali'.*

1.2.1. *L'influenza francese e l'inderogabilità del principio consensualistico.*

L'apertura originata dalla mancanza di qualsiasi presa di posizione codicistica fu causa di un dibattito dottrinale che da allora, seppur evolutosi quanto ad oggetto e modalità, non si è mai spento.

Se, come noto, il codice del 1865 ebbe a principale modello il codice civile napoleonico, sorge l'ovvio interrogativo del perché in una materia tutt'altro che priva d'interesse teorico e, soprattutto, ricca di risvolti pratici, come quella della promessa di vendita, il legislatore italiano si sia allontanato dalla soluzione adottata dal suo 'gemello' francese.

Proprio il silenzio del codice favorì lo sviluppo di due orientamenti dottrinali, che, *prima facie*, appaiono nettamente contrapposti, e che invece, come si avrà modo di chiarire, è preferibile definire 'diversi': l'uno, fedele al modello francese, che aveva operato una scelta legislativa inequivocabilmente contraria alla possibilità di configurare la promessa bilaterale di vendita come autonoma dalla vendita definitiva; l'altro, ispirato invece dagli studi e dalle soluzioni teoriche della scuola pandettistica, che era giunta ad elaborare il concetto di *Vorvertrag* ⁽³⁶⁾.

I sostenitori di tali teorie, profondamente diverse quanto alla matrice culturale a cui dovevano la propria origine, nonché alle soluzioni ultime alle quali giungevano, spesso utilizzarono il silenzio serbato dal codice sul contratto preliminare come argomento interpretativo di rinvio ai principii generali, in conformità ai quali risolvere la questione della configurabilità o meno nel nostro ordinamento di un accordo che obbligasse alla futura conclusione del corrispondente contratto definitivo.

Un simile rinvio, ad una categoria tanto vaga e dal contenuto e

⁽³⁶⁾ Vedi R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991, pp. 17-18.

dai confini tanto incerti, permetteva in ultima analisi di enucleare dal silenzio del codice soluzioni profondamente diverse, che riflettevano, ed anzi apertamente dichiaravano, l'influenza esercitata sulla dottrina italiana da correnti di pensiero provenienti da orientamenti totalmente dissimili ⁽³⁷⁾.

In un primo tempo, nonostante la significativa assenza di qualsiasi disposizione del codice unitario che riproducesse, o comunque anche solo imitasse, l'articolo del *code civil* sulla promessa di vendita, la dottrina di gran lunga maggioritaria, nonché una giurisprudenza pressoché unanime, accolsero senza riserve le soluzioni del codice e della maggioranza degli autori francesi.

Leggendo gli scritti degli autori del periodo, infatti, si è potuto constatare che, almeno fino alla fine del XIX secolo, era opinione assai consolidata che il legislatore non si fosse in alcun modo espresso sulla promessa di vendita per l'assoluta inutilità di farlo. La sensazione che destano le pagine di questi giuristi è quella di un eccessivo 'ossequio' nei confronti delle scelte operate dal legislatore del 1804, condivise indipendentemente dalla constatazione della diversa scelta del codice italiano, 'ossequio' che però essi si preoccupavano di dissimulare, dietro l'ostentato rispetto di quanto imposto dai principii generali.

Si affermava, infatti, che il principio della perfetta equiparazione della promessa di vendita alla vendita, lungi dal derivare dal codice francese, fosse a tal punto pacifico e fuor di dubbio, da non richiedere affatto di essere codificato. Ed anzi, si arrivava a lodare la scelta del legislatore italiano, che, non disponendo alcunché, aveva evitato il rischio che sorgessero, anche in Italia — come già si era verificato in Francia, proprio a causa di una previsione codicistica assolutamente non necessaria ed invece inopportuna — fastidiose incertezze interpretative.

Si legge nelle pagine della 'Teoria delle obbligazioni' di Giorgi ⁽³⁸⁾ "Il legislatore italiano, persuaso che l'art. 1589 del

⁽³⁷⁾ Vedi in tal senso R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 19, in particolare nota n. 20.

⁽³⁸⁾ GIORGIO GIORGI (1836-1915). Dopo essersi laureato in giurisprudenza a Siena, entrò in magistratura, diventandone un esponente di spicco. Nel 1907 divenne presidente del Consiglio di Stato. Come dimostrano le sue opere — fra cui, oltre ai nove

Codice francese aveva fatto più male che bene, ha preferito lasciare la promessa di vendita sotto l'impero dei principi generali (...). Per noi dunque la promessa sinallagmatica sia *de praesenti*, sia *de futuro*, se avrà i requisiti necessari per rivestire la forma giuridica di contratto, non sarà possibile distinguerla dalla compravendita" (39).

Il fulcro attorno a cui Giorgi — e con lui la dottrina allora di gran lunga maggioritaria (40) — costruiva la teoria, in base alla quale non era concepibile distinguere la promessa bilaterale di vendita dalla vendita definitiva, era proprio il richiamo ai c.d. principii generali del sistema codificato, dai quali si doveva dedurre implicitamente un'indicazione per interpretare il silenzio serbato dal legi-

volumi della *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, Firenze, 1876-1887, si ricorda anche la *Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano* (1889-1902), in sei volumi — il giurista, di cultura romanistica, era affascinato dalla pandettistica, ma ancora fortemente influenzato, quanto ai contenuti, dalla civilistica francese. Ciò è particolarmente evidente nelle pagine della *Teoria delle obbligazioni* dedicate al complesso tema della promessa di vendita, che ci accingiamo a leggere. (Un ritratto di Giorgi è tracciato da C. BERSANI, *Giorgi, Giorgio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 55, Roma, 1998).

(39) Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, cit., Firenze, 1885, vol. III, n. 143 ss.

(40) Si vedano tra gli altri: E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato, Trattato della vendita*, Firenze, 1877, n. 26-27, pp. 45-50, ove si legge: "(...) il legislatore patrio col suo silenzio non ha inteso abbandonare quella dottrina: tutt'altro, l'ha voluta ancor più solennemente confermare, quale pura manifestazione della scienza del diritto"; ed ancora ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. V, parte I, n. 10, ove nota che l'omissione nel nostro codice di un articolo corrispondente al 1589 francese "fu consigliata dal riflesso che quelle disposizioni non contenevano un principio nuovo, giacché è stata sempre massima di giurisprudenza comune che la promessa di vendita equivale ad un vero e proprio contratto di vendita ogni qual volta ne contenga gli elementi essenziali"; F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto italiano comparato*, Napoli, 1879, vol. III, n. 31-36, pp. 26-29; G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1879, vol. VI, *Della vendita*, pp. 81-86; F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, 1912, VII, n. 102; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, 1878, vol. IV, § 3476-3478, pp. 202-208: "La difficoltà è per noi che non abbiamo l'equivalente dell'art. 1589. Tuttavia secondo la economia del Codice, secondo la formola (sic!) dell'art. 1447, e secondo la stessa realtà del fatto e finalmente nei termini dell'articolo 1448, io credo che quest'ultima opinione (equivalenza tra promessa di vendita e vendita) sia preferibile...Il pensiero e lo spirito dell'art. 1448 che vuole e dichiara perfetta la vendita anche prima della tradizione".

slatore secondo quanto disposto a suo tempo dall'art. 1589 del codice napoleonico, al quale si riconosceva soltanto il ruolo di prima espressione positiva di essi.

Dietro il richiamo ai principii del diritto, che sembrano riecheggiare l'eternità, astoricità, assolutezza dei principii naturali, si nascondeva in realtà la permanente osservanza di una precisa, ed ormai in verità sorpassata, scelta ideologica.

Tali principii s'identificavano, cioè, con quello di cui erano espressione gli artt. 1125 e 1148 c.c., ai quali si deve l'introduzione nel nostro ordinamento — su modello del codice francese — del principio consensualistico ⁽⁴¹⁾. L'art. 1125 stabiliva l'automatico prodursi dell'effetto reale in dipendenza del consenso ⁽⁴²⁾, mentre l'art. 1448 c.c. lo riaffermava con riferimento specifico al contratto di vendita ⁽⁴³⁾, instaurando una stretta correlazione tra efficacia trasla-

⁽⁴¹⁾ Il codice del 1865, pur recependo il modello francese, fu però meno ambiguo e più generoso di quest'ultimo nell'affermare il principio del consenso traslativo. Diversamente, infatti, dal sistema creato dal combinato disposto degli articoli 1138, 1582 e 1583 del *code civil* — ancora restio ad affermare la derivazione immediata del trasferimento della proprietà dall'accordo delle parti ed ancorato, invece, al passaggio intermedio dell'*obligation de livrer* (su cui vedi *supra*, cap. I, § 2.2.2) — gli articoli 1125 e 1448, che esprimevano nel codice italiano il principio consensualistico, esplicitavano con maggior chiarezza l'attribuzione al contratto dell'efficacia reale.

⁽⁴²⁾ L'elemento differenziante rispetto al modello francese sembra essere proprio nell'art. 1125, che, contrariamente all'art. 1138 del *code civil*, identificava l'effetto del consenso, non più nel perfezionamento dell'obbligazione di consegna, ma nell'acquisto della proprietà o del diritto (e nel passaggio dei rischi all'acquirente). Questo, infatti, il tenore dell'articolo: "Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione". Si vadano, però, sul senso del principio espresso dall'art. 1125, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 48 e, più di recente, P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., p. 40, che non concordano sulla convinzione diffusa circa la necessità dell'automatico prodursi dell'effetto reale in conseguenza della manifestazione del consenso e ritengono, invece, che l'art. 1125 (come l'art. 1376 del codice del 1942), non essendo una norma imperativa, consentisse, in realtà, alle parti di scindere il trasferimento dalla dichiarazione contrattuale.

⁽⁴³⁾ Definito dall'art. 1447, che ricalcava l'art. 1582 del *code civil*, come il contratto per cui una parte si obbliga a dare una cosa e l'altra a pagarne il prezzo.

tiva ed *emptio perfecta* ⁽⁴⁴⁾, in altri termini, tra trasferimento del diritto ed accordo *de re et pretio* ⁽⁴⁵⁾.

Il richiamo ai principii generali, che erano identificati con il principio consensualistico espresso chiaramente da tali articoli, non era proprio soltanto della dottrina prevalente, ma era condiviso anche dalla giurisprudenza.

L'orientamento giurisprudenziale pressoché incontrastato, infatti, anche in assenza di una specifica disposizione del codice che sanzionasse l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita definitiva, in un primo tempo era conforme alla soluzione adottata dal codice francese e, dunque, considerava la promessa di vendita, qualora già vi fosse l'accordo sulla cosa e sul prezzo, immediatamente traslativa della proprietà, esattamente come la vendita definitiva. È opportuno riportare parte del testo della motivazione di una delle più significative sentenze sull'argomento ⁽⁴⁶⁾: "Per sola virtù dei principii consacrati negli articoli 1225 e 1448 del Codice civile, nonostante l'assenza di altre disposizioni speciali, sotto tre distinte forme si può presentare alle indagini dei giuristi la promessa di vendita, e a ciascuna di quelle forme devono corrispondere distinti e particolari effetti. 1) Vi è la semplice promessa di vendere non accettata dalla persona a cui favore è fatta, la quale, come nuda

⁽⁴⁴⁾ L'art. 1448 disponeva: "La vendita è perfetta tra le parti e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, né sia pagato il prezzo".

Sul dogma dell'*emptio perfecta*, che s'identifica con il momento in cui l'atto è astrattamente capace di produrre l'effetto traslativo della proprietà, od almeno l'effetto pratico di trasferimento del rischio, si rinvia a G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, p. 11, secondo il quale esso è penetrato nell'art. 1448 c.c. liberale dalle fonti giustiniane. Esso, dettato in funzione della vendita reale greca era stato recepito nella compilazione giustiniana.

⁽⁴⁵⁾ Vedi *amplius* R. DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cass. Torino, 28.7.1884, in *La Legge*, 1884, vol. II, p. 514. Si vedano anche, tra le numerose sentenze che confermano tale orientamento dominante, App. Genova 10 marzo 1884, in *La Legge*, 1884, I, p. 740; Cass. Torino 25 settembre 1883, in *Foro It.*, 1884, I, 163, con nota di Manara; App. Roma 28 maggio 1885, in *Foro it.*, I, 842; il ragionamento alla base delle decisioni dei giudici, si trova ben espresso particolarmente anche in Cass. Torino, 21 maggio 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, 668, con nota di Coviello.

pollicitatio del diritto romano ritrattabile a volontà del promettente, mancante del mutuo consenso che costituisce l'elemento essenziale di qualsiasi contratto, è incapace di produrre vincoli giuridici per veruna delle parti. 2) Viene in secondo luogo la promessa di vendere accettata dalla persona cui è fatta, la quale, in forza appunto di quest'accettazione, diventa obbligatoria e si trasforma con l'acquiescenza del promettente, o per autorità del giudice, in vendita perfetta, sempre quando con la dichiarazione del creditore di voler comprare viene a verificarsi fra le parti la riunione dei consensi sulla cosa e sul prezzo. 3) Si presenta per ultimo quella promessa di vendita che equivale a vendita a termine o sotto condizione, quando alla promessa fatta da una parte di vendere all'altra una cosa determinata e per un determinato prezzo, corrisponde non solo dall'altra parte l'accettazione, ma anche la promessa di comprare, perché, in questo caso, fin da quel momento, si riscontrano nello stesso atto tutti gli elementi sostanziali della vendita, la cosa, il prezzo, il consenso".

Dalle sentenze in materia, come dagli scritti degli autori che sostenevano l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita ⁽⁴⁷⁾, anche se non viene mai formulato in modo esplicito, traspare, dunque, chiaramente l'ossequio nei confronti del principio del consenso traslativo, o, a voler essere più precisi, dell'inderogabilità del consenso traslativo.

Dottrina e giurisprudenza dominanti erano convinte, proprio in virtù di tale inderogabilità, che l'accoglimento del principio consensualistico, come espresso dall'art. 1448 c.c., impedisse d'ipotizzare un accordo che, già perfetto in tutti i suoi elementi essenziali — la cosa ed il prezzo — potesse per volontà delle parti condurre alla produzione dell'effetto traslativo per mezzo di una fase intermedia meramente obbligatoria.

Tale convinzione scaturiva, in realtà, dal timore che riconoscere la sequenza 'promessa di vendita-vendita definitiva' significasse reintrodurre quell'antico dualismo *titulus/modus acquirendi*, che si era appunto inteso eliminare introducendo il principio consensualistico.

A ciò si aggiungeva, da un lato, la mancanza di chiarezza circa

⁽⁴⁷⁾ Su cui vedi note 38-40.

i rapporti tra promessa di vendita e vendita definitiva, dovuta certo anche alla tendenza, che si svilupperà in modo particolare più tardi, a considerare la promessa di vendita come fonte di un'obbligazione di dare e non di fare; dall'altro, l'idea che il principio consensualistico, proprio in quanto inderogabile, impedisse alla volontà delle parti di poter disporre dell'effetto traslativo, mediante la stipulazione di negozi che, invece di trasferire il diritto, obbligassero al trasferimento di esso (48).

L'ostacolo insormontabile alla possibilità di configurare la promessa di vendita come autonoma dalla vendita definitiva era dunque uno ed uno soltanto: l'inderogabilità del principio consensualistico (49).

È palese l'influenza esercitata sulla dottrina italiana dal principio della sufficienza dell'accordo delle parti per la produzione dell'effetto reale, frutto dell'interpretazione sistematica, da parte dei giuristi francesi, degli art. 1136-1138, espressione codicistica del consensualismo, e 1582-1589, in materia di vendita e di promessa di vendita (50).

Il richiamo ai principii generali per i nostri interpreti, o comunque per la maggior parte di essi — così come per i francesi, ai quali indubbiamente s'ispiravano — s'identificava con l'incondizionato ed assoluto rispetto del principio consensualistico. Ciò, a scapito di un altro principio, al quale certo non si poteva negare l'appartenenza alla 'categoria dei principii generali': il principio della libera volontà delle parti, il principio della libertà contrattuale.

Il lungo e complesso dibattito sulla promessa di vendita e poi sul contratto preliminare non può essere semplicisticamente ridotto ad un mero scontro di opinioni sulla possibilità di configurare e di ammettere un istituto non previsto dal codice. Si trattò, infatti, di un

(48) Vedi R. DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 23-25.

(49) Si vedano, sul principio consensualistico, gli atti del Convegno su *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 1991, ed in particolare L. CABELLA-PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit.; U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code Civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, cit.; ma anche P. M. VECCHI, *op. cit.*, in particolare pp. 16-38; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cap. I, pp. 1-72, Milano, 1995. Si veda, inoltre, *supra*, parte I, cap. I, § 2.2.

(50) Vedi *supra*, parte I, cap. I, § 2.2.2.

vero e proprio scontro tra due principii cardine del nostro ordinamento: lo scontro tra principio consensualistico e principio della libertà contrattuale.

Quest'ultimo, formalmente mai messo in dubbio, nella sostanza veniva invece sacrificato sull'altare del consensualismo.

Il problema dell'osservanza della volontà delle parti, che avevano manifestato il consenso promettendo di vendere (e di comprare) veniva risolto dalla maggior parte degli autori, italiani e francesi ⁽⁵¹⁾, con l'affermazione che l'impiego del verbo 'promettere' al posto di 'vendere' o 'comprare' era dovuto ad un mero errore di espressione: le parti avrebbero voluto dire "vendo" ed avevano invece detto "prometto", in altri termini, si erano espresse male. Un ragionamento di tal genere permetteva di salvare, almeno nella forma, la sacralità della volontà delle parti. Si affermava, infatti, generalmente che il rispetto di essa imponesse di andare oltre l'imprecisione letterale, per scoprire la reale intenzione dei contraenti, quella cioè di immediatamente vendere e comprare ⁽⁵²⁾.

Se in teoria, dunque, non si metteva in dubbio la rilevanza del principio della libertà contrattuale e del necessario rispetto del

⁽⁵¹⁾ Si veda per gli autori francesi soprattutto F. LAURENT, *op. cit.*, n. 21, già citato *supra*, parte I, cap. I, § 3.2.

⁽⁵²⁾ Si veda ancora Giorgi, che in una nota a sentenza di qualche anno più tardi ribadisce l'identità di significato tra le espressioni 'prometto' e 'vendo': "Promessa bilaterale o contratto di vendita sono la stessa cosa. 'Est enim differentia nominis, quae nullam inducit differentiam iuris'. Giacché, mi duole doverlo ripetere, non sono i nomi e le intitolazioni che determinano il carattere di un negozio giuridico; ma i patti e gli obblighi convenuti sono quelli che chiariscono la natura e il contenuto di una convenzione, rivelando la comune intenzione dei contraenti, la quale prevale sul senso letterale delle espressioni. Del resto, se non si vuol sofisticare sulle parole, che cosa significa promessa o promettere? Vuol dire assumere l'obbligo di fare una data prestazione dando parola di mantenere l'impegno preso. Dunque il venditore, promettendo di vendere, si obbliga a trasmettere la proprietà di una data cosa; il compratore, promettendo di comprarla, si obbliga a pagarne il prezzo convenuto. Non si vede davvero che cosa manchi al contenuto di un contratto di compravendita." (cfr. G. GIORGI, *nota a Cass. Torino, 26 gennaio 1903*, in *Foro Italiano*, 1903, vol. XXVII, col. 806-807); più aperto alla reale valutazione dell'intenzione delle parti si mostra F. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 29: "Tutto adunque (sic!) si riduce a vedere quale sia stata la intenzione dei contraenti, se di obbligarsi reciprocamente a fare la vendita, ovvero a consentire ora alla vendita e rimandare ad altro tempo la stipula del correlativo contratto. Nella prima ipotesi è obbligazione di fare; nella seconda ipotesi è vendita".

volere delle parti, che anzi s'intendeva tutelare anche contro il caso di un errore lessicale al momento della prestazione del consenso, in pratica la situazione che veniva a crearsi era ben diversa e consisteva in una totale ed inequivocabile subordinazione del principio della libertà contrattuale a quello consensualistico.

Si arrivava ad una vera e propria esasperazione di quest'ultimo, confondendo due concetti ben distinti: quello di 'accordo sugli elementi del prezzo e della cosa' e quello di 'consenso traslativo'. Si identificava, cioè, l'accordo sulla cosa e sul prezzo con il consenso reciproco in ordine al trasferimento della proprietà.

Gli ostacoli derivanti dall'inderogabilità del principio consensualistico che, nell'ambito specifico della vendita, impedivano di riconoscere l'autonomia della promessa dalla vendita definitiva, potevano essere superati solo ricorrendo ad una categoria generale, non necessariamente, dunque, legata al fenomeno reale. È in un contesto di tal genere, che in Italia si cominciò a parlare di 'contratto preliminare'.

1.2.2. *I primi tentativi di affermare l'autonomia della promessa di vendita: dal principio del 'consenso' a quello della 'libertà contrattuale'.*

Prima di iniziare a trattare delle origini del contratto preliminare nonché — e soprattutto — del ruolo che esso rivestì nel difficile percorso verso il superamento degli eccessi del consenso traslativo, è opportuno, per esigenze di completezza, evidenziare che, anche precedentemente alle prime trattazioni sistematiche sul contratto preliminare, non mancarono voci dissonanti rispetto all'orientamento seguito dalla maggioranza dei nostri interpreti sul rapporto tra promessa di vendita e vendita.

Questi autori non si lasciarono sfuggire le possibilità offerte dall'assenza di una disposizione codicistica e, proprio in considerazione di questa, affermavano che il nostro ordinamento, lungi dall'aver recepito il principio di equiparazione della promessa di vendita alla vendita, niente aveva disposto che ne impedisse la configurazione autonoma. Qualcuno osò spingersi anche oltre, arrivando a vedere nel silenzio del codice la chiara volontà del legislatore di 'abrogare' la disposizione che sanciva, nel *code civil* e nei

codici preunitari, il principio equiparatorio e ad esplicitare la differenza tra la vendita definitiva e la semplice promessa ⁽⁵³⁾.

Seguendo il medesimo orientamento e sviluppandolo, altri formulò un'articolata e coraggiosa confutazione della dottrina dominante: Cuturi, partendo dal silenzio del codice, afferma, infatti, che esso non accolse la regola derivata dal codice francese e lasciò invece che la questione fosse regolata secondo i principii generali del diritto, i quali non si identificherebbero con il principio consensualistico, cardine della disciplina dettata dal *code civil*, ma si contrapporrebbero ad esso.

Il codice civile, dunque, aveva certo inteso — non prendendo posizione alcuna sulla promessa di vendita — operare un rinvio ai principii generali, ma nell'interpretarli, la dottrina dominante e le numerose sentenze confermatrici di essa erano state condizionate dall'erronea interpretazione dell'art. 1589 e degli articoli dei codici preunitari che si erano limitati a tradurlo ⁽⁵⁴⁾.

Cuturi sostiene, in altri termini, che i risultati ai quali perveniva la dottrina prevalente non erano affatto conseguenza dei principii generali del diritto ai quali aveva voluto riferirsi il legislatore. Il rinvio a tali principii comporterebbe, invece, la necessità di tentare di comprendere quale sia la reale comune intenzione della parti, partendo dall'interpretazione letterale, ma andando, se necessario, al di là di essa ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Si legge nelle pagine di uno dei più lucidi di questi autori: “Se in esso non troviamo riprodotta quella disposizione sancita da tutti i codici antecedenti, abbiamo diritto di affermare, che abbia inteso abrogarla” ed ancora: “La differenza tra i due contratti è questa. Nel secondo il consenso si determina ad effettuare una vendita attuale, con il trasferimento immediato della proprietà nel compratore, nel primo una vendita futura, conservata quindi la proprietà in chi promette di vendere, finché essa non è effettuata”. Cfr. V. MASUCCI, *Studio di legislazione comparata sul trattato della vendita nel codice civile italiano, in rapporto al francese*, nell'edizione in italiano dei *Principes de droit civil* di F. LAURENT già citati. (*Principi di diritto civile per F. Laurent*, a cura di G. Trono e A. Marghieri, Firenze, 1878-1890, XXIV, p. 474).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, Torino 1891, n. 24, p. 56.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. T. CUTURI, *op. cit.*, n. 25, pp. 59-60: “(Ricordiamo che) è necessario indagare quale sia stata la comune intenzione dei contraenti, che le clausole del contratto si devono interpretare le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dall'atto intiero, che per quanto le locuzioni abbiano un senso generale, il

Il contratto può essere, dunque, una vendita, ma può anche avere ad oggetto semplicemente l'obbligazione di stipulare in un momento successivo la vendita.

Da queste prime considerazioni, Cuturi arriva alla palese confutazione del 'dilemma' che tanto tormentava gli interpreti, consistente nel poter la promessa di vendere identificarsi solo con un 'progetto', privo in quanto tale della capacità di creare alcun vincolo per le parti, oppure con il contratto definitivo, qualora contenga "tutti i requisiti della vendita, consenso su cosa e prezzo". Ciò sarebbe in realtà frutto di confusione: tra proposta, offerta di vendere, e promessa vera e propria; tra la cosa a cui la promessa si riferisce e la cosa come oggetto del contratto.

Per la prima volta, si ha un inequivocabile tentativo di evidenziare l'abuso del consenso ad opera della dottrina maggioritaria. Il consenso su cosa e prezzo sarebbe, dunque, concetto diverso e ben distinto dal consenso sul trasferimento della proprietà. Solo quando il consenso verta anche sull'effetto traslativo si sarebbe di fronte ad una vendita definitiva.

Da ciò, infine, la confutazione del diffuso espediente dell'errore lessicale delle parti 'hanno detto prometto, ma intendevano dire vendo, compro'. A tale simulazione del rispetto della volontà dei contraenti, Cuturi contrappone l'esigenza di una reale osservanza di essa: "Ammetto benissimo che con le frasi prometto di vendere, prometto di comprare si abbia talora il contratto di compra e vendita, o a termine, o sotto condizione, in quanto le parti dissero

contratto comprende solo le cose sopra le quali apparisce (sic!) che le parti si sono proposte di contrattare (art. 1131, 1136, 1138); che è necessario esaminare il fine particolare a cui l'intendimento loro fu rivolto. Il legislatore stesso nell'art. 1131 del Cod. Civ. ha detto che quando la manifestazione della volontà non sia né oscura né ambigua, dev'essere seguito il significato proprio delle parole, e dal senso grammaticale solo dobbiamo allontanarci quando sia evidente che erroneamente le parole furono usate in un senso più ampio ('plus dictum quam cogitatum') o più ristretto ('minus dictum quam cogitatum'). Muovere, dunque, dalle espressioni letterali dell'atto, ma ricercare con prudenza il volere dei contraenti; perché il dire consenso sopra un determinato oggetto, consenso, per esempio, sulla cosa e sul prezzo, non basta, essendo necessario sapere com'è qualificato il consenso per determinare il carattere del contratto. Orbene la promessa può essere in tali termini da avere per oggetto soltanto l'obbligo di stipulare un determinato contratto, mentre quel contratto avrà poi per oggetto un particolare rapporto obbligatorio".

meno di quello che effettivamente vollero; ma allora non concluderemo per la compra e vendita adducendo la solita ragione del consenso sulla cosa e sul prezzo, bensì dimostrando che vollero, senz'altro, l'obbligo di trasferire la proprietà di una cosa mediante il prezzo" (56).

Solo quattro anni più tardi compariva sulla 'Giurisprudenza italiana' un'interessante quanto significativa nota a sentenza (57). Autore ne era Leonardo Coviello (58), al quale, come si vedrà, si deve la prima trattazione sistematica del 'contratto preliminare' in Italia.

La presa di posizione a favore dell'autonoma configurabilità della promessa di vendita è ormai decisa. Dopo una sintetica esposizione della disciplina del *code civil* sulla *promesse de vente* (59), Coviello evidenzia che essa, riprodotta in vari codici preunitari, non compariva più nel codice del 1865, e che non c'era oltretutto traccia dei motivi di tale scelta del legislatore nei lavori preparatori.

La mancanza di disciplina codicistica, non solo non può essere interpretata come implicito accoglimento di un principio tanto indiscutibile da non richiedere di essere esplicitamente accolto nel codice, ma non è neppure un semplice silenzio. Tacendo, il legislatore avrebbe inteso, invece, operare una vera e propria 'soppressione' (60).

In realtà, gli autori che si erano schierati contro l'autonoma configurabilità della promessa di vendita, giustificando la loro presa di posizione col rinvio ai principii generali, si erano limitati ad affermazioni di valenza per lo più teorica. Non avevano mai negato, cioè, che, senza mettere in dubbio la perfetta equiparazione della

(56) Cfr. T. CUTURI, *op. cit.*, n. 25, p. 62.

(57) Vedi L. COVIELLO, *nota a Cass. 21 maggio 1895*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1895, parte I, sez. I, col. 667-676.

(58) Su Coviello e la sua opera vedi *infra* nota n. 85.

(59) Vedi L. COVIELLO, *nota a Cass. cit.*, col. 667-668.

(60) Cfr. L. COVIELLO, *nota a Cass. cit.*, col. 669: "Quale significato essa ha? La sentenza citata e i fautori della soluzione da essa accolta rispondono molto sveltamente che ciò vuol dire essere la cosa di per sé tanto chiara, da sembrare inutile un'esplicita disposizione. Or non esitiamo a dichiarare leggero un tal modo di argomentare. L'argomento 'a silentio' se non è decisivo per negare, molto meno può invocarsi per sostenere una tesi affermativa".

promessa di vendita alla vendita in linea di principio, nella pratica si dovesse valutare caso per caso la reale volontà delle parti.

Coviello rifugge dall'incertezza derivante dall'adozione di criteri di distinzione così vaghi, per affermare che la questione centrale consiste nel sapere quali siano gli effetti 'normali' della promessa di vendita, se essa abbia cioè 'normalmente' immediata efficacia traslativa. La sua breve trattazione è interamente volta a dimostrare che in realtà tali pretesi effetti della promessa non sussistono, non derivando né dai principii generali ai quali il codice rimanda col suo silenzio — e che secondo l'opinione dominante s'identificherebbero con il principio consensualistico ⁽⁶¹⁾ — né dal "senso comune" e dalla "logica naturale" ⁽⁶²⁾. "Invece rispondente al senso comune e alla logica naturale ci sembra la tesi opposta che distingue promessa da contratto definitivo. Opportunamente osserva il Degenkolb: Chi stringe un contratto preliminare prima del definitivo nega con ciò stesso la conclusione (sic!) presente del contratto definitivo o principale, e abbandona con ciò pel (sic!) presente le giuridiche conseguenze che scaturiscono dal contratto definitivo" ⁽⁶³⁾.

Quello che l'autore 'liquida' come un semplice confronto tra due tesi è, in realtà, il passaggio tutt'altro che automatico, o logicamente consequenziale, tra due argomenti diversi: dalla promessa di vendita al *Vorvertrag*.

Già in questo primo breve intervento, Coviello inizia ad ancorare il suo tentativo di dare fondamento teorico alla tesi dell'autonomia della promessa ai principii elaborati dalla dottrina tedesca, sovrapponendo e quasi identificando il problema del rapporto tra

⁽⁶¹⁾ Vedi L. COVIELLO, *nota cit.*, col. 670, ove si legge: "Si citano poi generalmente gli articoli 1125 e 1448 per indurne che nel codice v'è quanto basta a sostenere che la promessa e la vendita si equivalgono. Ma è stata facile la risposta che anche nel 'code civil' vi sono articoli precisamente corrispondenti a quelli citati, eppure ci fu bisogno di un'altra disposizione, eppure, malgrado questa, controversie sorsero e vivissime! Da quegli articoli poi altro non si ricava fuorché il principio: trasmettesi la proprietà col solo consenso; ma ciò suppone che si tratti di consenso relativo a un contratto di trasferimento, come del resto ci avverte lo stesso art. 1125. E l'art. 1448 parla di vendita, non di promessa di vendita".

⁽⁶²⁾ Vedi L. COVIELLO, *nota cit.*, col. 670 e col. 672: "Nel diritto razionale adunque non v'è identità tra promessa e contratto definitivo di vendita".

⁽⁶³⁾ Cfr. L. COVIELLO, *nota cit.*, col. 670.

promessa di vendita e vendita e quello della giustificazione teorica del *Vorvertrag* (64).

1.2.3. *Il problema della forma della promessa di vendita e della tutela per l'inadempimento.*

Lo scontro tra i sostenitori dell'equivalenza tra promessa di vendita e vendita e quelli che invece ne affermavano l'autonomia non era, in realtà, limitato ad una mera controversia sull'ammissibilità teorica di un consenso che non fosse traslativo, ma anzi coinvolgeva aspetti di notevole rilevanza pratica.

In modo particolare, l'una o l'altra soluzione comportavano diverse conseguenze in ordine al problema della forma ed a quello dei rimedi per l'inadempimento.

È da premettere, circa il primo problema, che la regola generale, in assenza di una disposizione codicistica che disponesse diversamente, era quella della libertà di forma per la manifestazione del consenso.

Tale regola generale non era, però, priva di eccezioni. In molti casi, infatti, il codice esigeva la forma scritta, a volte solo *ad probationem*, come per le compravendite eccedenti un determinato valore, altre volte invece *ad substantiam*, come appunto nel caso degli atti traslativi della proprietà di immobili, previsti dall'art. 1314 c.c.

(64) Senza soluzione alcuna di continuità, Coviello passa da considerazioni in ordine alla promessa di vendita, ad una panoramica delle principali opinioni degli autori tedeschi a proposito del *Vorvertrag*: "(...) Or bisognerebbe prima dimostrare che le parole 'promessa di vendita' e 'vendita' 'idem sonant', e che il contenuto della volontà delle parti nella promessa sia il trasferimento non la conclusione (sic!) di un futuro contratto, e poi si potrebbe far ricorso ai sopra mentovati articoli. Fare l'opposto come gli avversari fanno è cadere in una petizione di principio.

Niuna (sic!) disposizione havi (sic!) quindi nel nostro codice che suffraghi l'opinione dominante. E non resterebbe che dimostrare esser la medesima ispirata ai principi generali del diritto, cui rimanda l'art. 2 disposiz. prelim.

Ma ciò non ci pare ammissibile. Invece rispondente al senso comune e alla logica naturale ci sembra la tesi opposta che distingue promessa da contratto definitivo. Opportunamente osserva il Degenkolb: Chi stringe un contratto preliminare prima del definitivo nega con ciò stesso la conclusione (sic!) presente del contratto definitivo o principale, e abbandona con ciò pel presente le giuridiche conseguenze che scaturiscono dal contratto definitivo.(...)" (*nota cit.*, col. 670).

Circa la forma della promessa, coloro che ne affermavano la perfetta identificazione con la vendita ritenevano che anch'essa necessitasse della forma scritta, imposta dall'art. 1314 ⁽⁶⁵⁾.

Tale soggezione della promessa alla prescrizione del codice era, per la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, ovvia conseguenza del suo essere contratto traslativo della proprietà ⁽⁶⁶⁾.

L'assenza di un'esplicita previsione del codice non rendeva, per questi autori, la soggezione della promessa di vendita all'art. 1314 meno certa, derivando essa — in ultima analisi — dai principii generali, vero e proprio *refugium peccatorum*, ultima speranza di poter dare veste giuridica a ciò che, non trovando accoglimento nel codice, si riteneva comunque rispondente a buon senso: evitare il rischio di rendere facilmente eludibile l'art. 1314, usando il semplice

⁽⁶⁵⁾ Si veda a tal proposito G. GIORGI, *nota a Cass. Torino 26 gennaio 1903*, cit., col. 809-810: "La promessa bilaterale trasferisce la proprietà e deve avere le formalità necessarie per la validità degli atti di tale natura, per cui occorre in certi casi la scrittura. Nulla meglio può provare questa verità, che il porsi sott'occhio il brano della Relazione senatoria (Vacca) sull'art. 1448 cod. civ., intorno alla perfezione della vendita. Ne risulta che la prescrizione della scrittura deve applicarsi a tutte le convenzioni, comunque siano denominate, che operino il trasferimento delle proprietà immobiliari".

⁽⁶⁶⁾ Si veda per tutti G. LOMONACO, *op. cit.*, p. 84: "Di qui deriva, che quando la promessa di vendere, equiparabile alla vendita, ha per oggetto un immobile, non può la medesima provarsi per via di testimoni; e soggiace al disposto dell'art. 1314, in virtù del quale è condizione essenziale per la validità delle convenzioni, le quali trasferiscono la proprietà d'immobili, che siano fatte o per atto pubblico o per scrittura privata". Così anche G. GIORGI, *nota a Cass. Torino 26 gennaio 1903*, cit., col. 810.

Era questa l'opinione prevalente anche in giurisprudenza. Si veda p. es. Cass. Torino 30 dicembre 1876, in *La Legge*, XVI, col. 592: "Non ha rilevanza l'osservazione che dal vigente codice non essendo stabilito che la promessa di vendita equivalga alla vendita, com'era espressamente sanzionato dal Cod. Albertino, sia perciò cessata la necessità di stipularla nel modo prescritto per la vendita, dappoiché se dessa (sic!) non equivale direttamente alla vendita, secondo però l'obbligazione di stipularla, è tale una convenzione che ha per oggetto proprio ed immediato la vendita medesima e, come questa, dev'essere fatta da atto scritto: ed una contraria interpretazione aprirebbe facilmente l'adito alla violazione di quel sistema introdotto dalla legge per cui, allo scopo di evitare gravi inconvenienti, prescrisse la formalità dell'atto scritto per le convenzioni traslative della proprietà degli immobili e dei diritti immobiliari"; si veda anche Cass. Firenze 29 dicembre 1870, in *Annali della Giurisprudenza italiana*, 1870, parte I, p. 401.

escamotage ⁽⁶⁷⁾ di chiamare 'promessa' la vendita già definitivamente conclusa ⁽⁶⁸⁾.

Si trattava di una norma posta a tutela della sicurezza dei traffici. La forma scritta, da essa imposta, era, infatti, presupposto per la trascrizione dell'atto traslativo, stabilita dall'art. 1932 c.c., che rendeva l'acquisto del compratore inattaccabile da parte di qualsiasi acquirente successivo.

I sostenitori dell'autonomia della promessa dalla vendita, naturalmente, contestavano la soggezione della promessa alle norme in materia di forma dettate per la vendita. Essi ritenevano che, non trattandosi di un atto traslativo della proprietà, la promessa non fosse sottoposta alla prescrizione dell'art. 1314 ⁽⁶⁹⁾.

Affermando che il promittente venditore rimaneva proprietario della cosa promessa, essi affermavano significativamente anche un secondo principio, conseguenza immediata del primo e di notevole rilevanza sul piano concreto degli scambi: il promittente venditore, in quanto ancora proprietario dell'immobile, poteva disporne a favore di terzi, che ne avrebbero acquistato la proprietà, indipendentemente dal fatto che avessero o meno avuto conoscenza della precedente promessa.

Il secondo problema sul quale si discuteva era, già allora, quello

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Cass. Firenze 29 dicembre 1870, cit.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *ibidem*.

⁽⁶⁹⁾ Così T. CUTURI, *op. cit.*, § 24; L. COVIELLO, *nota cit.*, col. 674. L'opinione di questi autori era condivisa anche da una parte, seppur minoritaria, della giurisprudenza, come si evince dal testo di App. Torino 4 dicembre 1886, in *La legge*, 1887, I, p. 193: "se il cod. civ tace intorno alla promessa di vendita non lascia però di accennare nel titolo relativo alla vendita, come, in certi casi, e per certe questioni a tale contratto relative, debbano osservarsi le regole generali stabilite nel tit. I, delle obbligazioni e dei contratti in genere (artt. 1449 e 1495 c.c.). D'altra parte non può dubitarsi che quando la legge tace è mestieri risalire ai principi generali che regolano la materia sulla quale si disputa e, conseguentemente, devono essere risolte secondo gli stessi principi, le questioni che possono sorgere sulla validità delle promesse di vendita delle quali si tratta e dei loro effetti. Ora, seguendo tali regole, è facile scorgere come il disposto dell'art. 1314 si applichi solamente a quelle convenzioni con le quali uno dei contraenti trasferisca immediatamente nell'altro la proprietà della cosa che ne forma l'oggetto e non già a quelli (sic!) accordi che si risolvono in un'obbligazione di fare che dovrà avere un'esecuzione futura".

della tutela per l'inadempimento, strettamente connesso, com'è evidente, al primo.

Gli autori che affermavano la perfetta equiparazione della promessa alla vendita, infatti, da ciò traevano non solo la conclusione che tra le due dovesse esserci identità di forma, ma anche quella che fosse possibile una tutela coattiva, nel caso in cui uno dei contraenti non avesse adempiuto. In realtà, essi poco si dilungavano nei loro scritti su questo aspetto, che non ritenevano necessitasse di alcuna particolare considerazione, trattandosi di un'ovvia conseguenza dell'essere la promessa vera e propria vendita, dunque produttiva di obblighi di dare, unanimemente ritenuti coercibili in forma specifica ⁽⁷⁰⁾.

Totalmente diversa era, naturalmente, la soluzione prospettata dagli avversari. Dalla considerazione della promessa come assunzione dell'obbligo di stipulare successivamente la compravendita — dunque come produttiva di un obbligo di *facere* — essi traevano la conclusione della sua incoercibilità in forma specifica, e ciò in base all'antico brocardo "nemo praecise cogi ad factum", e sostenevano che l'unico rimedio per l'inadempimento fosse il risarcimento dei danni.

L'unica norma dettata dal codice per le obbligazioni di fare, sancita dall'art. 1220, non veniva considerata rilevante per la promessa di vendita.

Tale articolo stabiliva, infatti, che "Non essendo adempita (sic!) l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempire (sic!) egli stesso a spese del debitore" e, dunque, presupponeva la possibilità di adempimento della prestazione da parte di un terzo. La prestazione del consenso, oggetto della promessa, era considerata un fatto personale, come tale non sostituibile dall'opera di un terzo. A conferma ulteriore dell'unicità del rimedio risarcitorio, si poneva l'assenza di una norma che prevedesse la possibilità di una sentenza sostitutiva del contratto non concluso ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ Vedi per tutti G. GIORGI, *nota cit.*, col. 807.

⁽⁷¹⁾ Vedi L. COVIELLO, *nota cit.*, col. 673: "Se dunque nel diritto materiale non evvi norma da cui possa desumersi il contrario di quello che per naturale ordine di cose deve ammettersi, ossia la impersonalità del 'contrahere', né si vede nel diritto processuale nostro disciplinato mezzo alcuno di esecuzione che possa applicarsi al caso, ci sembra

1.3. *Dalla promessa di vendita al contratto preliminare.*

La prima trattazione sistematica sul contratto preliminare risale notoriamente al 1896 ⁽⁷²⁾. Si afferma generalmente ⁽⁷³⁾ che essa segnò lo spartiacque tra l'adesione della dottrina al modello francese e quella al modello tedesco.

Tale affermazione non è certo priva di un fondamento reale: in effetti, sebbene Coviello, ed altri prima di lui, avessero già affermato l'autonomia delle promessa di vendita dalla vendita definitiva, proprio questo giurista per primo parlò di 'contratto preliminare', come equivalente di *Vorvertrag*, di un istituto che non si identificava affatto, almeno nella teoria, con la promessa di vendita, ma era invece generale, 'un contratto che obbliga a concludere un altro contratto', che può precedere, quindi, qualsiasi contratto, e non solo la compravendita.

Non più, dunque, di promessa di vendita si parla, ma di contratto preliminare.

Si abbandona il dibattito 'limitato' alla promessa di vendita, per teorizzare, sulla scia della Pandettistica tedesca, un istituto generale, quel contratto mediante il quale "le parti si obbligano a concludere un ulteriore contratto già interamente determinato nei suoi elementi essenziali" ⁽⁷⁴⁾, e che, soprattutto, proprio per il suo porsi in linea teorica come categoria generale, essendo dotato di un autonomo rilievo causale nei confronti del corrispondente contratto definitivo, era suscettibile in astratto di precedere qualsiasi tipo contrattuale.

L'attenzione della nostra dottrina si spostò, dunque, e si avviò un altro dibattito, relativo alla natura del contratto preliminare, alla

potere con fondamento ritenere che il compromesso di vendita viene a risolversi, in caso di giudiziale condanna, nel risarcimento dell'*id quod interest*'.

⁽⁷²⁾ Si tratta dell'opera di L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel moderno diritto italiano*, Milano, 1896, poi trasfusa nella voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, vol. III, parte III, sez. II, p. 68 ss., 1902, cit.

⁽⁷³⁾ Vedi A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 14.; A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., p. 291; ID., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 681; A. GIUSTI-M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 28; F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 4-5; F. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 34, nota 55.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. L. COVIELLO, *Dei contratti*, cit., p. 2.

possibilità di configurarlo, ai suoi rapporti col definitivo, alla forma, alla tutela per inadempimento.

Per comprendere e spiegare le ragioni di tale 'svolta' — per rispondere quindi alla tradizionale domanda di quali furono i motivi dell'introduzione, prima a livello dottrinale, e poi in giurisprudenza, ed infine nel codice del 1942, del contratto preliminare nel nostro ordinamento — sono necessarie alcune considerazioni preliminari.

È pacifico ⁽⁷⁵⁾, come già accennato, che la dottrina italiana dell'inizio del '900 si trovò di fronte ad un bivio, riguardo alla trattazione degli accordi bilaterali preliminari al contratto definitivo: continuare a seguire il modello francese, oppure optare per quello tedesco. Ed altrettanto diffusa è l'affermazione che l'opera di Coviello rappresenta il primo autorevole contributo di quella corrente di pensiero che scelse di aderire al modello tedesco, di accogliere, cioè, il contratto preliminare come elaborato dalla dottrina tedesca del *Vorvertrag*.

È però necessario precisare che quella della nostra dottrina non fu, in effetti, una scelta tra due diverse soluzioni del medesimo problema, tra due diverse concezioni e discipline, in altri termini, di un medesimo istituto (*rectius*, fenomeno).

In realtà, infatti, i due diversi orientamenti che si svilupparono in Italia tra la seconda metà dell'800 ed il '900, propendenti l'uno per il modello francese, l'altro per il tedesco, non sono propriamente contrapponibili, in quanto considerarono fenomeni diversi, o, si potrebbe affermare, in modo meno drastico, lo stesso fenomeno, ma relativamente a profili completamente diversi.

Da un lato, quella parte della dottrina che subiva l'influsso francese, equiparava la promessa di vendita alla vendita definitiva; dall'altra, quella che, invece, propendeva per il modello tedesco, considerava il contratto preliminare come una categoria concettuale tipica ed autonoma.

Gli ambienti culturali da cui provenivano queste due tendenze erano profondamente diversi: nel primo, il contratto era legato al fenomeno reale alla produzione del quale era rivolto; nel secondo, invece, si privilegiava la tendenza all'astrazione ed alla concettualiz-

(75) Vedi autori citati in nota n. 73.

zazione, che aveva raggiunto l'apice con l'elaborazione del negozio giuridico ⁽⁷⁶⁾. Le argomentazioni volte a sostenere una tendenza piuttosto che l'altra si muovevano su piani diversi: da un lato, si sosteneva l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita, sulla base dell'inderogabile principio del consenso traslativo, con riferimento ad un preciso tipo contrattuale, la compravendita; dall'altro, si disquisiva a livello astratto sulla compatibilità logica della categoria dell'atto dovuto con quella dell'atto negoziale, nell'ambito di concetti elaborati in materia di negozio giuridico, e rispetto ad una categoria generale ed astratta, il *Vorvertrag* appunto, della quale si sosteneva la tipicità per se stessa, e non in quanto applicata ad uno specifico tipo contrattuale, come la compravendita ⁽⁷⁷⁾.

Il tradizionale passaggio dal modello francese al tedesco, dunque, vi fu, ma esso deve intendersi correttamente. La nostra dottrina, in altri termini, non si trovò a dover scegliere tra due possibili soluzioni del medesimo problema, 'copiando' il modello tedesco, piuttosto che il francese. Essa compì, invece, consapevolmente, un'operazione assai diversa, mossa — è questo un aspetto del tradizionale 'passaggio' che preme evidenziare — da motivi d'interesse pratico, ancor prima che teorico.

Constatata l'impossibilità di salvare la promessa di vendita dalle maglie troppo strette del consensualismo, che ne impedivano un'autonoma configurazione, la nostra dottrina 'filo-tedesca' tentò di renderla autonoma dalla vendita definitiva, percorrendo una diversa via, quella appunto del 'contratto che promette un futuro contratto'.

Era la prospettiva che mutava: si passava dal dominio incontrastato, dalla tirannia del 'consenso', alla più benevola, o comunque certo più utile, sovranità della 'volontà'.

Pare, dunque, ora di poter dare una risposta plausibile alla domanda sul perché della 'svolta' della nostra dottrina, non dal modello francese al tedesco, bensì dalla promessa di vendita al *Vorvertrag*.

Non si può vedere l'introduzione del contratto preliminare su

⁽⁷⁶⁾ Per la storia del negozio giuridico, si rinvia a P. CAPPELLINI, voce *Negozio giuridico (storia)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XII, 1995, pp. 95-123.

⁽⁷⁷⁾ Si vedano, in tal senso, le considerazioni di R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 19, nota n. 20, già richiamata.

modello del *Vorvertrag* tedesco come l'effetto di una semplice 'moda' culturale, dovuta alla formazione dei giuristi, alla facilità di circolazione di idee, di modelli giuridici, alla possibilità di scambi culturali ed al conseguente avvicinamento ad un sistema piuttosto che ad un altro. Certo, in quel momento, a cavallo tra '800 e '900, la Pandettistica costituiva il massimo polo d'attrazione. Non si può quindi trascurare del tutto tale aspetto, ma sembra comunque quantomeno semplicistico ridurre l'opzione per il modello tedesco ad una mera 'moda' dovuta alle influenze culturali del giurista del tempo (78).

Necessita, invece, di maggior approfondimento il tentativo di spiegare la svolta sulla base di motivazioni tutt'altro che legate ad astratte mode culturali, e riconducibili all'intento di taluni autori di risolvere un problema di natura principalmente ed essenzialmente pratica, di dare un fondamentale supporto giuridico, dottrinale e poi normativo, ad una prassi diffusa tra gli operatori del mercato edilizio dell'epoca (79). Secondo tale orientamento alla base dell'introduzione dottrinale, e poi giurisprudenziale e normativa, del contratto preliminare ci sarebbe dunque l'intento di tutelare concreti interessi di natura economica.

Il cambiamento che si osserva all'inizio del secolo scorso, consistente nell'innegabile spostamento dell'attenzione dei nostri giuristi dalla promessa di vendita al *Vorvertrag*, non deve, infatti, far perdere di vista un dato basilare, forse l'essenziale premessa fattuale della dottrina italiana sul contratto preliminare, e relativo all'effettivo impiego di esso: la compravendita restava il tipo contrattuale rispetto al quale il preliminare trovava di gran lunga prevalente applicazione. Le compravendite, ed in particolare le compravendite immobiliari, costituivano il settore in cui maggiormente si sentiva la necessità di ricorrere ad esso.

(78) In tal senso si esprime R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 9.

(79) Si tratta di una tesi sostenuta da più parti: si veda G. COTTURRI, *op. cit.*, p. 295 e ss.; ed anche C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 29 e ss.; vedi anche R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, 1975, p. 683; F. MESSINEO, *Contratto preliminare; contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. del diritto*, vol. X, Milano, 1962, p. 168.

Alcuni autori ⁽⁸⁰⁾, all'inizio del '900, cominciarono, in effetti, a parlare di contratto preliminare, tipo contrattuale che affermavano corrispondente al *Vorvertrag* dei pandettisti e, soprattutto, di conseguenza, avente le stesse caratteristiche di esso. Come il *Vorvertrag*, il contratto preliminare nasceva dal principio della libertà contrattuale, come il *Vorvertrag* esso era categoria contrattuale generale ed astratta, nonché contratto perfetto, autonomo dal definitivo.

Nelle affermazioni teoriche si trattava, dunque, di un istituto che niente aveva più a che fare con il problema della promessa di vendita e della sua equiparazione alla vendita definitiva, né con i vincoli posti dal principio del consenso traslativo.

Eppure, nella casistica giurisprudenziale il graduale riconoscimento del contratto preliminare, che in realtà avvenne pienamente solo negli anni '20 ⁽⁸¹⁾, procedeva inquadrato nella promessa di vendita ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel moderno diritto italiano*, cit.; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli, 1897, in partic. pp. 306-210; C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, vol. IV, col. 29-72; G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915; F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, vol. XIV, 1916, parte II, p. 308 e ss, cit.; Id., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, vol. XV, 1917, parte I, p. 339 e ss.; F. DEGNI, *Ancora sulla promessa bilaterale di compravendita*, in *Riv. dir. comm.*, vol. II, Milano, 1910 pp. 130-133; G. FAGGELLA, *L'autonomia della volontà nei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, vol. II, Milano, 1910, pp. 851-862; G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, Milano, 1911, pp. 96-109.

⁽⁸¹⁾ Ancora nel 1909, si legge in Cass. Napoli 2 ottobre 1909 (in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 130): "La equivalenza tra la promessa sinallagmatica e il contratto di vendita non nasce soltanto dal codice albertino o anche dal codice francese, sebbene deriva invece dai principi generali di logica del diritto, e dalle disposizioni speciali dello stesso codice italiano sulla vendita, la quale è perfetta tra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore al momento in cui siasi convenuto sulla cosa, e sul prezzo, conseguenza questa del principio stabilito dall'art. 1125, per cui nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà, il diritto si trasmette e si acquista a mezzo del consenso legittimamente manifestato".

⁽⁸²⁾ Si veda per esempio Cass. Regno, 17 gennaio 1925 (in *Foro it.*, 1925, parte I, p. 146): "(...) questa Corte non trova ragione di deflettere dalla giurisprudenza ormai prevalentemente, se non costantemente, affermata, nel senso che (...) la promessa di compravendita d'immobili nel vigente nostro diritto positivo possa concepirsi e configurarsi come un contratto impegnativo, distinto e diverso dalla compravendita perfetta,

Nel raffrontare i due percorsi paralleli, ma ben distinti, che portarono, gradualmente, alla nascita ed all'affermazione del contratto preliminare, si è di recente parlato opportunamente di un 'processo inverso': mentre, sul piano teorico, la dottrina, partendo dal concetto di *Vorvertrag*, tentò di elaborare una figura svincolata (almeno nelle affermazioni) da qualsiasi tipo contrattuale, su quello pratico, la giurisprudenza, ben calata nella realtà dei traffici, si trovò a dover risolvere, nella quasi totalità dei casi, problemi relativi all'inquadramento ed alla disciplina applicabile alla promessa di vendita, spesso accompagnata dal pagamento del prezzo (o, più raramente) dalla consegna della cosa, per poi estendere le soluzioni nel tempo elaborate, a tutti gli altri contratti ⁽⁸³⁾.

Ciò non può destare stupore, se si considera che i giuristi che per primi tentarono d'interpretare il silenzio del codice come indice dell'ammissibilità del contratto preliminare erano significativamente tutti accomunati dal fatto di essere legati anche alla pratica del foro, dunque più attenti di altri alle reali esigenze del mercato ⁽⁸⁴⁾. È questo un aspetto non trascurabile ai fini di una migliore e, soprattutto, più completa comprensione dei motivi scatenanti del lungo dibattito dottrinale e dell'introduzione, infine, del contratto preliminare, che, lungi dall'essere il prodotto di astratte speculazioni

in quanto quest'ultima forma contrattuale ha per oggetto l'effettivo ed immediato trasferimento della proprietà, che ne costituisce la finalità diretta, il contenuto essenziale, e che a norma degli artt. 1125, 1148 c.c., si opera per effetto del consenso legittimamente prestato, non appena siasi convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia ancora seguita la tradizione della cosa, né il prezzo sia stato ancora pagato; contenuto e finalità che non si riscontrano nella promessa, sia pure bilaterale, di compravendita, nella quale le parti contraenti reciprocamente assumono soltanto l'impegno di una futura prestazione di quel consenso, mediante il quale dovrà poi operarsi il suaccennato trapasso della proprietà della cosa, che l'una parte promette di vendere e l'altra di comprare.

È appunto questa diversità di contenuto e di fine che segna il distacco dell'una dall'altra figura contrattuale, e che rispettivamente ne determina la concettuale caratteristica differenziale, per cui non possono andare confuse insieme (...)"

⁽⁸³⁾ Cfr. R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 29.

⁽⁸⁴⁾ L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit.; G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit.; F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit. ID, *Ancora sulla forma delle promesse bilaterali di compravendere immobili*, cit.; e successivamente, I. MOSCHELLA, *Contratti preliminari*, cit., in *Nuovo Digesto italiano*, vol. IV, Torino 1938, p. 21 ss.

teoriche, fu invece la risposta a ben precise richieste di tutela giuridica di interessi concreti.

1.3.1. *Il contratto preliminare di Leonardo Coviello* ⁽⁸⁵⁾.

Chi prendesse in mano la voce 'Contratto preliminare' dell' 'Enciclopedia giuridica italiana' ⁽⁸⁶⁾, si troverebbe subito di fronte ad una breve premessa assai particolare, per contenuto e per stile, rispetto alla maggior parte delle trattazioni relative al contratto preliminare.

Coviello inizia, infatti, il discorso con una raffigurazione "di maniera" del lungo *iter* delle trattative contrattuali, dei "momenti psicologici anteriori alla stipula del contratto", che spesso restano interni, mentre altre volte vengono esternati, dei possibili ripensamenti, degli accordi provvisori, insomma, dei "vari stadi" ⁽⁸⁷⁾ percorsi dalla "vo-

⁽⁸⁵⁾ Leonardo COVIELLO (1879-1939), di origini potentine, fu studente e poi docente presso l'ateneo napoletano, poi a Perugia, ed infine ordinario di diritto civile a Messina. Oltre che alla ricerca scientifica ed alla carriera accademica, si dedicò, fino dal conseguimento della laurea, alla pratica forense, e certo ciò influì sul suo contributo alla scienza giuridica, caratterizzato da estrema concretezza (cfr. F. FERRARA, *Leonardo Coviello*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1939, p. 223, che evidenzia come Coviello trattasse le singole questioni tenendo "sempre affisso lo sguardo alle esigenze pratiche"). Oltre all'importante monografia sui *Contratti preliminari*, cit., si devono a Coviello numerosi articoli pubblicati sulla *Giurisprudenza italiana* e sul *Filangieri*, nonché opere di più ampio respiro, soprattutto nel settore della trascrizione e delle ipoteche (vedi p. es. *Delle ipoteche*, Napoli, 1928). Di particolare interesse è poi, per i suoi risvolti metodologici, la prolusione letta il 14 gennaio 1908 all'università di Palermo: *De' moderni metodi d'interpretazione della legge* (in *La Corte di Appello*, VI, 1908, pp. 119-132), su cui vedi P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 107-108. Coviello svolse un ruolo attivo nell'elaborazione del nuovo codice civile, non solo intervenendo nel dibattito sulla riforma del codice del 1865, ma anche prendendo parte ai lavori preparatori. (vedi L. MARTONE, *Coviello, Leonardo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 30, Roma, 1984).

⁽⁸⁶⁾ L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giur. it.*, Milano, 1902, cit., pp. 68-141.

⁽⁸⁷⁾ "Da un punto di vista sociologico, si tratta della rilevazione di un comportamento forse diffuso al tempo, ma destinato a ridursi con lo sviluppo dell'economia capitalistica, per l'accelerazione dei traffici commerciali e la diffusione di 'tecniche di conclusione' assai più rapide", come "formulari, condizioni generali di contratto, contratti per adesione, ecc." (vedi G. COTTURRI, *op. cit.*, p. 304).

lontà umana prima di giungere ad una finale determinazione” (88). Naturalmente, nell’ambito delle varie manifestazioni di volontà, dei “momenti psicologici”, cioè, che vengono esternati, nella gradualità e complessità delle trattative (che con tale avvio della trattazione l’autore vuole chiaramente evidenziare) la più importante sarebbe quella con cui “le parti, pur essendo fermamente disposte di entrare in un determinato contratto, non vogliono obbligarsi pel momento, ma differiscono ad altro tempo, non già l’esecuzione del contratto concluso (sic!), ma la conclusione (sic!) stessa del contratto, sulla cui sostanza sono d’accordo: non contrattano, ma si obbligano di contrattare.” Si ha, già in questa prima definizione, un quadro chiaro, seppur sintetico, delle caratteristiche del fenomeno di cui si intraprende la trattazione, finalizzata, nel chiaro intento dell’autore, a comprendere “se e come sia garantito dal diritto, e quale pertanto sia la sua indole o figura giuridica” (89).

Fatto il quadro della lunghezza e complessità delle trattative contrattuali, e giustificata conseguentemente la necessità dello studio del contratto preliminare, Coviello dedica il secondo paragrafo al problema dell’utilità pratica di esso.

È svanito ogni dubbio relativo alla possibilità di configurarlo in astratto. Ed anzi, l’autore sottolinea con espressioni forti, e che hanno il tono di postulati indiscutibili, la fondatezza teorica del preliminare e l’assurdità del solo porsi problemi in relazione ad essa: “Che in astratto debba ammettersi che il diritto gli presti la sua garentia, non v’ha dubbio” (90) scrive, dal che traspare una certa insofferenza per l’ampio dibattere su una questione che gli sembra inutile.

Tale atteggiamento — nei confronti di una problema che, invece, non pare fosse da ‘liquidarsi’ in poche parole di premessa, come ormai risolto e privo d’interesse — merita qualche precisazione.

Poche parole vengono spese riguardo al fondamento teorico del contratto preliminare. Esso viene naturalmente ancora una volta identificato — come già avevano fatto nell’ambito del dibattito sul

(88) L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 68.

(89) *Ibidem.*

(90) *Ibidem.*

rapporto tra promessa di vendita e vendita i sostenitori di entrambe le tesi ⁽⁹¹⁾ — nei 'principii generali'. Non si tratta certo dei principii generali sui quali insisteva Giorgi e con lui la maggioranza della dottrina avversa alla possibilità di configurare l'autonomia della promessa di vendita: non c'è più spazio per il principio del consenso traslativo, non si sta più parlando di compravendita, ma di 'contratto' ⁽⁹²⁾. Il preliminare trova il suo fondamento teorico nella volontà umana, nel principio della 'libertà contrattuale', come tutti i 'contratti innominati', le regole proprie dei quali "si desumono dai principii generali del codice sui contratti" ⁽⁹³⁾.

L'ammissibilità teorica del contratto preliminare è conseguenza immediata ed inconfutabile del principio della libertà contrattuale, principio cardine dell'ordinamento, ma, ancor di più, essa deriva per l'autore dal "vivo interesse pratico" delle parti a non vincolarsi subito col contratto definitivo ⁽⁹⁴⁾.

Nella lunga trattazione, al fine di offrire una solida base teorica ad un istituto estraneo al diritto italiano, pullulano i riferimenti dettagliati alla dottrina tedesca sul *Vorvertrag* e sulla *Abschlussfreiheit* ⁽⁹⁵⁾. Eppure, l'intera costruzione teorica di Coviello si regge

⁽⁹¹⁾ Vedi *supra*, in questo capitolo, in particolare §§ 1.2; 1.2.1; 1.2.2.

⁽⁹²⁾ "Che la legge presso di noi non contenga alcuna norma relativa all'obbligo di contrattare, è cosa nota; ma ciò non impedisce di fare ricorso ai principii generali del diritto (art. 3 disp. prel.). Ora è principio supremo in materia di diritto privato che la volontà umana debba essere rispettata in tutte le sue manifestazioni aventi carattere di utilità e di liceità (...)" (vedi L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 69).

⁽⁹³⁾ Cfr. L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 70.

⁽⁹⁴⁾ Coviello non tratta, in effetti, distintamente i problemi, assai diversi, dell'ammissibilità teorica e dell'utilità pratica del contratto preliminare, che continuamente s'intersecano: "Che in astratto debba ammettersi che il diritto gli presti la sua garentia, non v'ha dubbio, qualora si pensi al vivo interesse pratico che possono avere le persone a non essere costrette a contrattare momentaneamente, e nel tempo stesso a star sicuri che il vantaggio ripromessosi da un determinato negozio si otterrà in tempo più lontano e forse più opportuno, giacché a quel tempo si ha diritto ad esigere la conclusione (sic!) del contratto" (cfr. p. 68).

⁽⁹⁵⁾ È spesso richiamata l'opera di DEGENKOLB (*Zur Lehre vom Vorvertrag*, cit.), considerato il padre del *Vorvertrag*; ma sono citati frequentemente anche E. THÖL, *Das Handelsrecht*, cit.; F. GELLER, *Der Vorvertrag*, cit.; H. GÖPPERT, *Zur Lehre von der pacta de contraendo*, cit.

in realtà sulla necessità di introdurre il contratto preliminare in virtù della sua indiscutibile utilità pratica.

Ciò è evidente nel secondo paragrafo, dove, proprio a dimostrazione di essa, l'autore trascrive il pensiero del Göppert: "Si è liberi, nella peggiore ipotesi, con un sacrificio di denaro, di lasciare cadere l'impegno, se l'atteso bisogno non si verifica ovvero le antiche condizioni non ci convengono più" ⁽⁹⁶⁾, omettendo, però, qualsiasi riferimento alle critiche subite dal Göppert ad opera del padre del *Vorvertrag*, che aveva inteso il 'cambiamento d'opinione' come 'cambiamento spontaneo e concorde di entrambe le parti' ⁽⁹⁷⁾.

Pur essendone perfettamente a conoscenza ⁽⁹⁸⁾, Coviello pensa alla decisione unilaterale di una parte di far cadere l'impegno, accettando il 'sacrificio di denaro'. Circa il problema dell'inadempimento, infatti, è tenace avversario della possibilità di configurare la tutela in forma specifica e sostiene invece il rimedio del risarcimento dei danni: ciò significativamente, nonostante la diversa soluzione accolta dai tedeschi, e nonostante l'esistenza nel codice civile del 1865 dell'art. 1932, che, secondo molti ⁽⁹⁹⁾, costituiva il fondamento positivo per la configurabilità di una sentenza esecutiva del preliminare ⁽¹⁰⁰⁾.

Il paragrafo che, nell'ambito di un lungo e dettagliato capitolo sugli "effetti del contratto preliminare", l'autore dedica al problema

⁽⁹⁶⁾ Cfr. L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 69, che traduce GÖPPERT, *op. cit.*, n. VII, p. 420 ("(...) denn es steht uns frei — schlimmsten Falls, wenn wir uns selbst ebenfalls obligirt haben, gegen ein Geldopfer — das Engagement fallen zu lassen, wenn der erwartete Bedarf nicht eintritt oder die alten Bedingungen uns nicht mehr conveniren").

⁽⁹⁷⁾ Vedi H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 30.

⁽⁹⁸⁾ Ed infatti si legge, poco più avanti: "Però, sebbene quest'ultima posizione sembri a noi esattissima pel nostro diritto positivo, come sarà a suo luogo dimostrato, giustamente osserva il Degenkolb che non si può in ciò riporre l'utilità pratica del contratto preliminare, se prima non sappiamo quali sono i suoi particolari caratteri e più specialmente se l'operazione che ne nasce si risolve in una condanna ai danni, ovvero nella prestazione specifica" (cfr. COVIELLO, *op. cit.*, p. 69).

⁽⁹⁹⁾ Vedi G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., n. 153, p. 150, che però, considerando la promessa sinallagmatica vera vendita (vedi *supra*, § 1.2.1), si riferisce alle sole promesse unilaterali: "Il promittente" scrive "è obbligato a dar la cosa, e stipulare l'atto opportuno; e se vi si rifiuta, la sentenza potrà tener luogo del contratto, giusta l'articolo 1932, n. 7 del Codice civile".

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi L. COVIELLO; *op. cit.*, pp. 131-133.

dell'inadempimento, merita qualche breve riflessione. Si tratta, in realtà, — pur nell'ambito di una lunga trattazione che intende occuparsi del 'contratto preliminare' superando i problemi relativi alla promessa di vendita, e che in effetti abbraccia molteplici aspetti non inerenti a quest'ultima o che comunque vanno oltre — della pressoché identica riproduzione di quanto già argomentato nella nota a sentenza di pochi anni prima relativamente all'inadempimento della promessa di vendita ⁽¹⁰¹⁾.

Si è davvero assistito ad una 'svolta'?

Pare piuttosto che la promessa di vendita sia ancora ben presente al nostro 'padre' del contratto preliminare, e che anzi Coviello abbia in mente una ben precisa materia d'interessi come possibile contenuto del neonato strumento contrattuale. Significativa in tal senso una nota nel paragrafo sull'utilità del preliminare: "anche Giorgi vede l'utilità dei contratti preliminari specie nei casi in cui non si può da una parte concludere (sic!) il contratto definitivo, senza certe autorizzazioni ch' esigono tempo, e non si vuol rimanere, come suol dirsi, con le mosche in mano" ⁽¹⁰²⁾.

Sembra, dunque, che l'interesse avuto di mira dall'autore sia quello di "una parte", quella che deve attendere "certe autorizzazioni". Anche se Coviello non ne parla esplicitamente, è probabile che il settore al quale pensa sia quello edilizio, ed in modo particolare, quello dell'edilizia abitativa, e che le "autorizzazioni" di cui parla, siano le 'licenze di costruzione' ⁽¹⁰³⁾.

Di recente, qualcuno ha espressamente collegato la nascita del contratto preliminare all'ambito delle compravendite di immobili ad uso abitativo in corso di costruzione: in particolare, lo strumento del contratto preliminare si sarebbe rivelato di fondamentale importanza in relazione alle forti ripercussioni subite dal settore dell'edilizia abitativa in concomitanza della seconda rivoluzione industriale,

⁽¹⁰¹⁾ Vedi L. COVIELLO, *nota a Cass. 21 maggio 1895*, cit.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit., nota n. 7, § 2, p. 69 (Le parole di Giorgi non sono comunque citate a proposito da Coviello. L'autore, infatti, convinto assertore dell'equiparazione tra promessa bilaterale di vendita e vendita, le riferisce all'utilità delle promesse unilaterali, le uniche che considera autonome dal contratto definitivo. Vedi G. GIORGI, *op. cit.*, n. 144).

⁽¹⁰³⁾ Vedi G. COTTURRI, *op. cit.*, p. 309.

tra la fine dell'800 e l'inizio del '900. Proprio in quegli anni, infatti, si verificò un rilevante aumento delle costruzioni destinate all'industria. Ciò comportò una diminuzione della disponibilità di aree edificabili per la realizzazione di abitazioni, con conseguente aumento del prezzo di esse. Nacque in questo periodo la figura del costruttore-imprenditore, che non si occupava più solo dell'edificazione, ma prendeva anche l'iniziativa della costruzione, in proprio e non più, come in passato, su incarico di un terzo che ne dava in appalto la realizzazione. L'impresa richiedeva la disponibilità di ingenti capitali che il costruttore-imprenditore cercava di ottenere dai singoli acquirenti, tramite il pagamento frazionato del prezzo — in anticipo rispetto alla consegna della porzione immobiliare e, quindi, al trasferimento della proprietà di quest'ultima — in genere correlato alle fasi di realizzazione dell'abitazione.

Spesso ciò avveniva proprio utilizzando la sequenza contratto preliminare-contratto definitivo, stabilendo apposite clausole che prevedevano il pagamento del prezzo in anticipo rispetto alla stipula del contratto definitivo ad efficacia traslativa. ⁽¹⁰⁴⁾

Pare quindi, se veramente lo scopo di questa ricerca è comprendere la genesi ed il significato del contratto preliminare nel nostro ordinamento, di dover abbandonare qualsiasi ricostruzione che pretenda di sorvolare sulle motivazioni reali che spinsero la nostra dottrina ad elaborarlo, avvicinandosi al *Vorvertrag* tedesco. Tali motivazioni s'identificano — almeno in parte — con la volontà, da parte di alcuni autori, di sostenere la prassi degli imprenditori edilizi dell'epoca, che vedevano nel contratto preliminare lo strumento

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *La contrattazione preliminare abitativa*, cit., pp. 35-36; si veda in tal senso anche G. COTTURRI, *op. cit.*, p. 309; A. DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.* XXI, 1990, p. 6; più di recente, si veda F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit. pp. 5-6, che evidenzia come la dottrina del contratto preliminare di COVIELLO, e dei giuristi che negli anni immediatamente successivi si dedicarono allo studio di esso, fosse il risultato di un'analisi della realtà dei commerci tanto fine quanto inusuale per i tempi e che nei loro scritti sia più che evidente il riferimento alla promessa di vendita di immobili ancora da costruire. "In questo contesto economico" scrive "il contratto preliminare finisce così per divenire uno strumento per il finanziamento dell'impresa, prevedendosi, di regola, il pagamento anticipato di parte del prezzo, o la dazione di somme a titolo di caparra, a carico del promittente acquirente"; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 683; F. MESSINEO, *Contratto preliminare; contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, cit., p. 168.

utile per poter fermare l'affare — senza ancora trasferire l'immobile ed anzi, molto prima della realizzazione di esso — in attesa delle concessioni amministrative necessarie per l'edificazione. Il contratto serviva, allora, già a prefinanziare l'operazione, senza dover ricorrere esclusivamente agli istituti di credito, e ad avviarla per poter poi svolgere, nel tempo, tutti gli adempimenti burocratici richiesti.

Proprio nell'ambito dell'edilizia abitativa cominciò, dunque, ad utilizzarsi nella prassi uno strumento giuridico nuovo, che in realtà, pur prendendo il nome di 'contratto preliminare', poco aveva in comune col *Vorvertrag*: se in teoria dottrina e giurisprudenza si riferivano ad esso, infatti, come a quel contratto che obbliga a contrarre, nel contesto della singola decisione, nei casi pratici che i giudici si trovarono a risolvere, venne spesso identificato con l'accordo che obbliga immediatamente al pagamento del prezzo e/o alla consegna del bene, ma rinvia alla stipulazione di un successivo atto, la vendita definitiva, il verificarsi dell'effetto traslativo ⁽¹⁰⁵⁾.

Dunque, il contratto preliminare nacque in Italia come 'preliminare di vendita ad effetti anticipati', comportante le obbligazioni tipiche di una vendita definitiva, in particolare il pagamento del prezzo, ma non il trasferimento della proprietà del bene. Si trattò, in altri termini, di una 'strumentalizzazione' della figura giuridica del *Vorvertrag* per porre rimedio alla mancanza, nell'ordinamento italiano, di una vendita obbligatoria, come quella tedesca ed austriaca, di un modo, — in altre parole — per eludere i vincoli, non più sentiti come utili ed attuali, del principio del consenso traslativo.

La promessa di vendita, finalmente, nella nuova veste giuridica di contratto preliminare, astrattamente idoneo a precedere pressoché qualunque tipo contrattuale, acquistò autonoma rilevanza rispetto alla vendita ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Vedi R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 29.

⁽¹⁰⁶⁾ Secondo L. MONTESANO (*Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, p. 10) la nascita ed il successivo tramonto del principio di equiparazione della promessa di vendita alla vendita, derivano, rispettivamente, dalla vittoria della libertà contrattuale sul vecchio formalismo — per cui fonte degli effetti giuridici non è più il rispetto di certe forme, appunto, bensì la manifestazione del consenso — e dalla elaborazione del negozio giuridico, che costituisce una conseguenza ed un perfezionamento di quella vittoria.

Non sembra condivisibile l'opinione secondo cui la nascita del contratto preliminare nel nostro ordinamento sarebbe manifestazione di un più generale fenomeno di mera ripetizione di esperienze giuridiche straniere, prima francesi, poi tedesche ⁽¹⁰⁷⁾. Al contrario, pare che quella compiuta dalla nostra dottrina all'inizio del secolo scorso sia stata un'operazione consapevolmente volta al raggiungimento di determinati scopi pratici: ricreare l'antico dualismo *titulus/modus adquirendi*, necessario alle esigenze dei traffici, dunque, in altre parole, reintrodurre un concetto di durata e di dinamicità in contrasto con l'immediatezza e la staticità del principio del consenso traslativo ⁽¹⁰⁸⁾.

Alla monografia di Coviello seguirono, infatti, molti consensi.

In dottrina, si segnala, primo fra tutti, il fratello Nicola, che, nel suo trattato 'Della trascrizione' ⁽¹⁰⁹⁾ — argomento che impone una presa di posizione sul problema della natura del contratto preliminare — non solo ne afferma con decisione la contrattualità, ma si sofferma sull'oggetto di esso, non un *dare*, né un *facere* generico, ma un *facere* ben preciso, consistente nella conclusione di un altro contratto ⁽¹¹⁰⁾. E respinge risolutamente l'equiparazione tra promessa di vendita e vendita perché contraria ai "principii generali" e alla "ragione", chiamando in causa il "supremo principio" della libertà contrattuale, per cui acquistano rilevanza i "motivi speciali" che inducono le parti a vincolarsi in via preliminare prima di procedere alla stipula di un contratto definitivo ⁽¹¹¹⁾.

La strada tracciata da Leonardo Coviello fu poi ripresa, tra i molti, da Carlo Francesco Gabba che — a parte la critica mossa nei confronti dell'espressione *Vorvertrag* e della traduzione italiana, scelta da Coviello, 'contratto preliminare', che giudica entrambe

⁽¹⁰⁷⁾ Vedi G. COTTURRI, *op. cit.*, p. 307.

⁽¹⁰⁸⁾ È la tesi già accennata da C. M. BIANCA, *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. I, Padova 1970, p. 139 e poi ripresa da A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 673.

⁽¹⁰⁹⁾ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli, 1897. Si veda il profilo tracciato da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 47-48 e 73-75 e, soprattutto, ID., *Itinerari dell'assolutismo giuridico - Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi*, Coviello e Ferrara, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 382-441.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. N. COVIELLO, *op. cit.*, vol. I, p. 306.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. N. COVIELLO, *op. cit.*, pp. 309-310.

poco appropriate, l'una perché evidenzerebbe solo l'anteriorità rispetto all'*Hauptvertrag*, l'altra perché richiamerebbe la fase preliminare della formazione del contratto — ribadisce che la figura generale della promessa bilaterale di contratto è indubbiamente concepibile, in quanto “applicazione della libertà di contrattare”, e che la disciplina ad essa applicabile può dedursi dai principii generali ⁽¹¹²⁾.

Anche Francesco Degni, qualche anno dopo, partendo dalla promessa di vendita, parla del contratto preliminare, autonomo e diverso dal definitivo, e si scaglia contro la giurisprudenza che, a suo parere, malgrado il consolidamento delle nuove tendenze dottrinali, è ancora chiusa in un “dogmatismo intollerante” ⁽¹¹³⁾.

In realtà, se la voce di Coviello fu ascoltata dapprima in dottrina ⁽¹¹⁴⁾, anche la giurisprudenza non restò sorda: soprattutto dall'inizio degli anni '20, si sviluppò, infatti, un orientamento costante a favore del nuovo istituto ⁽¹¹⁵⁾.

Come già accennato, le decisioni dei giudici in materia di preliminare riguardavano essenzialmente controversie relative a contratti di compravendita ed erano accomunate dal riconoscimento dell'autonomia della promessa di vendita dalla vendita definitiva. Si assisteva, cioè, significativamente, ad un procedimento inverso a quello avvenuto in dottrina, almeno formalmente: pur avendo in mente sempre il problema della possibilità di configurare anche in Italia, come in Germania, accanto ad una vendita ad effetti reali immediati, anche una vendita ad effetti obbligatori, gli autori che nel primo '900 iniziarono a parlare di contratto preliminare, ne parlano come di una categoria astratta e generale, che poteva precedere

⁽¹¹²⁾ Vedi C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, cit., col. 29-72.

⁽¹¹³⁾ Vedi F. DEGNI, *Ancora sulla promessa bilaterale di compravendita*, cit., p. 130 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Tra cui si vedano, oltre agli autori già citati, G. FAGGELLA, *L'autonomia della volontà nei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica*, cit., p. 851 e ss.; ID. *Il potere della volontà nella formazione di un futuro negozio giuridico*, *ibid.*, 1912, I, p. 1013; G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit.; F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit.; ID., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Vedi Cass. 28 novembre 1921, in *Foro it.*, 1922, I, 97; Cass. 17 dicembre 1923, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 78; Cass. 8 ottobre 1925, in *Giur. it.*, 1926, I, 188.

pressoché qualsiasi tipo contrattuale, e dunque, tra gli altri, proprio in virtù di tali caratteristiche, anche la vendita.

Dalla lettura delle sentenze di quel periodo, si evince invece chiaramente che i giudici facevano ricorso costantemente al nuovo istituto, per poter finalmente affermare l'autonomia della promessa dalla vendita, partendo dunque da essa e non dal contratto preliminare, e ciò, basandosi su un criterio di distinzione che palesa la sopravvivenza dell'inderogabile rispetto del principio del consenso traslativo, a fronte della pressioni provenienti dal mercato per il superamento di esso: quello della riconducibilità immediata o meno dell'effetto traslativo all'accordo posto in essere. Il discrimine tra promessa di vendita e vendita s'identificava, in altri termini, con la "volontà contrattuale che nella vendita ha un contenuto reale, cioè la trasmissione del dominio, mentre nella promessa ha un contenuto obbligatorio in quanto il promittente si obbliga a prestare un consenso futuro a tale trasmissione, la quale si attiva in virtù di una nuova e successiva dichiarazione di volontà" ⁽¹¹⁶⁾.

L'elaborazione dottrinale del 'contratto che promette un futuro contratto' permise, dunque, alla giurisprudenza di affrancare la promessa di vendita dalla vendita definitiva, e ciò non 'superando l'insormontabile' ostacolo dell'inderogabilità del consenso traslativo, bensì evitandolo, tramite il ricorso ad un diverso principio anch'esso posto alla base dell'ordinamento e padre del novello contratto preliminare: il principio della libertà contrattuale, come libertà per i contraenti di scegliere l'oggetto del loro *contrahere*.

2. *I temi principali di dibattito dottrinale precedente al codice del 1942: la validità del preliminare e la tutela per l'inadempimento.*

2.1. *Il problema della validità del preliminare e del rapporto tra preliminare e definitivo nell'ambito della 'formazione del contratto'.*

Se il problema principale che investì la nostra dottrina a cavallo tra otto e novecento fu naturalmente quello dell'ammissibilità del

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Cass. 28 novembre 1921, cit.

contratto preliminare, una volta accolto — seppur non certo pacificamente — il nuovo istituto, si presentarono ad essa altri aspetti problematici di notevole rilievo, che catturarono l'attenzione dei giuristi italiani per quasi mezzo secolo, fino alla presa di posizione del legislatore del 1942: il problema dei requisiti di validità del preliminare, che s'inseriva nell'assai più ampia problematica relativa al rapporto tra preliminare e definitivo e della 'formazione del contratto'; e quello della tutela per l'inadempimento del preliminare.

Circa il primo problema, riconosciuta ormai dalla maggioranza degli autori l'ammissibilità del contratto preliminare, caratterizzato dal suo peculiare contenuto consistente nell'obbligo di concludere un successivo contratto, sorgeva comunque dissenso circa gli altri caratteri di esso.

Uno degli elementi più discussi fu quello della forma. Nel silenzio del codice, la maggioranza della dottrina optava per la forma libera ⁽¹¹⁷⁾; in tal senso, già Coviello si espresse chiaramente, e d'altra parte tale soluzione pareva logica conseguenza dell'essere il contratto preliminare contratto innominato, non previsto né disciplinato in alcun modo dal codice ⁽¹¹⁸⁾. Non mancarono, però, voci in contrasto con l'orientamento dominante, che affermarono la necessità per il preliminare della stessa forma prescritta per il definitivo, sulla base della considerazione — che sembra testimoniare una certa confusione circa la reale autonomia del preliminare, anche fra i suoi sostenitori — che la ragione che induce il legislatore ad imporre la forma scritta per un contratto è sempre di ordine pubblico e riguarda tutti "gli stadi" del contratto, compreso quello consistente nella preparazione di esso, tramite la promessa di contratto ⁽¹¹⁹⁾. Ciò, naturalmente, era sostenuto soprattutto con riguardo ai contratti per i quali era richiesta la forma scritta, e, dunque, certo, per la compravendita immobiliare.

⁽¹¹⁷⁾ Vedi F. DEGNI, *Ancora sulla promessa bilaterale di vendita*, cit., p. 130; I. MOSCHELLA, *Contratti preliminari*, cit., p. 21.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 94: "Il contratto preliminare adunque nel nostro diritto positivo è completamente libero da ogni forma, poiché in nessun luogo la legge ne fa oggetto delle sue disposizioni".

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, cit., p. 56; vedi anche ID., *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Milano, 1912, p. 149.

Il dibattito sulla forma del preliminare s'inseriva in realtà, come già accennato, in una discussione più ampia e complessa. Ammessa la configurabilità di esso, emergeva come questione di primaria importanza quella — fino ad allora, in realtà, passata a dir poco in secondo piano a causa dell'urgenza di risolvere il problema della possibile introduzione del preliminare nel nostro ordinamento — del rapporto tra esso ed il contratto definitivo.

Il lungo dibattito sul significato del silenzio del codice, sulla possibilità di dedurre da esso l'ammissibilità del preliminare interpretandolo come tacito rinvio al principio della libertà contrattuale; gli scontri relativi persino alla scelta del nome da dare a quello che si era preteso essere il *Vorvertrag* italiano: tutto ciò aveva distolto per lungo tempo l'attenzione dei giuristi da un aspetto fondamentale, quello della convivenza tra due atti dei quali entrambi si affermava la natura contrattuale.

Si assisteva, dunque, ad un nuovo cambiamento, di notevole rilevanza, circa l'oggetto del dibattito: esso non s'incentrava più sul contratto preliminare, considerato isolatamente — com'era stato reso necessario dall'esigenza di affermarne la natura di contratto tipico ed autonomo — bensì sul rapporto tra preliminare e definitivo. L'attenzione dei nostri autori per tale problematico rapporto li condurrà in seguito a perdere di vista i motivi legati agli interessi concreti che avevano portato, come già visto, all'introduzione del nuovo istituto nel nostro ordinamento, ed a fossilizzarsi su discussioni astratte e meramente dogmatiche, relative appunto alla difficoltà di risolvere tale rapporto nell'esistenza contemporanea della contrattualità in entrambi gli atti.

In un primo momento però — preme evidenziarlo — il dibattito sul rapporto preliminare/definitivo scaturì dall'osservazione di ciò che si verificava nella prassi degli scambi commerciali e s'identificò con l'arduo tentativo di rispondere alla questione, tutt'altro che priva di risvolti pratici, della necessità o meno che il preliminare contenesse tutti gli elementi essenziali del contratto definitivo.

Espressione, seppure acerba, di tale nuovo cambiamento nella prospettiva di approccio della nostra dottrina al contratto preliminare, è lo scritto di Giovanni Carrara, che significativamente s'inti-

tola 'La formazione dei contratti' ⁽¹²⁰⁾, e che, nell'ambito di una trattazione — come si evince facilmente dal titolo — assai più ampia, comprende anche un capitolo relativo a "i periodi precontrattuali" ed al contratto preliminare.

Il problema degli elementi essenziali s'inserisce appunto in un discorso che ormai va ben al di là del 'contratto preliminare' e riguarda, invece, la formazione del contratto, fenomeno complesso, destinato a sfociare nel contratto definitivo, ed all'interno del quale il preliminare costituisce solo e niente più che una 'fase'.

Per la verità, si tratta di una teoria solo accennata. Carrara parla, in effetti, del contratto preliminare come di una "semplice tappa" "nell'azione formativa del contratto" ⁽¹²¹⁾, caratterizzata, rispetto alle altre tappe che la precedono, dall'essere le parti mosse non più ciascuna esclusivamente dal proprio interesse, bensì da un interesse comune ad entrambe, consistente "nell'armonia e nella omogeneità sostanziali e formali del contratto" ⁽¹²²⁾.

Pur nell'ambito di una trattazione avente ad oggetto la formazione del contratto, l'autore si dilunga nel descrivere le differenze tra elementi oggettivamente essenziali e soggettivamente essenziali. Fuor di dubbio che il preliminare debba contenere i primi, necessari ad individuare quale contratto le parti intendano concludere in futuro ⁽¹²³⁾, quest'autore dedica solo poche parole alla questione — a tale distinzione strettamente legata e tutt'altro che futile — di come debbano essere regolati gli elementi accessori, qualora le parti, in sede di definitivo, non riescano a trovare un accordo: "A noi pure sembra che in simile caso (...) i punti accessori debbano essere regolati dal giudice mediante l'applicazione delle disposizioni della

⁽¹²⁰⁾ Vedi G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

⁽¹²¹⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 43.

⁽¹²²⁾ Cfr. ID., *ibidem*.

⁽¹²³⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 45: "Ma se le parti si sono impegnate a comperare e a vendere, occorre che si sappia esattamente quale compravendita dovrà in avvenire essere conclusa; è necessario perciò determinare il futuro contratto di vendita. A questo scopo debbono le parti intendersi sui punti del futuro contratto. Posta la questione in questo senso, non occorre che l'accordo delle parti sui punti del contratto definitivo sia completa e si estenda su tutto intiero il contenuto del contratto definitivo, ma basta che comprenda tali elementi da potere esattamente determinare il contratto futuro".

legge comune” (124), naturalmente ciò, a meno che le parti stesse non abbiano riconosciuto importanza essenziale ad un elemento accessorio, facendolo assurgere ad elemento essenziale, e dunque privando, in definitiva, di reale valore la distinzione affermata tra elementi oggettivamente e soggettivamente essenziali, nonché quella tra elementi essenziali ed accessori.

Già qualche anno prima, per il vero, dottrina autorevole si era espressa in tema di formazione del contratto, e, soprattutto, sull'efficacia da attribuirsi all'accordo raggiunto dai contraenti su alcuni punti di esso, allorché si fossero riservati di trattare successivamente e di accordarsi su uno o più punti del futuro contratto.

Vittorio Scialoja aveva osservato, infatti, a proposito di una decisione giurisprudenziale nella quale era asserito l'identificarsi del perfezionamento del contratto con il raggiungimento del consenso sugli *essentialia negotii*, che non si potesse ricollegare la perfezione del contratto alla distinzione tra elementi essenziali ed accidentali, potendo avere per la formazione di uno specifico contratto “per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali” (125).

2.1.1. *Il contratto preliminare come 'tappa' della 'formazione progressiva del contratto' di Francesco Carnelutti* (126).

Le riflessioni di Scialoja prima e lo scritto di Carrara di pochi anni successivo diedero l'avvio ad una serie d'interventi ai quali si deve l'introduzione di un nuovo modo di affrontare i problemi inerenti al contratto preliminare, non più considerato per se stesso, come monade a sé stante, indipendentemente dal definitivo, ma come fase, appunto, della formazione del contratto.

Tra questi, spiccano i due noti scritti, pubblicati sulla 'Rivista

(124) Cfr. G. CARRARA, *op. cit.*, p. 46.

(125) Cfr. V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, 479.

(126) FRANCESCO CARNELUTTI (1879-1965) studiò giurisprudenza all'università di Padova, dove, dopo aver insegnato diritto commerciale presso l'università di Catania, fu poi ordinario di diritto processuale civile fino alla cattedra a Milano e poi a Roma. La sua vastissima opera coinvolge i più diversi settori del diritto, comprese la metodologia giuridica e la teoria generale del diritto, ma il settore in cui il contributo di Carnelutti fu

del diritto commerciale' (127), nei quali Francesco Carnelutti iniziò a parlare di 'formazione progressiva del contratto'. Prendendo le mosse appunto dalle considerazioni di Scialoja, questo autore pone in luce come la distinzione tra elementi essenziali ed accidentali abbia rilevanza, non solo ad effetti di classificazione, ma altresì agli effetti appunto della 'formazione del contratto'. Da giurista pratico del foro, Carnelutti intende elaborare la sua teoria basandosi sull'osservazione di ciò che accade nella pratica degli affari, e cioè sulla constatazione che le parti spesso non regolano il rapporto che si stabilirà tra loro in ogni punto, "ma si limitano a regolarlo in quei punti sui quali il conflitto di interessi è più vivo" (128). Proprio in questo, l'autore vede palesarsi l'importanza della distinzione tra elementi essenziali ed accidentali. Sui primi le parti potrebbero accordarsi, mentre sui secondi potrebbero tralasciare di prendere alcuna determinazione, lasciando provvedere in tale ipotesi la legge, o l'uso, o l'equità.

Gli elementi essenziali costituiscono per Carnelutti il 'contenuto minimo' del contratto, sul quale le parti necessariamente dovrebbero contrattare, perché il contratto possa esistere.

L'autore però non si limita ad esaminare la situazione in cui le parti si siano accordate sul contenuto minimo, tacendo su ogni altro punto del contratto futuro, ma esamina anche una situazione diversa, in cui le parti, accordatesi sugli elementi essenziali, rimandino ad un momento successivo l'accordo su uno o più altri punti. In tal

storicamente più importante è quello del diritto processuale civile. Fortemente influenzato dal pensiero di Chiovenda, fondò con quest'ultimo la c.d. *Scuola sistematica del diritto processuale* e l'organo di questa, la *Rivista di diritto processuale civile* (1924). Nello stesso periodo il giurista fu l'artefice del progetto del nuovo codice di procedura civile (1926), che, fatto proprio dalla commissione reale senza modifiche di rilievo, e noto come 'progetto Carnelutti', successivamente confluì in gran parte nel nuovo progetto che diverrà il vigente codice. Oltre che all'attività scientifica, Carnelutti si dedicò anche alla professione forense, nella quale pure eccelse. (Vedi G. TARELLO, *Carnelutti, Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 20, Roma, 1977). Si veda anche P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., che frequentemente richiama Carnelutti, come un giurista attento alla realtà sociale in divenire (vedi pp. 97-98), munito di "aguzza sensibilità storica" (vedi p. 125). Sul Carnelutti processualcivilista vedi Id., *ibidem*, pp. 242-247.

(127) F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit.; Id., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, cit.

(128) Cfr. Id., *Formazione progressiva del contratto*, cit., p. 310.

caso, le parti, pur riservando di accordarsi sui dettagli, possono stabilire che il contratto si perfezioni.

Raggiunto l'accordo sugli elementi essenziali, il contratto sarebbe quindi già perfetto, ma la sua efficacia sarebbe subordinata al verificarsi della condizione sospensiva consistente nel "fatto futuro ed incerto che le parti riescano ad accordarsi su questa o su quella clausola accessoria" (129).

Non mancarono aspre critiche alla teoria di Carnelutti (130), incentrate soprattutto sull'impossibilità di configurare l'accordo sull'elemento riservato in sede di prima manifestazione del consenso come condizione sospensiva, trattandosi invece, per alcuni autori, di un 'elemento costitutivo', integrante il consenso, che non potrebbe ritenersi esistente finché non si sia verificato su tutti i punti sui quali le parti debbano raggiungere un accordo, per legge o per loro volontà (131). Non sembra necessario soffermarsi su tali critiche, alle quali l'autore non mancò di replicare (132), nel dettaglio.

Ciò che in realtà soprattutto interessa è proprio il nuovo modo di concepire il contratto preliminare, non più come contratto a sé, ma come fase di un procedimento volto alla produzione finale di determinati effetti e, dunque, non più considerabile come scisso dal definitivo, ma strettamente legato ad esso, essendo entrambi tappe della progressiva formazione del contratto; un nuovo modo di concepire il rapporto preliminare-definitivo che sarà ripreso e svi-

(129) Cfr. F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., p. 318.

(130) Il riferimento è soprattutto ad A. CANDIAN, *Questioni in tema di formazione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 854 e ss., il quale, nell'ambito di una recensione al libro di Carrara, contestava apertamente la teoria di Carnelutti, secondo cui, raggiunto l'accordo sugli elementi essenziali, il contratto sarebbe perfetto, ma sospensivamente condizionato all'accordo successivo su quelli accessori: "Invero, pel fatto stesso di una riserva sul futuro accordo intorno a un punto qualsiasi manca la esistenza del contratto, sia pure subordinata a condizione sospensiva. Manca per la stessa ragione per cui mancherebbe in caso di riserva su uno dei c.d. punti oggettivamente essenziali. Sotto questo profilo infatti, nessuna differenza è da fare fra essenzialità soggettiva e essenzialità oggettiva." (cfr. pp. 855-856). In tal senso, pochi anni più tardi si espresse anche A. GRAZIANI, *nota a Corte d'Appello di Napoli 10 marzo 1924*, in *Il Foro italiano* 1924, vol. XLLX, col. 562-572.

(131) Questo il pensiero di A. GRAZIANI, *nota cit.*, col. 565.

(132) Vedi F. CARNELUTTI, *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, cit., in *Riv. dir. comm.*, vol. XV, 1917, parte I, p. 339 e ss.

luppato in modo più compiuto e coerente alcuni decenni più tardi dalle c.d. 'teorie procedimentali'. "A questa cosiddetta formazione progressiva del contratto" scrive Carnelutti "serve specialmente il contratto preliminare. (...) Non credo di errare osservando appunto come la promessa di contratto si conchiude (sic!) con grande frequenza come prima tappa della formazione contrattuale, mentre il suo distacco dal contratto definitivo è dovuto all'intento di regolare con questo in forma più complessa e più compiuta la situazione delle parti" (133).

2.2. *Il problema della tutela per l'inadempimento.*

Non meno complesso fu il dibattito che si scatenò riguardo al problema della tutela per l'inadempimento del preliminare da parte di uno dei contraenti. Nel diritto italiano del tempo, infatti, non esisteva, come già visto, contrariamente a quanto accadeva nel diritto tedesco ed austriaco, la previsione di una sentenza che, in caso d'inadempimento, potesse tener luogo della dichiarazione non resa, una volta passata in giudicato.

È questo, forse, l'ambito nel quale, più che in ogni altro, si palesa la spregiudicatezza dell'operazione compiuta dalla dottrina italiana: essa aveva, cioè, 'mutuato' nei modi e con gli obbiettivi già descritti, una figura, il *Vorvertrag*, sorta in un diverso contesto, senza poter mutuare però anche le norme processuali di contorno, che, almeno in parte, ne riducevano l'astrattezza e la rendevano applicabile nella pratica contrattuale (134).

Ancora all'inizio del secolo, in vero, incontrava il favore delle corti l'orientamento dottrinale, ormai minoritario, di quegli autori che avevano affermato, solo pochi anni prima, la perfetta equiparazione della promessa di vendita alla vendita, e dunque, come naturale conseguenza di tale equiparazione, la possibilità di una tutela coattiva nei confronti del contraente inadempiente (135).

La dottrina era giunta, però, a formulare proposte diverse, che, seppur assai dissimili tra loro, avevano in comune il fatto di consi-

(133) Vedi F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., p. 316.

(134) Vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 13.

(135) Si veda, per es., Cass. Roma, 17 aprile 1905, in *La legge*, 1905, I, 1273.

derare il contratto preliminare come figura astratta e generale, comunque non identificantesi più con la sola promessa di vendita.

Si svilupparono principalmente due tesi contrapposte: l'una, secondo cui in caso d'inadempimento dell'obbligazione di volere sorta con il preliminare sarebbe stata ammissibile la sola azione per il risarcimento dei danni; l'altra, che, invece, affermava la possibilità di esperire un'azione volta ad ottenere una sentenza produttiva dell'effetto giuridico al quale era diretto il contratto preliminare.

Non mancarono, comunque, autori che, sempre nell'ambito di tali orientamenti dominanti, tentarono di proporre soluzioni diverse, che furono oggetto di ampio dibattito.

2.2.1. *La teoria di Faggella* ⁽¹³⁶⁾.

Tra le teorie volte a risolvere il problema della tutela per l'inadempimento, spicca quella esposta da Gabriele Faggella in una nota a sentenza, e successivamente riproposta in un articolo, entrambi pubblicati sulla 'Rivista del diritto commerciale'. Occasione delle considerazioni di questo giurista fu una sentenza della Corte di Cassazione di Roma, della quale lo stesso fu estensore, relativa, appunto, alla questione di quale azione nascesse dal contratto preliminare. Le argomentazioni espresse nella sentenza, riprese poi

⁽¹³⁶⁾ GABRIELE FAGGELLA (1856-1939) si laureò in giurisprudenza all'università di Napoli. "La temperie dell'ateneo napoletano lo permeò profondamente, avvicinandolo una volta per sempre alla pandettistica, a quella cultura giuridica tedesca della quale il Faggella sarà sempre attento osservatore e al diritto romano, che gli farà da costante punto di riferimento nella riflessione" (cfr. C. BERSANI, *Faggella, Gabriele*, in *Dizionario biografico degli italiani*, cit., vol. 44, Roma, 1994). Per qualche anno esercitò la professione forense a Potenza, ma presto divenne magistrato. Fu giudice al Tribunale di Roma e poi vicepresidente del tribunale di Milano (1901); nel 1902 divenne consigliere presso la corte d'appello di Messina e poi (1909) presidente del tribunale di Napoli. È di questi anni la sua più nota monografia: *Dei periodi precontrattuali e della loro esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906, che risente profondamente della sua vicinanza alle prospettive della pandettistica. Faggella si ricorda anche per il saggio *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, LXXXII, 1909, pp. 128-150, in cui sono affrontate prevalentemente questioni di teoria dell fonti. Di nuovo a Roma tra il 1909 ed il 1917, fu consigliere della corte d'appello ed insegnò diritto civile presso l'ateneo romano. Fu componente del Consiglio superiore della magistratura ed infine presidente della Cassazione di Napoli (fino al 1923) (vedi C. BERSANI, *ibidem*).

nella nota e nel successivo articolo, si basano su una fondamentale distinzione, derivante dall'affermazione del principio della libertà e dalla sua manifestazione come "autonomia della volontà": quella tra la promessa di volere, di "determinarsi in una futura volizione di un futuro contratto", e la promessa in cui "la volizione del futuro contratto si operi sin da quel momento e valga in un momento posteriore, in un momento in cui concorreranno gli altri elementi contrattuali" (137). Sostiene l'autore che in questa seconda ipotesi, in cui l'oggetto dell'obbligazione non è limitato "a una pura e semplice promessa di volere", ma si estende "alla prestazione materiale... come alla 'traditio' o alla consegna della cosa che s'intende vendere, vale a dire anche alle conseguenze materiali e possibili dell'attività psicologica e volitiva determinatesi alla perfezione dell'atto promesso" (138), in realtà, l'attività volitiva del promittente comprende già anche la volizione atta a fondare il secondo contratto, da "obiettivarsi" nel momento della prestazione materiale o in quello stabilito, o nel momento della redazione dell'atto scritto. E, sulla base di tale distinzione, ritiene configurabile solo rispetto al secondo tipo di promessa un'esecuzione coattiva in caso di inadempimento.

La tesi proposta da Faggella, che sembrò ad alcuni una nuova formulazione dell'antica distinzione già elaborata da Dumoulin tra promesse *de praesenti* ed *in futurum* (139), tentava di porsi come soluzione intermedia tra le due che dividevano la dottrina, ma, seppur oggetto di grande interesse, non le vennero risparmiate aspre critiche, basate soprattutto sulla pretesa dell'autore di differenziare le conseguenze dell'inadempimento in virtù di un'arbitrario discrimine: la previsione o meno, al momento della manifestazione della volontà volta alla stipulazione del contratto preliminare, di una "prestazione materiale" (140).

(137) Vedi G. FAGGELLA, *L'autonomia della volontà*, cit. (nota a Cass. Roma 20 maggio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, p. 850); ID., *Il potere della volontà nella formazione di un futuro negozio giuridico*, cit., in *Riv. dir. comm.* 1912, I, p. 1013.,

(138) Cfr. G. FAGGELLA, *Il potere della volontà* cit., p. 1013.

(139) Vedi G. CARRARA, *op. cit.*, p. 59.

(140) Assai dura la critica di Chiovenda, che definisce la soluzione proposta da Faggella inaccettabile ed "arbitraria": "Perché mai il contratto preliminare dovrebbe condurre all'effetto giuridico che si propone, quando è di natura tale che dal contratto definitivo deriverà l'obbligo d'una 'prestazione materiale'; e dovrebbe condurre invece a

2.2.2. *La teoria di Chironi* ⁽¹⁴¹⁾.

Una seconda teoria che fece discutere venne proposta da Chironi ⁽¹⁴²⁾, il quale collega la questione degli effetti del contratto preliminare con la dottrina della responsabilità. In base a tale dottrina, la manifestazione di un intento giuridico produrrebbe sempre una serie di obblighi di diversa natura in capo al dichiarante: nel caso di un contratto preliminare, la promessa accettata sarebbe già un impegno nel quale la volontà sarebbe identica a quella che varrà a formare il contratto costituendo, ma con diverso grado di efficacia immediata: l'identità delle due volontà concordi sarebbe un'equivalenza naturale, che determinerebbe con l'inadempimento la responsabilità dell'obbligato, la quale si risolverebbe "nel dare equivalenza giuridica alla naturale ch'esisteva, e tenere la promessa

un risultato affatto diverso (semplice azione di danni) quando una 'prestazione materiale' non è in vista? (...). Poiché nel contratto preliminare ciò che accade è questo soltanto: che le parti s'impegnano a volere. E fintanto che non vorranno, la volizione promessa non esiste né attualmente né potenzialmente.

La distinzione proposta dalla Corte viene in sostanza a identificare il contratto preliminare con un contratto condizionale o a termine: lasciando poi, come ho già detto, senza giustificazione il fatto che questa identificazione accadrebbe quando c'è di mezzo una 'prestazione materiale', e non quando non c'è" (cfr. G. CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, pp. 23-27). Si veda anche la critica di CARRARA, *op. cit.*, p. 61

⁽¹⁴¹⁾ GIAN PIETRO CHIRONI (1855-1919) partecipò al dibattito metodologico di quegli anni, propugnando, da un lato, senza mai aderire a posizioni estreme, la necessità che la civilistica italiana abbandonasse gli indirizzi della dottrina francese per seguire strade proprie, dall'altro, che si avvicinasse all'analisi della concreta realtà sociale. Gli intenti del giurista si palesano già nella prolusione senese del 1882, pubblicata col titolo *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*. Di Chironi si ricorda il *Trattato sulla colpa* (*Colpa contrattuale*, 1887; *Colpa extracontrattuale*, I, nel 1903; II, nel 1906); i saggi pubblicati a Torino nel 1890 con il titolo *Questioni di diritto civile*, e soprattutto la *Parte generale* del *Trattato di diritto civile italiano*, Torino 1904, rimasto incompiuto. (vedi M. CARAVALE, *Chironi, Gian Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 25, Roma, 1981). Si veda anche P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., in particolare sulla prolusione senese e la "moderazione" di Chironi, pp. 21-23; sulla *Parte generale* del *Trattato di diritto civile italiano*, pp. 73-74; ID., *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara*, cit., pp. 399-401.

⁽¹⁴²⁾ Vedi G. P. CHIRONI, *L'obbligazione di dare, nota a Cass. Roma 27 maggio 1910*, in *Rivista dir. comm.*, 1911, II, pp. 633-642.

di dare, accettata e male ineffettuata, come determinante per sé il dare" (143).

In virtù di tale equivalenza naturale, che si paleserebbe grazie alla responsabilità, Chironi afferma che, nel caso d'inadempimento derivante dal contratto preliminare, il contratto definitivo debba essere formato coattivamente, perché chi abbia assunto l'impegno di contrattare sarebbe responsabile nei confronti dell'altra parte degli effetti sostanziali del contratto definitivo promesso.

2.2.3. *La tesi di Chiovenda* (144): *la sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso.*

Come già accennato, due furono le tesi maggiormente seguite in dottrina. La prima era propria di quanti percepivano le difficoltà a cui potevano condurre l'accoglimento di una costruzione tecnica fondata sull'obbligo ad un futuro *contrahere* e la mancata predisposizione di uno strumento efficace a fronte del rifiuto di una delle

(143) Cfr. G. P. CHIRONI, *L'obbligazione di dare*, cit., p. 639.

(144) GIUSEPPE CHIOVENDA (1872-1937), laureatosi a Roma, subì l'influenza di Vittorio Scialoja, avvicinandosi alla dottrina tedesca. Si dedicò in particolare modo al settore processualcivilistico. Fu prima libero docente di procedura civile nell'ateneo romano. È di questo periodo la prolusione letta il 21 gennaio 1901 su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1901, poi ristampata nei *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, pp. 353-378). Nello stesso anno vinse la cattedra di procedura civile all'università di Parma; poi fu a Napoli ed a Roma. In questi anni pubblicò il trattato *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, e vari scritti poi raccolti nei *Saggi di diritto processuale civile 1900-1930*, cit., Roma, 1933-1934. Nello stesso periodo fondò con Francesco Carnelutti la *Scuola sistematica del diritto processuale* e l'organo di questa, la *Rivista di diritto processuale civile* (1924) (vedi *supra*, nota 126). Nel 1918, Chiovenda fu chiamato a presiedere il gruppo per gli studi processuali, nell'ambito della Commissione per il dopo guerra, e preparò un progetto di riforma del codice di procedura civile, che non fu però mai attuato. Nel 1924 fu nominato vicepresidente della sottocommissione per il codice di procedura civile nell'ambito della Commissione reale per la riforma dei codici, ma, per i disaccordi con il presidente Mortara, si dimise dopo poco. Da allora non ebbe più incarichi ufficiali, ma l'attuale codice di procedura civile risente molto dalla sua opera. Si veda a tal proposito P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 88-89. Vedi anche S. RODOTÀ, *Calamandrei, Piero*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 16, Roma 1974, p. 408, che a proposito dell'adesione di Calamandrei alle teorie chiovendiane, evidenzia il forte orientamento pubblicitario del sistema processuale che Chiovenda intendeva sostituire a quello del codice, individuale e liberale.

parti di adempiere. I sostenitori di questa tesi, formulata per la prima volta da Chiovena, affermavano, dunque, che, obbligandosi le parti con il preliminare a prestare un ulteriore atto di volontà produttivo di determinati effetti giuridici, da esso sorgesse un diritto tendente alla prestazione dell'atto di volontà promesso, e che, in caso di inadempimento di questa obbligazione, sorgesse anche un diritto volto all'effetto giuridico sostanziale costituente la finalità ultima del contratto. Questa pretesa del soggetto avrebbe potuto essere attuata giudizialmente, producendo la sentenza gli effetti del contratto non concluso ⁽¹⁴⁵⁾. Secondo questa tesi, cioè, il giudice non avrebbe voluto al posto dell'inadempiente, sostituendosi ad esso con la prestazione del consenso ⁽¹⁴⁶⁾, costituendo la sentenza non il contratto, bensì direttamente il diritto sostanziale oggetto del contratto non concluso ⁽¹⁴⁷⁾.

Una sentenza di tal genere, pur non espressamente prevista da alcuna disposizione normativa, era per Chiovena configurabile in quanto espressione di un principio già contenuto nell'ordinamento, un principio così generale da non necessitare di essere espressamente formulato: "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire ⁽¹⁴⁸⁾". Tale principio, naturalmente sottoposto a limiti giuridici, non sarebbe stato invece in alcun modo ostacolato dal limite di fatto costituito dall'infungibilità della pre-

⁽¹⁴⁵⁾ Questa tesi fu affermata da G. CHIOVENA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, cit., p. 99 ss. Essa si riconnetteva con la teoria dei diritti potestativi e con quella della sentenza costitutiva, già sviluppate dall'autore in *Istituzioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 1935 (ed.II), p. 178 ss.; su cui vedi anche G. GUCCIARDI, *Appunti in tema di contratto preliminare in relazione agli art. 2908 e 2932 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1959, V, col. 222.

⁽¹⁴⁶⁾ Si veda in tal senso A. BUTERA, *Contributo alla dottrina della promessa di vendita immobiliare*, in *La Legge*, 1909, p. 2335: "Il magistrato non può trattare in nome e luogo del promissore ed assumerne la rappresentanza per stringere rapporti giuridici in sua vece".

⁽¹⁴⁷⁾ CHIOVENA chiarisce ulteriormente la sua tesi nei *Nuovi saggi di diritto civile*, cit., p. 28: "Ciò che si chiede al giudice, in questo caso, non è già che egli voglia invece dell'inadempiente, e che concorra a costituire in sua vece il contratto definitivo. (...) La sentenza non sarà costitutiva perché costituisca il contratto, ma perché costituisce il diritto a cui si tende".

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. G. CHIOVENA, *Nuovi saggi* cit., p. 29.

stazione dei contraenti. Ciò che contava era, infatti, il fine delle parti, consistente nella produzione di determinati effetti giuridici, riconosciuti dall'ordinamento e producibili, oltre che tramite un atto di volontà, infungibile, dell'obbligato, mediante un'attività diversa, come la sentenza del giudice ⁽¹⁴⁹⁾. L'obbligo di volere assunto dalle parti col contratto preliminare, in altri termini, in quanto atto di volontà, sarebbe certo stato incoercibile, ma l'ordinamento avrebbe conosciuto altri modi per conseguire il medesimo effetto giuridico di tale atto di volontà: tra questi, appunto, la sentenza.

La tesi di Chiovenda, dunque, si caratterizzava per il fatto di riconoscere l'obbligo di concludere il contratto come incoercibile, e non può, di conseguenza, essere avvicinata a quelle, suesposte, di un Faggella o di un Chironi, che affermavano la possibilità del rimedio dell'esecuzione forzata.

2.2.4. *Lo scontro teorico tra la sentenza costitutiva di Chiovenda e la sentenza come atto di esecuzione forzata di Calamandrei* ⁽¹⁵⁰⁾.

Se in effetti lo scontro più acceso fu quello tra la tesi della sentenza costitutiva di Chiovenda e quella del rimedio risarcitorio, al tempo sostenuta dai più, non si può omettere di rammentare il contrasto teorico — destinato ad influire notevolmente sulle scelte del legislatore del 1942 — che, all'inizio degli anni '30, si sviluppò

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. G. CHIOVENDA, *Nuovi saggi*, cit., p. 30: "Nel contratto preliminare le parti si obbligano bensì a prestare un ulteriore atto di volontà, da cui nasceranno dati effetti giuridici; poiché la prestazione di atti di volontà è il solo modo di cui esse dispongono per creare tali effetti. Ma sono questi effetti giuridici la finalità loro, e quella a cui il diritto connette il proprio riconoscimento, e a cui direttamente coordina l'azione. L'atto di volontà può essere infungibile come può essere ogni fare umano. Ma il fare, e così la volontà, si dirà giuridicamente fungibile quando il risultato pratico del fare, o l'effetto giuridico del volere può conseguirsi mediante un'attività diversa da quella dell'obbligato".

⁽¹⁵⁰⁾ PIERO CALAMANDREI (1889-1956), fiorentino, laureatosi a Pisa con una tesi sulla chiamata in garanzia, tema a cui si dedicò nei suoi primi studi giuridici (una nota, pubblicata nel 1912 su *Il Foro italiano* dal titolo *Chiamata in garanzia e giurisdizione arbitrale*, e poi il volume *La chiamata in garanzia*, Milano, 1913), a Roma divenne discepolo di Chiovenda, con il quale condivise l'attenzione per la 'funzione utile' del diritto. (cfr. S. RODOTÀ, *Calamandrei, Piero*, cit.). Dagli anni '20 iniziò un'intensa attività politica, che caratterizzò, con la parentesi del regime, tutta la sua vita. Collaborò con *L'Unità*, partecipò alla fondazione del fiorentino *Circolo di cultura*. Nel 1941 aderì al movimento di *Giustizia e libertà* e nel

tra la tesi di Chiovenda e quella sostenuta invece da Calamandrei⁽¹⁵¹⁾, assai meno in attrito, quest'ultima, con gli orientamenti dottrinali in tema di conseguenze dell'inadempimento del contratto preliminare diverse dal risarcimento, tendenti a circoscrivere l'impostazione del discusso problema nei confini dell'esecuzione forzata⁽¹⁵²⁾.

Mentre il primo, come già esposto, era propenso a scorgere nella pronuncia giurisdizionale la costituzione del contratto definitivo per mezzo del giudice, il secondo riconosceva ad essa il carattere di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

1942 fu fra i fondatori del *Partito d'azione*, come rappresentante del quale fu poi eletto alla Costituente, membro della Commissione dei 75; nel 1948 fu eletto deputato rappresentando il raggruppamento *Unità socialista* (per l'esperienza politica di Calamandrei, vedi nel dettaglio S. RODOTÀ, *op. cit.*). Nel 1920 fu professore ordinario a Siena, poi, dal 1924 a Firenze, dove fu rettore fra il 26 luglio e l'8 settembre 1943, quando a seguito di un mandato di cattura, fu costretto a rifugiarsi in Umbria. Riassunse le sue funzioni nel 1947. Nel 1924 fondò la *Rivista di diritto processuale civile* (che diresse con Chiovenda e Carnelutti), nel 1926 il *Foro toscano*, e nel 1932 la collana *Studi sul processo civile*. Partecipò ai lavori di riforma dei codici, dando un contributo notevole al nuovo codice di procedura civile del 1942. Tra i suoi scritti giuridici: gli *Studi sul processo civile* (sei volumi, il primo del 1930, l'ultimo, postumo, nel 1956); *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941 (vedi *amplius*, S. RODOTÀ, *op. cit.*; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., in particolare, su Calamandrei processualcivileista "felicissimo sistematore e divulgatore dell'insegnamento chiovendiano", pp. 242-243; vedi anche sul rapporto del "legalista" Calamandrei con l'equità, p. 142; sulla riforma del codice, p. 288 e, soprattutto, il ritratto tracciato in ID., *Stile Fiorentino*, Firenze, 1986, pp. 142-168, che mette in luce la "sfaccettata personalità calamandreiana").

⁽¹⁵¹⁾ Vedi P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931.

⁽¹⁵²⁾ Il riferimento è alle tesi, suesposte, di G. FAGGELLA (*nota a Cass. Roma 20 maggio 1910*, cit., p. 850; *Il potere della volontà nella formazione di un futuro negozio giuridico*, cit., p. 1013) e di G. P. CHIRONI (*L'obbligazione di dare*, cit.), ma anche alla precedente opinione di L. MATTIROLO, *Diritto giudiziario civile*, III, Torino, 1903, p. 209 e ss., e dello stesso L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 132-133. Il primo infatti ammise l'eseguitività tramite la sentenza del giudice della promessa di contrarre; il secondo era invece convinto assertore (vedi *supra*, § 1.3.1; *infra*, §. 2.2.5) del rimedio del risarcimento dei danni. Entrambi però sostennero le proprie tesi partendo dal medesimo presupposto: il principio sancito dall'art. 1220 c.c. del 1865 (eseguitività delle obbligazioni di fare), distinguendosi per la scelta tra fungibilità ed infungibilità del consenso negoziale e conseguente possibilità o meno dell'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

L'idea secondo la quale all'inadempimento dell'obbligo di compiere una certa dichiarazione si possa rimediare mediante un atto di esecuzione forzata fu certo sviluppata da Calamandrei⁽¹⁵³⁾, in vigenza del codice del 1865, sulla base dei modelli positivi offerti dai §§ 894 ZPO tedesca e 367 EO austriaca, i quali, relativi all'esecuzione forzata, attribuiscono al giudice il potere di condannare alla prestazione del volere chi non ha emesso una dichiarazione dovuta, con la conseguenza che, passata in giudicato la sentenza di condanna, la dichiarazione si ha per emessa.

Si tratta di due tesi notevolmente diverse e comportanti conseguenze rilevanti per la disciplina del contratto preliminare.

L'adozione del rimedio processuale prefigurato da Calamandrei, infatti, avrebbe condotto a riconoscere al giudice considerevoli poteri d'integrazione della volontà delle parti espressa in una fase preliminare, e volti a valutare la convenienza del negozio giuridico e a disciplinarne le modalità di attuazione.

Scegliendo invece l'impostazione di Chiovenda, si sarebbe reso più immediato il rapporto consequenziale tra contratto preliminare e rimedio processuale per il suo eventuale inadempimento, ma contemporaneamente si sarebbe esclusa, o comunque ridotta, la possibilità di un riconoscimento al giudice di poteri determinativi sulla volontà espressa in via preliminare⁽¹⁵⁴⁾.

Il legislatore del 1942, come si avrà modo di vedere, opterà per la tesi di Chiovenda, mentre solo molto tempo più tardi si assisterà ad una rivalutazione della teoria proposta da Calamandrei.

2.2.5. *L'orientamento prevalente: il rimedio risarcitorio come unica forma di tutela per l'inadempimento. Motivazioni pratiche e nuove incongruenze giuridiche.*

In assenza di una previsione codicistica, l'opinione che, tra tutte, in un primo tempo, sino alla disciplina dettata dal codice attuale, finì col prevalere, fu quella di quanti affermavano che, in mancanza di norme come quelle previste negli ordinamenti di lingua tedesca,

⁽¹⁵³⁾ Il quale però avverte che "la pronuncia del giudice non può, senza espressa disposizione di legge, tener luogo della mancata dichiarazione negoziale dell'obbligato" (cfr. *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, cit., p. 6).

⁽¹⁵⁴⁾ Si veda R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., pp. 15-16

l'inadempimento del contratto preliminare non potesse comportare l'esecuzione coattiva del definitivo, ma solo una sentenza di condanna del giudice al rilascio della dichiarazione non resa, ed in caso di rifiuto, il mero risarcimento del danno ⁽¹⁵⁵⁾.

L'affermata incoercibilità dell'obbligo a contrarre era in stretta correlazione con il significato funzionale proprio del preliminare, con cui le parti, pur fissando subito l'affare, intendevano riservarsi un'ulteriore valutazione di opportunità da compiere al momento di concludere in via definitiva.

Furono sostenitori del rimedio risarcitorio quei giuristi ai quali, più vicini di altri alla realtà dei traffici perché legati alla professione forense, si deve la nascita del contratto preliminare nel nostro ordinamento.

Era, infatti, questa l'opinione di Coviello, il quale, insistendo sull'incoercibilità dell'obbligazione di fare della parti, e sull'impossibilità per il giudice di 'volere' al posto dell'inadempiente, afferma come incontrastabile il principio che la sentenza può sì condannarlo alla conclusione del contratto, ma, all'eventuale non esecuzione di essa, potrà seguire solo la condanna dell'obbligato al risarcimento dei danni ⁽¹⁵⁶⁾.

Nell'intento di comprendere — lungi da un'analisi limitata al più o meno dettagliato resoconto del dibattito sul contratto preliminare — le motivazioni reali che portarono all'introduzione di esso, nonché a scelte tutt'altro che casuali e poco ponderate circa la sua disciplina, in assenza di qualsiasi indicazione del legislatore, non si può omettere di osservare che l'opinione di quanti sostenevano il rimedio risarcitorio era perfettamente coerente con la distorsione della figura del *Vorvertrag*, strumentalizzata, in base ad una precisa scelta della dottrina italiana, alla tutela degli interessi economici di una specifica categoria, quella, come già visto, dei costruttori-

⁽¹⁵⁵⁾ Era questa l'opinione di L. COVIELLO, *Contratti preliminari*, cit., p. 133; A. ASCOLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, 1, p. 245; A. BUTERA, *Contributo alla dottrina della promessa di vendita immobiliare*, cit., p. 2216; G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., p. 67 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. L. COVIELLO, *Contratto preliminare* cit., p. 133: "nel patrio diritto la sentenza possa e debba condannare alla conclusione (sic!) del contratto, ma in difetto non può ordinare l'esecuzione del contratto principale e solo potrà attribuire il risarcimento dei danni interessi".

venditori di immobili abitativi. Per Coviello, come si è già avuto modo di evidenziare, inserito nella realtà socio-economica dell'Italia di fine secolo e, dunque, a conoscenza delle esigenze provenienti dal settore dell'edilizia, il *Vorvertrag* (*rectius*, il contratto preliminare), era un contratto completo, in quanto l'accordo era raggiunto su tutti i punti, ma che lasciava la possibilità di un ripensamento, anche solo di una parte ⁽¹⁵⁷⁾. Per la dottrina di lingua tedesca, il *Vorvertrag* era un contratto preparatorio di un vincolo definitivo, che, invece, non lasciava spazio alcuno alle possibilità di ripensamento che non fossero espressione di un comune accordo delle parti ⁽¹⁵⁸⁾. Tale diversità, nella configurazione del contratto preliminare, rispetto al modello tedesco, risultava funzionale alle esigenze di un "operatore economico già preoccupato di farsi furbo", ben consapevole delle difficoltà e delle lungaggini burocratiche necessarie ad ottenere licenze, autorizzazioni, concessioni; della necessità di procurarsi i mezzi necessari per l'impresa evitando il più possibile il ricorso al prestito bancario; nonché dei tempi lunghi della giustizia e quindi della concreta possibilità di venir meno agli obblighi assunti, rischiando solo — eventualmente, in un tempo lontano — una condanna di tipo risarcitorio ⁽¹⁵⁹⁾.

La consapevole scelta di parte della dottrina di fornire adeguata tutela giuridica ad una ben individuata categoria di soggetti, gli imprenditori edilizi, si palesa anche nello scritto di Carrara, (la cui opinione, come l'autore stesso precisa, poggia "sull'esperienza tratta dalla pratica degli affari" ⁽¹⁶⁰⁾) il quale ribadisce più volte che l'utilità pratica del contratto preliminare, la sua funzione economica, consiste nella possibilità per le parti di "riflettere sul rapporto giuridico sostanziale che deve sorgere", trattandosi di un istituto che le vincola, ma contemporaneamente lascia loro una certa 'libertà', in ordine alla stipulazione del contratto definitivo.

Tale libertà delle parti è alla base di un'ulteriore considerazione, relativa appunto agli effetti del contratto preliminare ed alla tutela

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. L. COVIELLO, *op. cit.*, p. 69.

⁽¹⁵⁸⁾ Vedi H. DEGENKOLB, *Der Begriff*, cit., p. 30.

⁽¹⁵⁹⁾ Vedi G. COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, cit., p. 298 e ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. G. CARRARA, *op. cit.*, p. 43.

per l'inadempimento. L'autore dedica, infatti, non a caso, un'accurata trattazione all'ipotesi, frequente nella pratica, in cui una delle parti, dopo il preliminare, abbia stipulato un contratto definitivo con un terzo. In realtà, Carrara ha in mente un ambito contrattuale ben individuato, quello della compravendita, rispetto alla quale si chiede appunto quale tra i due diritti, quello del promissario acquirente o quello del terzo comparatore, prevalga. E la risposta è, ovviamente, a favore di quest'ultimo, l'unico che ha in effetti acquisito un diritto sulla cosa oggetto del contratto ⁽¹⁶¹⁾. La violazione del contratto preliminare operata dal promittente venditore che abbia stipulato la compravendita definitiva col terzo non impedirebbe, dunque, il sorgere del diritto in capo a quest'ultimo e, soprattutto, comporterebbe per il promittente venditore inadempiente solo l'obbligo di risarcire i danni che l'altra parte abbia subito per non aver potuto concludere il contratto definitivo ⁽¹⁶²⁾.

Una lettura attenta delle argomentazioni di Carrara, che non perda di vista la realtà del mercato dell'epoca, porta inevitabilmente ad osservare che l'ipotesi ora descritta non era un caso di scuola, ma si verificava, invece, con estrema frequenza nell'ambito degli scambi soprattutto nel settore edilizio, nel quale gli imprenditori, che erano nella maggioranza dei casi costruttori e venditori, ricorrevano alla stipulazione del preliminare per poter prefinanziare, grazie al pagamento anticipato del prezzo da parte del promittente compratore, l'operazione edificatoria, forti della consapevolezza di poter eventualmente 'cambiare idea' in ordine alla futura stipulazione del definitivo, andando incontro, appunto, solo ad una mera obbligazione risarcitoria, per giunta eventuale, dati i tempi della giustizia, e comunque senza subire perdite effettive, grazie alla prassi ora descritta della stipula, frequente, di successivi contratti preliminari ad effetti anticipati, o compravendite definitive con terzi acquirenti, alla ricerca di condizioni sempre più vantaggiose per l'impresa.

Anche a non voler condividere una lettura della storia 'reale' del contratto preliminare che evidenzi, contrariamente alla neutralità che sembra regnare nelle trattazioni teoriche di quegli anni, la presenza di una 'parte debole', il promissario acquirente d'immobili,

⁽¹⁶¹⁾ Vedi G. CARRARA, *op. cit.*, p. 48.

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*.

e di una 'parte forte', l'imprenditore edilizio, si deve, però, ribadire che la nascita e lo sviluppo di questo istituto nel nostro ordinamento è da ricondurre prima di tutto a pressioni in tal senso provenienti da non più trascurabili esigenze economiche.

L'elaborazione dottrinale del contratto preliminare su modello del *Vorvertrag*, come contratto generante un obbligo a concludere un futuro contratto — non necessariamente, almeno in linea teorica, nell'ambito della compravendita — lo rese un istituto centrale nel nostro ordinamento. Ciò portò ad una progressiva e sempre più consapevole recezione di esso da parte della giurisprudenza, che, dunque, svolse un ruolo essenziale nell'affermazione dell'autonomia dal definitivo. Soprattutto, però, i giudici tentarono di inquadrare nell'ambito del rapporto preliminare/definitivo fattispecie che in precedenza appartenevano al tanto discusso ambito della promessa di vendita, ricorrendo per lo più alla formula dell'anticipata esecuzione⁽¹⁶³⁾.

Il contratto preliminare, e, soprattutto, il contratto preliminare ad effetti anticipati, riuscì, nell'ambito della contrattazione immobiliare, a sostituirsi alla promessa di vendita. 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"⁽¹⁶⁴⁾ (identificantesi, nella sostanza, nel trasferimento del diritto, data l'anticipata esecuzione, appunto, degli obblighi di pagamento del prezzo e/o di consegna della cosa oggetto del contratto).

⁽¹⁶³⁾ Come evidenzia R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 40, che esemplifica (vedi nota n. 54) i casi più frequenti di ricorso al preliminare ad effetti anticipati. Le parti si accordavano, infatti, per la consegna anticipata del bene, in modo da consentirne l'immediato godimento da parte del futuro proprietario (in genere, comunque, in seguito almeno al quantomeno parziale pagamento del prezzo), quando si trattava di beni immobili di immediato e facile sfruttamento economico, per consentire una verifica più attenta dell'avviamento e della produttività del bene, che di solito era un fondo agricolo; esse concordavano sul pagamento rateizzato del prezzo, e dunque sul pagamento parziale anticipato rispetto alla stipula del definitivo, per offrire una garanzia al promittente venditore, che rimaneva proprietario fino al pagamento integrale.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 42.

Se, dunque, il contratto preliminare, soprattutto nella forma dell'anticipata esecuzione — grazie all'elaborazione dottrinale, ma anche, ed in modo particolare, alla prassi giurisprudenziale — già negli anni '20, non solo era pressoché unanimemente riconosciuto (nonostante l'assenza di qualsiasi previsione codicistica!), ma rivestiva una notevole importanza pratica, era proprio l'ambito della tutela per l'inadempimento che presentava ancora aspetti poco chiari e problematici.

Come già più volte evidenziato, la dottrina fautrice e 'creatrice' del contratto preliminare vedeva in esso una 'fase intermedia' tra le semplici trattative ed il contratto definitivo ⁽¹⁶⁵⁾. Il contratto preliminare era, dunque, lo strumento che le parti potevano utilizzare — in virtù della loro libertà in ordine all'oggetto del contratto — per vincolarsi, ma non in modo definitivo, per "obbligarsi meno" ⁽¹⁶⁶⁾, riservandosi un certo lasso di tempo per ulteriormente valutare, non solo le singole clausole contrattuali, ma anche, in realtà, l'opportunità di stipulare il contratto definitivo. Ciò, proprio in virtù della possibilità, in caso d'inadempimento dell'obbligo assunto con il preliminare, di incorrere solo in un'azione per il risarcimento dei danni. L'affermare, in altri termini, che l'unico rimedio per l'inadempimento fosse quello risarcitorio, era strettamente collegato alla convinzione che il contratto preliminare servisse alle parti a vincolarsi meno, ed a poter ripensare all'opportunità di concludere il contratto.

Il riconoscimento della possibilità per le parti, grazie alla formula dell'anticipata esecuzione, di adempiere immediatamente agli obblighi di pagamento del prezzo e di consegna della cosa, derivanti da un contratto non solo futuro, ma addirittura — in

⁽¹⁶⁵⁾ È questa la teoria espressa da F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., p. 316, e ribadita in Id. *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 616. In tal senso anche G. FAGGELLA, *Il potere della volontà nella formazione di un futuro negozio giuridico*, cit., p. 1015.

⁽¹⁶⁶⁾ Così si esprime F. CARNELUTTI, *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, cit. p. 662: "(...) rispetto alle parti contraenti ha invece una portata rilevante e assorbente la limitata obbligatorietà del contratto preliminare rispetto al definitivo. Proprio così: si contra in via preliminare perché ci si obbliga meno; e ci si obbliga meno perché l'adempimento specifico è incoercibile".

ultima analisi — incerto circa la sua stessa futura esistenza, era decisamente un'incongruenza giuridica di non poco rilievo.

Ciò nonostante, il contratto preliminare — per lo più con le caratteristiche ora descritte, e, dunque, come contratto avente il suo principale ambito di applicazione nel settore dell'edilizia immobiliare, stipulato sempre più spesso nella forma di preliminare ad effetti anticipati, e per l'inadempimento del quale si riconosceva la sola tutela risarcitoria — continuò ad essere sempre più frequentemente utilizzato nella pratica degli affari, come risulta evidente dalle numerose sentenze che ebbero modo di occuparsene riconoscendone concordemente e senza esitazione la validità ⁽¹⁶⁷⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Vedi per esempio, Cass. Regno 22.12.1936, n. 3444, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Vendita*, n. 43; Cass. Regno 10.7.1929, n. 2681, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce *Vendita*, n. 69; App. Bologna, 4.5.1934, in *Tem. Emil.*, 1934, p. 208.

CAPITOLO II

L'INTRODUZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE NEL CODICE CIVILE DEL 1942 ED IL DIBATTITO AD ESSA SUCCESSIVO

1. La codificazione del contratto preliminare: il progressivo allontanamento tra teoria e prassi. — 1.1. Lo scontro tra schema teorico e funzione pratica del preliminare: tra *Vorvertrag* e compravendita obbligatoria. — 1.2. Il Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927: un precedente delle scelte del codice del 1942. — 1.2.1. Promessa di contratto e tutela per l'inadempimento tra sentenza costitutiva e risarcimento dei danni (art. 25). — 1.2.2. L'autonomia della promessa di vendita dalla vendita definitiva (art. 328). — 1.3. Il contratto preliminare nel codice del 1942. — 1.3.1. Il 'riconoscimento' codicistico del contratto preliminare. — 1.3.2. L'introduzione dell'art. 2932 c.c.: nuovi temi di dibattito. La svolta 'dogmatica'. — 2. 'Contrattualità' del preliminare e 'contrattualità' del definitivo: una coesistenza possibile? — 2.1. La dottrina degli anni '50 e '60 tra svalutazione e tentativi di rivalutazione della 'negozialità' del definitivo: il fallimento delle teorie 'contrattualiste'. — 2.2. Il contratto preliminare come fase del procedimento di formazione del contratto. Le 'teorie procedimentali'. — 2.3. Le reazioni alle 'teorie procedimentali' nella dottrina degli anni '70. — 3. Verso la 'realità' del preliminare: i più recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali ed il 'preliminare trascrivibile'. — 3.1. Il 'preliminare ad effetti anticipati' nella dottrina e nella giurisprudenza degli ultimi trent'anni. — 3.1.1. La 'rivoluzione' giurisprudenziale degli anni '70-80: preliminare ad effetti anticipati e tutela del 'contraente debole'. — 3.1.2. La distinzione tra preliminare 'puro' e preliminare 'ad effetti anticipati' nel dibattito dottrinale più recente: difficoltà e tentativi di giustificazione teorica. — 3.2. La legge 30 del 1997: il 'preliminare trascrivibile' come ultima fase del lungo *iter* verso la 'realità' del contratto preliminare. — 3.2.1. Significato giuspolitico della legge 30 del 1997: 'preliminare trascrivibile' e tutela del promissario acquirente. — 3.2.2. Significato giurteorico della legge 30 del 1997: 'realità' del 'preliminare trascrivibile' e reintroduzione dell'antica scissione tra *titulus e modus acquirendi*.

1. *La codificazione del contratto preliminare: il progressivo allontanamento tra teoria e prassi.*

1.1. *Lo scontro tra schema teorico e funzione pratica del preliminare: tra 'Vorvertrag' e compravendita obbligatoria.*

Come già si è avuto modo di evidenziare, il nostro contratto preliminare nacque dall'incontro tra elaborazione teorica ed esigenze della prassi.

A livello teorico, esso si configurava come espressione di un principio che, all'inizio del '900, costituiva un vero e proprio dogma: il principio della libertà del volere, che, come tale, legittimava le parti a vincolarsi o meno contrattualmente ed a vincolarsi non solo in modo definitivo, ma anche semplicemente promissorio.

Le esigenze pratiche che si intendeva soddisfare con lo strumento del contratto preliminare erano quelle emergenti dai traffici commerciali, ed in modo particolare con riguardo ad uno specifico settore dei commerci, quello delle compravendite immobiliari, nell'ambito delle quali si sentiva la necessità di introdurre la possibilità di una fase obbligatoria prima dell'atto traslativo della proprietà ⁽¹⁾.

Da un lato, quindi, si elaborava sul piano teorico uno schema contrattuale finalizzato a garantire alle parti contraenti la libertà di vincolarsi in modo solo promissorio, ed eventualmente di 'svincolarsi' a fronte del pagamento di una somma di denaro; dall'altro, si cercava d'introdurre — aggirando l'ostacolo apparentemente insormontabile dell'inderogabile principio del consenso traslativo — la compravendita obbligatoria.

È evidente l'enorme distanza esistente tra lo schema teorico e la funzione pratica. Eppure, in realtà, per molto tempo la dottrina sorvolò su tale problema, che doveva necessariamente sfociare in una scelta, anche se forse non consapevole, a favore dell'uno piuttosto che dell'altro aspetto (*rectius* fenomeno): contratto preliminare — e cioè figura giuridica dotata di un livello di astrattezza tale da essere suscettibile di precedere qualsiasi tipo contrattuale, equivalente del *Vorvertrag* tedesco — o compravendita obbligatoria, fina-

⁽¹⁾ Si vedano le considerazioni di R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 45.

lizzata a soddisfare ben precise esigenze dei traffici, ed in sintesi corrispondente, quanto meno a livello funzionale, all'*Hauptvertrag*?

1.2. *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927: un precedente delle scelte del codice del 1942.*

La dicotomia esistente tra schema teorico e funzione pratica, appena evidenziata, risulta con chiarezza dalla lettura delle disposizioni dettate in materia di contratto preliminare e di promessa di vendita dal Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, risalente al 1927 e previsto in funzione dell'unificazione della disciplina vigente nei due paesi, nel quale si può vedere un immediato precedente storico della normativa prevista dal codice civile del 1942. (2)

(2) L'argomento è stato di recente affrontato da G. CHIODI, *"Innovare senza distruggere": il Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. ALPA e G. CHIODI, Milano, 2007, pp. 42-145. Nell'evidenziare l'importanza di questo testo, primo tentativo europeo di armonizzazione dell'intero diritto delle obbligazioni, Chiodi parla delle "due anime" che compongono il Progetto, volto non solo a rinnovare il diritto civile italiano e francese, ma anche, più ambiziosamente, a ricostituire un diritto comune europeo delle obbligazioni e dei contratti (vedi G. CHIODI, *op. cit.*, p. 42).

Il Progetto si colloca in una fase di transizione e di profonda crisi del diritto privato (vedi G. CHIODI, *op. cit.*, p. 42) Con riguardo, nello specifico, alla vicenda italiana, la necessità di risolvere il problema della cosiddetta 'smobilizzazione legislativa' con riferimento a quell'insieme di provvedimenti eccezionali che durante il conflitto bellico avevano formato il *corpus* della legislazione privatistica di guerra, portò, già nel 1917, all'istituzione di una Commissione Reale per il dopoguerra che approntò una serie di proposte riguardanti il diritto privato; presidente della prima delle due sottocommissioni era Vittorio Scialoja, che avrebbe avuto un ruolo fondamentale nella redazione del nuovo codice. I lavori preparatori iniziarono con la delega conferita dal Parlamento al Governo per la revisione del codice civile e per la pubblicazione di nuovi codici di procedura civile, di commercio e marittimo: si susseguirono due leggi, la prima del 1923 (legge 30 dicembre 1923), a cui seguì la legge 24 dicembre 1925. (Sulla formazione del codice del 1942, vedi anche A. AZARA, *Codice civile*, cit., pp. 386-387; R. NICOLÒ, *Codice civile*, cit., p. 243 e ss.) Prima tappa del percorso che avrebbe condotto alla redazione del libro delle obbligazioni del codice del 1942, il Progetto fu redatto da una commissione italo-francese (vedi Commissione Reale per la riforma dei codici, *Progetto delle obbligazioni e dei contratti, testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927*, anno VI, Provveditorato Generale dello Stato - Libreria, 1928 anno VI) e si inseriva pienamente nel contesto

Il Progetto si occupa, infatti, del contratto preliminare e della promessa di vendita con due disposizioni diverse, non legate tra sé da alcun rapporto di *genus a species* ed anche logicamente collocate in ambiti ben distinti: l'art. 25, relativo alla promessa di concludere un contratto, e l'art. 328, sulla promessa di compravendita ⁽³⁾.

1.2.1. *Promessa di contratto e tutela per l'inadempimento tra sentenza costitutiva e risarcimento dei danni (art. 25).*

L'art. 25 del Progetto recita: “Se alcuno avendo promesso di concludere un contratto, rifiuti di adempiere la promessa, il giudice può, quando esistano tutte le condizioni richieste per la validità del contratto, assegnargli, su domanda dell'altra parte, un termine per l'esecuzione della sua obbligazione, trascorso il quale la sentenza del giudice terrà luogo della stipulazione del contratto. Fuori di queste ipotesi l'inadempimento dell'obbligazione di concludere un contratto darà diritto al solo risarcimento del danno”.

Volto a risolvere l'annosa questione dei possibili rimedi contro l'inadempimento del contratto preliminare, l'art. 25 riesce, dunque, a conciliare la tesi della sentenza costitutiva già illustrata, proposta da Chiovenda ⁽⁴⁾, con gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali allora prevalenti, favorevoli al rimedio del risarcimento del danno ⁽⁵⁾. Tale articolo pare, infatti, presupporre ai fini dell'individuazione di due diversi rimedi contro l'inadempimento dell'obbligo a contrarre — il risarcimento del danno e la sentenza costitutiva — due diversi tipi

internazionale postbellico, mostrandosi come il frutto di una politica di conciliazione e di compromesso (vedi G. CHIODI, *op. cit.*, p. 43). Mai entrato in vigore, è stato quasi interamente trasfuso nell'attuale codice civile.

⁽³⁾ Ciò, anche se la Relazione sul Progetto non rinuncia ad evidenziare il ruolo di principio informatore dell'art. 25 rispetto alla disposizione dell'art. 328 (vedi Commissione Reale per la Riforma dei Codici, *Progetto*, cit., *Relazione sul progetto di un codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e alla Francia*, p. LXIV).

⁽⁴⁾ G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, cit. (vedi *supra*, parte II, cap. I, § 2.2.3).

⁽⁵⁾ Anche dopo la formulazione della teoria di Chiovenda sulla sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso, la dottrina maggioritaria continuava ad essere, come visto *supra*, parte II, cap. I, § 2.2.5, favorevole al rimedio del risarcimento del danno. Si veda sul punto G. GAUDENZI, *L'inadempimento del contratto preliminare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, p. 240 e ss.

di contratto preliminare. Un tipo che, in quanto non conforme alle “condizioni richieste per la validità del contratto” definitivo perché difettante di un requisito essenziale (per esempio la forma necessaria) sembra volto a costituire un vincolo intermedio tra trattative e contratto definitivo, con la stipula del quale le parti sembrerebbero con ogni probabilità essersi volute riservare la libertà di valutare in un secondo momento l'introduzione o meno del regolamento d'interessi concordato, a fronte di un eventuale risarcimento del danno. Un secondo tipo di contratto preliminare che — provvisto di tutti i requisiti essenziali richiesti dalla legge per la validità del contratto definitivo, in cui le reciproche volontà delle parti risultino quindi sufficientemente consolidate in vista del risultato economico che si sono proposte di raggiungere, senza spazio alcuno per una nuova valutazione circa l'introduzione del regolamento contrattuale nei termini pattuiti e già, dunque, potenzialmente definitivo — giustifica un intervento dell'autorità giudiziaria più invasivo nei confronti dell'autonomia privata (6).

1.2.2. *L'autonomia della promessa di vendita dalla vendita definitiva (art. 328).*

La promessa di vendita si inserisce nell'ambito della disciplina della vendita, la cui definizione, contenuta nell'art. 323, ne mette

(6) Vedi sul punto R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 32, in particolare nota 38. L'autrice evidenzia come il problema della configurabilità di due diversi tipi di contratto preliminare sia stato affrontato anche dalla dottrina successiva al codice del 1942, relativamente alla previsione (art. 2932 c.c.) della possibilità per le parti di escludere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica. Tale previsione ha, infatti, posto all'attenzione degli studiosi il problema della possibile incidenza dell'eventuale preventiva esclusione dell'esecuzione in forma specifica sulla funzione attribuita dalle parti all'obbligo di contrarre. Si veda, infatti, S. SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, col. 73, che evidenzia una possibile correlazione della clausola di esclusione sia con la particolare natura o oggetto del preliminare, sia con la specifica volontà dei contraenti. Nello stesso senso, ma ancora più decisa, la successiva presa di posizione di G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 49, che ritiene configurabili due diversi tipi di contratto preliminare. Anche l'accordo con cui le parti si riservano la libertà di effettuare una nuova e diversa valutazione circa l'opportunità del regolamento da introdurre fa sorgere, secondo l'autore, in capo ad esse un obbligo di contrarre e non un semplice obbligo a trattare. Tale libertà deve essere riconosciuta, secondo Gabrielli, ai contraenti in preliminare che abbiano escluso l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 (vedi *amplius infra* § 2.3).

significativamente in risalto l'effetto obbligatorio anziché quello reale: "La vendita è un contratto con il quale il venditore si obbliga a trasferire la proprietà di una cosa e il compratore a pagarne il prezzo" (7).

L'art. 328 dispone che "Il contratto col quale una persona si obbliga a vendere ed un'altra a comprare da essa una cosa per un prezzo determinato, diviene vendita tosto che l'altra parte abbia, nel termine fissato, dichiarato di comperare e di vendere" (8). Si tratta di una disposizione assai singolare. La relazione sul Progetto, infatti, ne ammette la derivazione dall'art. 1589 del codice francese: dalle pagine del suo scritto in difesa del Progetto, Roberto De Ruggiero, che insieme ad Alfredo Rocco ne fu tra i firmatari, giustifica la disposizione definendola un "meditato ritorno all'antico", dettato dal senso pratico prevalso in Commissione (9). In realtà, seppure inserito in un documento fedele ai principi della tradizione legislativa francese, l'articolo pare, tuttavia, allontanarsi da tale tradizione (10) e dall'interpretazione restrittiva dell'articolo del *code civil* sulla *promesse de vente* dominante in Francia. L'art. 328 è, ad una più attenta lettura, chiaro specchio delle problematiche affrontate e dei tentativi di soluzione offerti dal dibattito ancora ardente in dottrina ed in giurisprudenza sul contratto preliminare; la formulazione della norma palesa, infatti, l'accoglimento a livello legislativo della soluzione di compromesso tra opposte tendenze, emersa e delineatasi soprattutto in ambito giurisprudenziale proprio nel periodo che ha preceduto la redazione di tale documento. Conformemente a questa soluzione, infatti, negando la possibilità di distinguere la vendita definitiva, se non a costo di un'improbabile

(7) Cfr. Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Progetto* cit., p. 152.

(8) Cfr. Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Progetto*, cit., p. 154.

(9) Vedi Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Relazione* cit., p. LXIV.

(10) In tal senso si esprime R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 35. Diversamente M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, pp. 64-71, in particolare p. 68, nota 6, il quale, nelle brevi notazioni sul Progetto italo-francese, evidenzia come le disposizioni in esame siano espressione dei principi già accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi. R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, p. 31, nota 60, ritiene invece che l'art. 25 del Progetto sia ispirato più al sistema codificato in Germania (§ 894 Z.P.O.) che non al modello teorizzato da Chiovenda e poi accolto nell'art. 2932 c.c.

deroga al sacro principio consensualistico, la norma tenta di recuperare per altra via l'autonoma configurabilità della promessa dalla vendita: la considera, cioè, accordo unilateralmente vincolante, capace però di divenire automaticamente vendita definitiva, a seguito della dichiarazione dell'altra parte di "comperare e vendere".

Il Progetto italo-francese detta, dunque, due norme di rilievo sotto vari aspetti: se l'art. 25, norma di carattere generale, si pone come immediato precedente dell'art. 2932 del codice attualmente vigente, riconoscendo per la prima volta legislativamente la possibilità della tutela coattiva in forma specifica per l'inadempimento dell'obbligo a contrarre, l'art. 328, relativo ad un ben individuato tipo contrattuale, la compravendita, attribuisce, nei limiti evidenziati, autonoma rilevanza alla promessa nei confronti della vendita. Certo, sarebbe inesatto ed eccessivo affermare la completa indifferenza reciproca tra le due disposizioni: la soluzione di compromesso accolta dall'art. 328 tra l'accoglimento della possibilità di una configurazione autonoma della promessa di contratto, e la negazione assoluta, su modello francese, di tale possibilità, manifesta infatti la consapevolezza che una chiusura completa avrebbe inevitabilmente pesato sull'introduzione stessa della nozione di contratto preliminare come categoria generale, essendo, nella pratica, proprio la compravendita il tipo contrattuale di gran lunga più interessato dall'utilizzo del nuovo strumento.

Eppure, emerge chiaramente dalla lettura delle due norme il perdurante procedere parallelamente, ma su due piani comunque differenti, del contratto preliminare e della promessa di vendita: l'uno, ad un livello di pura astrazione, l'altro, ben ancorato invece alla concretezza ed all'evolversi della prassi degli scambi.

1.3. *Il contratto preliminare nel codice del 1942.*

L'inevitabile e non più differibile scelta tra *Vorvertrag* e 'vendita obbligatoria' infine ci fu.

La disciplina dettata in materia di contratto preliminare dal codice del 1942 fu, in effetti, per la dottrina ad esso immediatamente successiva, occasione propizia per abbandonare l'analisi del risvolto operativo del 'nuovo' istituto ed avvicinarsi sempre più all'astrattezza del modello tedesco, per dimenticare le esigenze pratiche e la reale funzione del contratto preliminare e dedicarsi invece ad uno

studio dogmatico incentrato per lo più sul difficile rapporto tra preliminare e definitivo e, soprattutto, sui problemi d'inquadramento del secondo, nell'alternativa tra contratto ed atto dovuto.

Le scelte del legislatore del 1942 hanno contraddetto gli orientamenti dottrinali prevalenti riguardo ad entrambi gli aspetti problematici che tanto avevano fatto discutere la dottrina precedente: la forma del contratto preliminare ⁽¹¹⁾ ed i rimedi per l'inadempimento di uno dei contraenti ⁽¹²⁾.

Il nuovo codice civile ha, infatti, tentato di rispondere a tali tradizionali problemi con due norme: l'una, l'art. 1351, con cui ha imposto per il preliminare, contrariamente all'opinione dottrinale fino ad allora maggioritaria, la forma stabilita per il contratto definitivo; l'altra, l'art. 2932 — fondamentale ed assorbente per molto tempo il dibattito successivo — con cui ha introdotto la possibilità di un'esecuzione coattiva tramite sentenza del contratto non concluso ⁽¹³⁾.

Senza pretesa di poter con esattezza datare quello che si ritiene un nuovo fondamentale mutamento nel modo di concepire il contratto preliminare ed affrontare conseguentemente le problematiche ad esso connesse nel nostro ordinamento — consistente, in breve, nel progressivo abbandono dell'analisi del risvolto operativo dell'istituto in esame a favore di una configurazione eccessivamente dogmatica di esso — pare incontestabile il rilievo che proprio la codificazione e, più precisamente, le modalità di tale codificazione, l'introduzione cioè delle disposizioni appena citate, ha svolto un ruolo importantissimo nell'ambito di tale mutamento.

1.3.1. *Il 'riconoscimento' codicistico del contratto preliminare.*

Per comprendere correttamente la portata innovativa della scelta del codice del 1942, è opportuno dare ancora uno sguardo ai lavori preparatori.

⁽¹¹⁾ Vedi cap. precedente, § 2.

⁽¹²⁾ Vedi cap. precedente, § 2.

⁽¹³⁾ Con una terza norma, infine, l'art. 2652, n. 2, il legislatore ha dettato, a tutela del promissario acquirente, una regola pubblicitaria idonea a garantire, a determinate condizioni, la tempestiva opponibilità della sentenza *ex art. 2932 c.c.* ai terzi aventi causa dal promissario acquirente.

Nel 1936, venne nuovamente pubblicato il Progetto italo-francese, per essere poi ritirato dopo tre anni.

Importanti novità emersero, però, nel prosieguo dei lavori. Il Progetto ministeriale, all'interno del titolo II, nella parte relativa alla formazione del contratto, contiene finalmente una definizione generale di contratto preliminare: "Le parti" — recita l'art. 190 — possono, con un contratto preliminare, obbligarsi a concludere un contratto futuro" (14).

Ulteriori elementi di novità si rinvengono nel titolo III relativo alla disciplina dei singoli contratti: l'art. 306 definisce significativamente la vendita come "il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa da uno dei contraenti all'altro, che si obbliga a pagarne il prezzo" (15), sancendone espressamente l'efficacia reale e prendendo chiaramente le distanze dall'impostazione dell'art. 323 del Progetto italo-francese (16), ancora fortemente ispirato all'art. 1582 del *code civil* (17).

Si tratta di un mutamento di notevole rilievo ai fini della nostra indagine, come confermato dalla Relazione del Guardasigilli Grandi, in cui si palesa l'intenzione di "porre nel giusto rilievo il contenuto del contratto che, costituendo l'essenza della vendita, serve a distinguerla dalla promessa" (18).

E l'autonomia della promessa di vendita dalla vendita — oltre che conseguenza della norma di portata generale dell'art. 190 e della definizione di vendita dell'art. 306 — è oggetto di una specifica disposizione: "Si ha promessa bilaterale di vendita — recita infatti l'art. 307 — quando le parti pure essendosi accordate sulla cosa e sul

(14) Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato - Libreria, Roma, 1942 - anno XX, p. 57.

(15) Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari*, cit., p. 90.

(16) Vedi *supra*, parte II, cap. II, § 1.2.2.

(17) Vedi *supra*, parte I, cap. I, § 2.2.2.

(18) Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari*, cit., vol. I, *Prefazione e Relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi, Relazione al Progetto del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato - Libreria, Roma, 1942 - anno XX, n. 285, p. 40.

prezzo, si sono limitate ad assumere reciprocamente l'obbligazione di prestare un ulteriore consenso, diretto al trasferimento della proprietà della cosa" (19). A determinare la differenza fra la vendita e la promessa non è, dunque, la presenza o meno degli elementi essenziali, quanto piuttosto la volontà dei contraenti, volta, nella prima, al trasferimento della proprietà, indipendentemente dal fatto che l'esecuzione del contratto sia rinviata ad un momento successivo, mentre, nella seconda, ad obbligarsi a tale trasferimento, in un momento successivo.

Il testo definitivo del libro delle obbligazioni (20), a differenza del Progetto ministeriale, non contiene né una definizione generale di contratto preliminare, né una definizione di promessa di vendita: oltre all'art. 190, infatti, il nuovo testo legislativo non riproduce neppure l'art. 307, limitandosi, invece, a definire il solo contratto di vendita.

La distinzione fra la promessa di vendere e il relativo contratto è presupposta, però, anche se in modo implicito, nell'art. 1470, che, definendo la vendita come "il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo", non contiene alcun riferimento all'effetto obbligatorio (obbligo di dare), come avveniva nell'art. 1447 del codice abrogato, ma a quello reale (21).

Ciò è confermato anche dalla Relazione (n. 680) al testo definitivo del progetto, dove si legge: "Tale nuova disposizione dà preciso risalto al contenuto reale del contratto (il trasferimento della proprietà), il che costituisce il momento essenziale della vendita e serve anche a differenziare senz'altro questa dalla promessa bilaterale" (22).

Come anticipato, il testo definitivo contempla il contratto pre-

(19) Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari*, cit., vol. II, p. 90. Vedi anche la Relazione n. 286 del Guardasigilli Grandi (in Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari*, cit., vol. I, p. 140).

(20) Il libro delle obbligazioni, promulgato il 30 gennaio 1940, entrò in vigore un anno dopo, il 21 aprile 1942, contemporaneamente agli altri cinque libri che compongono l'attuale codice civile.

(21) Vedi *infra*, § 2.2.

(22) Cfr. *Relazione al Re imperatore sul libro delle obbligazioni*, n. 680, PANDOLFELLI-SCARPELLO-STELLA RICHTER-DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942.

liminare (e non la promessa di vendita) all'art. 1351⁽²³⁾, in base al quale la forma prescritta per il contratto definitivo deve osservarsi anche per il preliminare⁽²⁴⁾. Con tale articolo, "riduttivamente"⁽²⁵⁾ posto nel contesto della disciplina sulla forma, il legislatore, rifuggendo da qualsiasi definizione del 'nuovo' istituto, ha finalmente attuato, in realtà, il tanto agognato 'riconoscimento' codicistico del preliminare, strumento già affermato e di frequente utilizzo nella prassi, ma privo fino ad allora di qualsiasi sanzione positiva nel nostro ordinamento. Con questa norma, da un lato, ha dimostrato di considerare lo strumento della promessa di contratto idoneo, in linea di principio, a rivestire qualsivoglia contenuto, divenendo così, almeno in teoria, una categoria generale; dall'altro, ha inteso dettare una regola che non si limita, come potrebbe sembrare, al solo profilo formale, ma si estende all'intera disciplina del definitivo, esprimendo un parallelismo, una vera e propria 'simmetria' totale tra preliminare e definitivo⁽²⁶⁾ appunto.

(23) L'articolo riproduce integralmente la formulazione dell'art. 218 del progetto preliminare del libro delle obbligazioni. Il Guardasigilli Grandi si esprimeva così nella relazione al progetto: "Mi è sembrato opportuno mettere in maggiore rilievo che il contratto preliminare deve avere la forma prevista per il contratto definitivo; e ho sistemato il principio in un articolo autonomo (art. 218) anziché in un inciso che ammette la figura del contratto preliminare" (Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari*, cit., vol. I, *Prefazione e Relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi, Relazione al Progetto del libro delle obbligazioni*, cit., n. 164).

(24) Secondo F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, p. 173, la giustificazione di tale principio è da ravvisarsi "nel fatto che il preliminare ha, già esso, la forza di obbligare le parti (o una delle parti) a stipulare il contratto definitivo; così, si spiega che esso debba avere la medesima forma, cui resta assoggettato il corrispondente contratto definitivo. Non si concepisce che un preliminare, ove stipulato senza l'osservanza della forma solenne (se questa sia richiesta per il contratto definitivo), possa aver la forza di costringere le parti all'osservanza della forma medesima, quando si addivenga al corrispondente contratto definitivo. D'altro canto, sarebbe stato contraddittorio statuire che, quando sia richiesta la forma costitutiva, l'inosservanza di questa renda nullo il contratto e che, per contro, l'obbligazione di stipulare un futuro contratto solenne, possa essere assunta, in maniera valida, verbalmente".

(25) Vedi in tal senso F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 6.

(26) È questa l'opinione di F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 6; F. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 55; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, pp. 166-171: l'autore, partendo dal

I motivi di tale scelta del legislatore emergono chiaramente dalla Relazione al codice: in un primo passo, infatti, si legge che si richiede per il preliminare l'uso della stessa forma prevista per il definitivo poiché "sarebbe incongruo ammettere che colui il quale concluse verbalmente un contratto per cui lo scritto è richiesto a pena di nullità, non sia tenuto a rispettarlo; mentre chi promise verbalmente la conclusione di un contratto formale, debba eseguire la convenzione verbale" (27). E di seguito: "Ulteriore valido argomento per legittimare la soluzione accolta è dato poi dal fatto che il nuovo codice autorizza la realizzazione in forma specifica dell'obbligo a contrarre" (28).

Dei due argomenti, l'uno si basa su esigenze di 'congruità', dunque di equità e coerenza logica (29); l'altro, invece, sembra voler evidenziare che la regola in materia di forma dettata dall'art. 1351 è non solo strettamente connessa, ma addirittura funzionale alla scelta operata dal legislatore circa il rimedio per l'inadempimento, espressa dall'art. 2932.

Non c'è dubbio, in effetti, che l'introduzione nel nostro sistema del rimedio previsto dall'art. 2932 abbia sollecitato il legislatore ad equiparare, nella forma, il contratto preliminare al definitivo. Altrimenti, sarebbe stato agevole eludere l'onere di forma di quest'ultimo mediante il mezzo indiretto del contratto preliminare e della correlativa sentenza costitutiva (in sostituzione del mancato contratto definitivo). E la norma centrale in materia di contratto preliminare, la più rilevante novità nella disciplina di esso nel codice del 1942, è

presupposto della "simmetria delle forme" giunge alla conclusione che l'art. 1351 c.c. stabilisce un criterio di "corrispondenza nel trattamento", nel senso che la scelta di un metodo di contrattazione differente da quello previsto dall'art. 1376 c.c. non farebbe venir meno la valutazione espressa dal legislatore sul piano generale della concreta figura contrattuale utilizzata.

(27) Cfr. *Relazione al Re imperatore sul libro delle obbligazioni*, n. 83, PANDOLFELLI-SCARPELLO-STELLA RICHTER-DALLARI, *Codice civile*, cit.

(28) Cfr. *ibidem*.

(29) Scrive a tal proposito R. SSOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, libro IV, p. 446: "Se considerazioni di politica legislativa, infatti, inducono a sancire che un contratto debba farsi in una certa forma, sarebbe incongruo, e contraddittorio con le ragioni assunte, ammettere che si possa realizzare in qualunque forma l'obbligo di stipulare quel contratto".

chiaramente da vedere proprio in quest'ultimo articolo, che per lungo tempo, come si vedrà, costituirà il vero nucleo del dibattito sul nuovo istituto.

1.3.2. *L'introduzione dell'art. 2932 c.c.: nuovi temi di dibattito. La svolta 'dogmatica'.*

L'introduzione dell'art. 2932 — che prevede la possibilità per il contraente il contratto preliminare, che si trovi a subire l'inadempimento della controparte, di ottenere dal giudice una “sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso”⁽³⁰⁾ — rappresenta, come sopra accennato, la più significativa novità del codice del 1942 con riguardo al preliminare, ma anche, e soprattutto, la fonte dei maggiori problemi per gli interpreti successivi ad esso.

L'approdo alla soluzione accolta dall'attuale codice fu graduale e scandito da varie fasi.

Il già ricordato art. 25 del Progetto italo-francese, ammettendo la possibilità dell'esecuzione coattiva dell'obbligo di concludere un contratto, in presenza dei requisiti essenziali per la validità del negozio⁽³¹⁾, inaugura un'inversione di tendenza che si delinea più marcatamente con l'art. 191 del Progetto ministeriale.

Attingendo alle nuove tendenze dottrinali ed ispirandosi alle soluzioni legislative germaniche, tale articolo stabilisce che “Se una delle parti si rifiuta di adempiere il contratto preliminare, l'altra parte può ottenere dal giudice pronuncia costitutiva degli effetti che avrebbe riprodotto la conclusione del contratto definitivo, ove non preferisca chiedere il risarcimento dei danni per l'inadempimento”⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ L'art. 2932 c.c. recita: “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”.

⁽³¹⁾ Vedi *supra*, § 1.2.1.

⁽³²⁾ Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, cit., p. 57. Vedi anche la *Relazione al Duce del Guardasigilli Grandi*, già cit., n. 164, pp. 83-84, dove si specifica che “Si è chiarito nella formulazione dell'art. 191 che il giudice non ha discrezionalità nell'emanare la pronuncia costitutiva degli effetti del contratto promesso: vi è una scelta fra adempimento e risarcimento dei danni che spetta solo alla parte non inadempiente”.

Il richiamo diretto alla sentenza costitutiva è indicativo dell'orientamento che si stava affermando fra i redattori; contemporaneamente, la parte finale dell'art. 191, "ove non preferisca chiedere il risarcimento dei danni", mitiga la portata innovativa emergente dalla prima parte, palesando l'atteggiamento ancora prudentiale dei componenti del Comitato ministeriale ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ La questione era estremamente delicata, come emerge chiaramente anche dal verbale n. 13 relativo alla riunione della Commissione delle Assemblee legislative a cui il progetto del libro IV "Delle obbligazioni e dei contratti", terminato il 30 aprile 1940, fu immediatamente trasmesso (Vedi *Atti della Commissione delle Assemblee Legislative chiamate a dare il proprio parere sul Progetto del codice civile - Libro delle obbligazioni e dei contratti e alcune parti del libro V: "Della tutela dei diritti"*, Tipografia del Senato, Roma, 1940, pp. 122-126).

Gli articoli 190 e 191 vennero esaminati congiuntamente, ma, mentre il primo fu subito liquidato come superfluo, il secondo fu oggetto, proprio per la sua portata innovativa, di un'impegnativa discussione tra i componenti della Commissione. Una prima questione oggetto di dibattito fu l'aggiunta del requisito della 'possibilità' di dare esecuzione specifica all'obbligo di concludere un contratto. La proposta del relatore Asquini di inserire, in relazione alla pronuncia costitutiva, l'inciso "in quanto giuridicamente possibile", non fu accolta perché prevaleva l'idea che in ogni caso la prestazione oggetto dell'obbligazione a contrarre fosse fungibile e come tale suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. In realtà Asquini (Consigliere Nazionale e Vice Presidente della Commissione) riteneva opportuna quell'aggiunta con particolare riguardo al 2° comma dell'art. 191 del Progetto ministeriale, secondo cui: "quando la conclusione del contratto definitivo importa l'acquisto immediato della proprietà o di altro diritto reale, il giudice non può emettere la pronuncia di cui al comma precedente se la parte che richiede l'esecuzione del contratto preliminare non ha eseguito la sua prestazione o non ne ha fatto offerta reale nei modi di legge, a meno che la sua prestazione non sia ancora eseguibile".

La discussione s'incentrò, poi, sul punto fondamentale della portata giuridica della norma. Ciò che destava perplessità era il fatto che si trattava di 'istituto nuovo', in base al quale la promessa di contratto, che pure era stata ritenuta una figura distinta e autonoma dal contratto definitivo "dà diritto alla parte di chiedere al giudice che dichiararsi come realmente esistente un negozio giuridico che le parti non hanno ancora messo in essere". Ci si domandava, in altri termini, se "si possa ammettere come canone generale che la parte titolare di una semplice promessa di contratto possa addirittura ottenere dal giudice l'esecuzione del contratto".

Taluno (Costamagna, Consigliere Nazionale) a tal proposito sostenne che non vi potesse essere una coartazione della volontà se non nel caso in cui ciò fosse giustificato da un interesse pubblico e, più nello specifico, per obbligazioni interessanti direttamente la produzione nazionale; mentre un mero interesse personale non sarebbe stato sufficiente per sacrificare il fondamentale principio della libertà contrattuale.

Il principio della sentenza costitutiva, seppur timidamente, era ormai accolto dall'ordinamento. L'approvazione dell'art. 2932 ruppe definitivamente ogni indugio.

Ammettendo l'eseguibilità in forma specifica del preliminare e, più in generale, dell'obbligo di concludere un contratto, tale disposizione rende in realtà ancor più contraddittorio un istituto che è, in effetti, problematico già per la sua stessa natura: un contratto, e dunque supremo atto di autonomia della volontà, avente ad oggetto, come prestazione, la volontà stessa.

La previsione della possibilità di una sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso rende, infatti, tale volontà non più autonoma, ma coatta ⁽³⁴⁾.

Da ciò, lo scatenarsi di un acceso dibattito volto a risolvere il problema, sorto come conseguenza immediata della scelta espressa nell'art. 2932, dei rapporti tra preliminare e definitivo e soprattutto, come si vedrà, della natura del contratto definitivo ⁽³⁵⁾, ridotto ad istituto inevitabilmente dicotomico: negozio e non negozio. La dottrina successiva al codice fu assorbita da questo problema, di carattere puramente dogmatico: se il definitivo dovesse essere considerato atto

Altri (Senatore Nucci) puntualizzava che la sentenza del giudice poteva essere ammessa soltanto se il contratto preliminare conteneva tutti gli elementi del definitivo: "o si respinge il concetto, o si dice che il preliminare è valido quando ha tutti gli elementi del contratto definitivo". Infine, Panunzio riteneva che fosse prematuro pronunciarsi sul testo dell'articolo, dal momento che ancora non era stato "reso conto del fondamento di questo nuovo istituto".

Il testo dell'art. 191 non venne approvato, ma sono significative le parole conclusive del Presidente: "in concreto la Commissione ha approvato il principio della pronuncia costitutiva".

⁽³⁴⁾ Vedi, a tal proposito, le considerazioni di R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., pp. 16-17.

⁽³⁵⁾ Come evidenzia R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., p. 17, in realtà la tesi della 'non contrattualità' del preliminare non fu mai sostenuta, non solo dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, perché impedita dall'espressa previsione normativa di esso come contratto, ma neppure precedentemente. Riferendosi alle opinioni di quei giuristi che avevano visto nel preliminare una semplice 'tappa' della formazione del contratto (G. CARRARA, *op. cit.*, p. 43; G. FAGGELLA, *L'autonomia della volontà*, cit., p. 859 ss. e ID., *Il potere della volontà*, cit., p. 1013 e ss.; F. CARNELUTTI, *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, cit., p. 622 ss.; ID., *Formazione progressiva del contratto*, cit., p. 308 ss. e ID., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, cit., p. 339 ss.), l'autore sottolinea come essi lo considerassero vincolante.

di autonomia e dunque negozio, o atto dovuto, dunque non negozio.

Prima di analizzare tale dibattito ⁽³⁶⁾, sembrano necessarie alcune considerazioni proprio sulla 'scelta' del legislatore di inserire l'art. 2932 nel codice.

La logica sottesa a tale decisione legislativa è indubbiamente nuova: l'art. 2932 c.c., sancendo la fungibilità del consenso negoziale attraverso il potere surrogatorio del giudice, sembra, infatti, se non addirittura agli antipodi delle ideologie giuridiche fondate sul primato della volontà e dominanti sotto il vigore del codice precedente, indubbiamente assai lontano da esse.

Ciò porta inevitabilmente ad interrogarsi sulle reali ragioni, che hanno indotto il legislatore ad optare per una soluzione, che, oltretutto, si poneva in aperto e netto contrasto con l'orientamento allora maggioritario, propenso, per i motivi già esaminati, a ritenere applicabile, per l'inadempimento del preliminare, il solo rimedio risarcitorio.

Certo, influirono, oltre alla voce di Chiovenda, quelle di quanti avevano auspicato "che una norma legislativa venga anche da noi a troncare la controversia" ⁽³⁷⁾; certo, svolse un ruolo determinante l'esempio proveniente da quegli ordinamenti, il tedesco e l'austriaco, che avevano previsto una tutela per l'inadempimento del preliminare ben più efficace del mero risarcimento dei danni.

Alla base, però, di tale decisione vi furono soprattutto motivazioni pratiche, legate alla necessità di rispondere ad esigenze concrete. Il riconoscimento della crescente rilevanza economica della contrattazione preliminare condusse necessariamente alla consapevolezza dell'opportunità di offrire ai privati un mezzo coercitivo dell'adempimento, che non si risolvesse nel mero equivalente monetario. Il rimedio risarcitorio, infatti, avrebbe potuto costituire un rischio preventivato e accettato da chi, pur vincolato da un contratto preliminare, non avesse voluto precludersi la possibilità di intraprendere con terzi trattative dagli esiti potenzialmente più vantaggiosi ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Sul quale vedi A. GIUSTI-M. PALADINI, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, I, ed. II, Roma, 1915, p. 573.

⁽³⁸⁾ Vedi A. GIUSTI-M. PALADINI, *op. cit.*, p. 198. Proprio questo, per il vero, aveva indotto, come già evidenziato (vedi *supra*, parte II, cap. I, § 2.2.5), Leonardo Coviello e gran parte degli autori di inizio '900 a sostenere vigorosamente, nel silenzio del codice

La dottrina ha parlato, infatti, di “evidenti ragioni di opportunità a garanzia della sicurezza del traffico” ⁽³⁹⁾ e di “interesse pubblico all’osservanza di certe obbligazioni le quali, in base alla tradizione, potevano ritenersi rivestire importanza esclusivamente nei rapporti tra le parti” ⁽⁴⁰⁾.

Sarebbe, però, inesatto vedere solo in queste — seppur fondamentali — valutazioni di opportunità pratica la causa della rivoluzione ideologica, espressa nella soluzione legislativa dell’art. 2932: la riduzione, lo si ripete, della volontà negoziale a prestazione contrattuale (oggetto di un’obbligazione).

Pare, oltretutto, che lo stesso legislatore fosse consapevole di aver adottato una soluzione ‘rivoluzionaria’: ciò emerge con chiarezza dalla lettura della Relazione al codice ⁽⁴¹⁾, ove appunto dichiarò espressamente di aver ritenuto “coerente tradurre in formula legislativa la soluzione opposta” a quella accolta dalla giurisprudenza e caldeggiata dalla prevalente dottrina ⁽⁴²⁾.

Nella scelta del legislatore occorre comprendere “la complessità dei motivi ispiratori” ⁽⁴³⁾.

del 1865, l’ammissibilità del solo rimedio risarcitorio, col chiaro intento di fornire tutela ad una ben individuata categoria economica.

⁽³⁹⁾ Cfr. E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 67.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. A. MICHELI, *Esecuzione forzata, sub art. 2932*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro VI, Bologna-Roma, I ed., 1960, p. 194.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *Relazione del ministro Guardasigilli al Re*, n. 1194, in *Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul valore giuridico della Carta del lavoro*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1943: “È noto come la giurisprudenza d’accordo con la dottrina tradizionale neghi la possibilità dell’esecuzione specifica dell’obbligazione di concludere un contratto, poiché contenuto di questa sarebbe un fare infungibile: la prestazione del consenso. Senonché, ammessa la potestà del giudice di emanare, nei casi previsti dalla legge, provvedimenti costitutivi (art. 2908), ho ritenuto coerente tradurre in formula costitutiva l’opposta soluzione, pure sostenuta da un’autorevole dottrina”.

⁽⁴²⁾ Una soluzione, però, da tempo auspicata, come si evince chiaramente dalla stessa *Relazione* (Cfr. *Relazione del ministro Guardasigilli al Re*, n. 1070, in *Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul valore giuridico della Carta del lavoro*, cit.): “Il nuovo codice, realizzando un’antica aspirazione della dottrina e della pratica, ammette la eseguibilità in forma specifica dei contratti preliminari e in generale dell’obbligo, legale o convenzionale, di concludere un contratto”.

⁽⁴³⁾ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, 1985, XX, Torino, p. 315.

E, nell'ambito di questi, un ruolo primario è stato certo svolto, sul diverso piano dei 'valori', dal principio dell'affidamento nel rispetto degli impegni contrattuali assunti, tanto radicato nell'ordinamento da prevalere sul sacro principio della volontà, e da porsi come limite invalicabile al potere di essa (44).

L'art. 2932 fu, dunque, introdotto dal legislatore al fine di coniugare l'autonomia negoziale con l'affidamento delle parti ed il *favor* per l'adempimento e l'esecuzione dei rapporti contrattuali (45).

2. 'Contrattualità' del preliminare e 'contrattualità' del definitivo: una coesistenza possibile?

2.1. La dottrina degli anni '50 e '60 tra svalutazione e tentativi di rivalutazione della 'negozialità' del definitivo: il fallimento delle teorie 'contrattualiste'.

L'art. 2932 non fu accolto con particolare favore dalla maggior parte della dottrina.

(44) Alcuni anni prima dell'entrata in vigore del codice, Betti a tal proposito scriveva: "La soluzione dipende essenzialmente dall'apprezzamento della coscienza sociale, e cioè dal grado di efficacia del vincolo e di sicurezza dell'affidamento che nella coscienza sociale si considerano creati con la promessa di un'ulteriore dichiarazione. È da riconoscere che quanto più radicato è nel costume sociale il senso dell'impegno assunto e dell'affidamento ricevuto con siffatta promessa, quanto più naturale e priva di autonomo valore appare, per conseguenza, l'emissione effettiva della dichiarazione promessa, tanto più proclive può essere il legislatore ad ammettere l'irrelevanza di un'ulteriore volontà del debitore e la fungibilità giuridica della dichiarazione. Forse da noi non si è ancora arrivati a tanto. La coscienza sociale non considera ancora così forte l'impegno assunto dalla promessa da far apparire moralmente indifferente la mancanza della dichiarazione definitiva e virtualmente equivalenti le due situazioni create con questa e con quella" (E. BETTI, *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, in *Annuario di diritto comparato*, 1929, II, p. 142 e ss.).

(45) Cfr. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 315: "La materia degli obblighi a contrarre manifesta una spiccata attitudine a raffigurarsi come un punto di raccordo tra più direttive salienti dell'impianto codicistico: un luogo cioè dove gli spazi residui di tutela dell'autonomia del volere vanno a ridisegnarsi in rapporto ad altri principi emergenti quali la tendenziale priorità dell'adempimento in natura, il superamento del 'favor' verso il proprietario-alienante nella circolazione dei beni od ancora il sostegno ad alcune categorie di soggetti deboli".

In effetti, esso fu visto come una novità di tale rilievo da costituire per lungo tempo il primario oggetto d'interesse degli studi sul contratto preliminare.

Prevalsero, tuttavia, le interpretazioni volte a ridurre la portata innovativa ed a restringerne i margini applicativi, e qualcuno lo considerò una “violazione della logica” ed un’“offesa ai principi dell’ordinamento giuridico italiano” (46).

Nonostante le critiche, emerse la consapevolezza che, con la consacrazione dell’esecuzione specifica dell’obbligo di contrarre, l’impostazione tradizionale di tale problema risultava capovolta: non si trattava più di stabilire la natura ed il contenuto del contratto preliminare, per decidere sull’ammissibilità dell’esecuzione specifica, bensì di stabilire quali conseguenze tale ammissione dovesse produrre sulla natura e sul contenuto del contratto preliminare (47).

Proprio a causa di tale nuova impostazione, i primi interventi provennero prevalentemente dai processualisti, e, nell’ambito del problematico rapporto preliminare/definitivo, fu da subito oggetto di maggior attenzione il primo dei due elementi, a discapito del secondo.

L’intento unanime che accomunò, inizialmente, gli studiosi che presero parte al dibattito fu, infatti, quello di salvaguardare l’integrità del dogma dell’autonomia del volere, cercando così, sul piano interpretativo, la continuità con la tradizione ed il ridimensionamento dell’ “apparenza dissacratrice” insita nella norma dell’art. 2932 c.c. (48).

Secondo l’opinione di Satta, tale autonomia, e la conseguente

(46) Cfr. W. D’AVANZO, *Alcune considerazioni sul c.d. contratto preliminare*, in *Rivista del notariato*, 1946, I, p. 408. L’autore assume una posizione particolare sul rapporto preliminare-definitivo, in quanto mette in dubbio il carattere contrattuale del primo (vedi *op. cit.*, p. 398). E spiega che: “Il contratto sorge solo quando l’accordo delle due opposte volontà determina il costituirsi di un vincolo diretto ad un ‘dare’, ‘facere’ o ‘non facere’, oggetto di quella prestazione di cui è cenno nell’art. 1321” “Ciò premesso a noi non pare che il ‘contrahere’, oggetto del preliminare possa essere contenuto in una delle tre anzidette categorie” (cfr. *op. cit.*, p. 407).

(47) È questa l’opinione di S. SATTA, *L’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto*, in *Foro italiano*, 1950, IV, col. 75.

(48) Vedi S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 316; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali cit.*, p. 16.

infungibilità del consenso negoziale, non sarebbe affatto contraddetta dall'art. 2932 c.c. Nell'elaborare tale disposizione, il legislatore avrebbe trascurato il principio fondamentale che la volontà negoziale è del tutto insostituibile.

Pertanto, il tentativo di rendere fungibile il consenso avrebbe necessariamente comportato l'eliminazione della prestazione di volontà come oggetto del contratto preliminare ⁽⁴⁹⁾.

Quest'ultimo, infatti, non obbligherebbe a manifestare la volontà contrattuale, e, ancor prima, non sarebbe più configurabile neppure come un contratto obbligatorio. Dal preliminare sorgerebbe, invece, un diritto potestativo, strumentale al conseguimento di una situazione giuridica "finale", avente ad oggetto la relazione immediata con il bene ⁽⁵⁰⁾.

L'unica 'volontà dispositiva' dei contraenti sarebbe, quindi, quella manifestata con la stipulazione preliminare, rispetto a cui la successiva prestazione del consenso al contratto definitivo rappresenterebbe una mera alternativa (non dovuta) alla sentenza costitutiva ex art. 2932. E, dunque, il definitivo non sarebbe altro, infine, che un mero titolo (alternativo alla sentenza, appunto) per il trasferimento del bene ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Vedi A. GIUSTI-M. PALADINI, *op. cit.*, p. 201.

⁽⁵⁰⁾ Vedi S. SATTÀ, *op. cit.*, col. 73: "non si può più parlare di una prestazione di volontà come oggetto del contratto preliminare, di un obbligo di stipulare al quale corrisponda un diritto alla stipulazione, e quindi, in una parola, del contratto preliminare come di un contratto obbligatorio. La forza e il valore di tale contratto sta invece proprio in ciò: che per esso sorge il titolo per la costituzione di una situazione giuridica (finale), e più precisamente della situazione giuridica determinabile in forza del contratto definitivo". Vedi A. GIUSTI-M. PALADINI, *op. cit.*, p. 37.

⁽⁵¹⁾ Non potendo costituire il preliminare la fonte di situazioni a loro volta 'strumentali', l'ambito applicativo dell'esecuzione specifica è limitato ai soli contratti con effetti reali: "Il terreno di elezione dell'esecuzione specifica è quello dei contratti con effetti reali (art. 1376), in primo luogo la vendita. E la ragione, dopo quanto abbiamo detto, ben si comprende: gli effetti reali non sono in funzione di un obbligo (di produrli), ma discendono direttamente dalla volontà dispositiva che si pone come una semplice condizione del loro prodursi. Ora la volontà dispositiva c'è tanto nella vendita quanto nella promessa di vendita (o di costituzione di un altro diritto reale): tale promessa non può quindi considerarsi come una promessa di volere (che sarebbe incoercibile), ma come una volontà dell'effetto, che non ha più bisogno di alcuna ulteriore volizione per il suo costituirsi. Nasce dalla promessa il diritto alla costituzione dell'effetto (quando si

L'incoercibilità del volere negoziale è alla base anche della costruzione di Montesano, di pochi anni successiva.

Muovendo dall'incompatibilità che si originerebbe fra la nozione di negozio, quale atto di esercizio di un potere, e quella di adempimento, atto con cui si esegue un obbligo — e, quindi, un'attività non libera, ma vincolata — l'autore conclude che tale contraddizione si verificherebbe anche in tema di contratto preliminare e di contratto definitivo. Per risolvere questo problema, Montesano propone di considerare la stipulazione del contratto definitivo — ovviamente solo quando i contraenti abbiano predeterminato tutti gli elementi essenziali di quest'ultimo, vale a dire non abbiano inteso semplicemente obbligarsi a continuare le trattative per la conclusione del negozio ⁽⁵²⁾ — come mera riproduzione documen-

saranno verificate le condizioni del trasferimento), al quale non corrisponde un obbligo del promittente, ma una soggezione: e tale diritto sarà realizzato dal giudice secondo il meccanismo proprio dei diritti c.d. potestativi. Così ad es. se io prometto di vendere un immobile se questo mi sarà lasciato in eredità o in legato, non prometto una mia futura volizione, ma voglio fin d'ora il futuro trasferimento. Potrò allora non prestarmi alla stipulazione del contratto di vendita, ma questo non impedirà che il diritto al trasferimento si realizzi.” (cfr. S. SATTA, *op. cit.*, col. 76).

⁽⁵²⁾ L'autore chiarisce che l'espressione 'contratto preliminare' è adoperata per designare in realtà due figure giuridiche differenti. La prima si avrebbe quando le parti, già accordatesi su un certo contenuto contrattuale, rinviino ad un momento successivo la redazione di un altro atto detto 'contratto definitivo', la seconda, invece, si svolgerebbe ancora nella fase delle c.d. trattative precontrattuali, (come si evince dal titolo del paragrafo che ne tratta: "L'obbligo di trattare per la conclusione di un contratto") quando "pur obbligandosi, come si suol dire, a concludere un contratto, non ne predeterminino tutti gli elementi essenziali, o, pur predeterminando elementi tali che possano di per sé costituire un contratto, si riservino di porre, al momento del contratto definitivo, nuovi elementi non determinati, o non ancora completamente determinati: il che significa come anche questi nuovi elementi siano dalle parti considerati essenziali al contratto da concludere. Qui, cioè, i soggetti sono già d'accordo su di una parte del contenuto del contratto. Ma da un lato la parte sulla quale non sono d'accordo è di tanta importanza che essi subordinano la validità della prima al raggiunto accordo sulla seconda; d'altro lato, la predeterminazione del contenuto contrattuale è giunta ad un punto tale che i soggetti stessi ritengono conveniente "obbligarsi a concludere un contratto". "È questa l'ipotesi — procede l'autore — di contratto preliminare che viene inquadrata, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, e con maggiore precisione dal Carnelutti, nella formazione progressiva del contratto". Sulla formazione progressiva del contratto vedi *infra*, § 2.2.

tale successiva (una prova confessoria documentata) ⁽⁵³⁾ del contratto preliminare, condizionante sospensivamente la produzione degli effetti negoziali voluti dalle parti ⁽⁵⁴⁾. La situazione soggettiva passiva nascente dal contratto preliminare non sarebbe rappresentata, quindi, da una mera soggezione, ma da un vero e proprio obbligo, il cui oggetto, tuttavia, non consiste nella prestazione di un consenso negoziale, bensì nel compimento di un fatto giuridico, al quale si ricollegano *ex nunc* gli effetti contrattuali già voluti dai contraenti.

Al pari della redazione del definitivo, neppure la sentenza prevista dall'art. 2932 c.c., dunque, produrrebbe gli effetti negoziali, che discenderebbero direttamente dal contratto preliminare. Essa sarebbe, invece, risolutiva, a fronte dell'inadempimento di una parte, dell'obbligo di documentazione successiva dell'accordo ⁽⁵⁵⁾:

⁽⁵³⁾ Montesano rileva, a tal proposito, che quando le parti abbiano compiuto una determinata attività negoziale, successivamente non hanno che due possibilità: o svolgere un'attività solamente probatoria, che si concreta in un mero fatto giuridico, relativa al negozio ormai concluso; o dar vita ad un secondo negozio (valido), in tutto uguale al precedente. Stabilire quando un determinato comportamento sia dell'una o dell'altra specie è in genere difficoltoso. Ma sintomo sicuro del carattere probatorio di una dichiarazione successiva a un negozio è la circostanza che essa contenga un riferimento all'atto precedente. Ciò avviene, ad esempio, quando le parti, in relazione a quest'ultimo, affermino "di rinnovarlo o di riprodurlo, così come era stato creato" (vedi L. MONTESANO, *op. cit.*, p. 71 ss.).

Nell'ipotesi di contratto preliminare, al primo atto seguirà necessariamente il secondo, il quale, almeno in linea di previsione, non potrà non contenere un riferimento al primo. Il secondo comportamento ha, cioè, il valore di documentazione probatoria, o, per meglio dire, di una dichiarazione confessoria del contratto già concluso. Se si pensa, poi, che gli effetti si producono solo dalla formazione del nuovo documento, è ovvia la conseguenza che la creazione del mezzo di prova funge da condizione del prodursi dei detti effetti sulla base dell'unico atto negoziale compiuto dalle parti, quello comunemente denominato 'contratto preliminare' (vedi L. MONTESANO, *op. cit.*, pp. 84 ss.).

⁽⁵⁴⁾ Vedi L. MONTESANO, *op. cit.*, p. 127.

⁽⁵⁵⁾ "In definitiva, anche se gli autori del codice non ne sono stati consapevoli, con l'art. 2932 si applica in un'ipotesi particolare il generale principio sancito dall'art. 1453 c.c. secondo il quale nei contratti con prestazioni corrispettive, quando un contraente non adempie il suo obbligo, l'altro può chiedere la risoluzione giurisdizionale del contratto. Si tratta qui di una risoluzione giurisdizionale parziale del contratto preliminare in seguito all'inadempimento di un obbligo. Più precisamente, se un contraente non adempie per parte sua l'obbligo bilaterale della documentazione condizionante gli effetti contrattuali, l'altro contraente può chiedere così che in virtù

risolvendo l'obbligo di concludere il contratto definitivo, essa rimoverebbe la condizione permettendo conseguentemente il prodursi degli effetti contrattuali.

La ricostruzione di Montesano offre una nuova risposta al problema della natura giuridica della sentenza prevista dall'art. 2932 c.c., strettamente connesso, come già evidenziato, a quello dei rapporti tra autonomia del volere e coazione giudiziale.

La dottrina maggioritaria ⁽⁵⁶⁾, nonostante la collocazione dell'art. 2932, inserito nel capo relativo all'esecuzione forzata, ha sostenuto la natura costitutiva della sentenza ivi prevista. Qualcuno ha visto, addirittura, in tale collocazione un "errore sistematico" ⁽⁵⁷⁾ del legislatore, basandosi anche su un passo della Relazione al codice, che, in effetti, precisa: "il caso dell'art. 2932 avrebbe potuto più propriamente ricondursi alla categoria dell'art. 2908 (sentenza costitutiva), ma è parso più opportuno inserirlo nel quadro dell'esecuzione in vista della sua finalità" ⁽⁵⁸⁾.

Nello scontro teorico, a cui si è già fatto riferimento, tra la sentenza costitutiva di Chiovena ⁽⁵⁹⁾ e quella 'come atto di esecuzione forzata' di Calamandrei — e che sembra in qualche modo riecheggiare nell'incongruenza di carattere sistematico appena evidenziata — ha, dunque, prevalso la prima ⁽⁶⁰⁾. E ciò, non senza conseguenze pratiche di rilievo, circa i limiti alla discrezionalità del giudice nel determinare o integrare la volontà espressa dalle parti nel preliminare.

Ed infatti, l'accoglimento della tesi di Calamandrei avrebbe consentito al giudice un ampio potere discrezionale, e, dunque, la possibilità di garantire il risultato giuridico voluto dal creditore anche attraverso l'adeguamento della volontà dei contraenti al con-

di sentenza gli effetti, già interamente previsti e disciplinati dal contratto preliminare, si producano nonostante la mancata conclusione del contratto definitivo" (cfr. L. MONTESANO, *op. cit.*, pp. 127-128).

⁽⁵⁶⁾ S. SATTÀ, *op. cit.*, col. 73; G. A. MICHELI, *Esecuzione forzata sub art. 2932*, cit., p. 532; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., p. 188.

⁽⁵⁷⁾ Vedi V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 40.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *Relazione del Guardasigilli* cit., n. 1187.

⁽⁵⁹⁾ Vedi G. CHIOVANDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, cit., in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 99 ss.

⁽⁶⁰⁾ Vedi P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, cit., p. 219.

creto assetto economico originariamente concordato in sede di preliminare.

La scelta favorevole all'opinione di Chiovenda negava, invece, al giudice qualsiasi valutazione discrezionale, comportando l'impossibilità per quest'ultimo di sancire effetti non direttamente ricollegati a quanto statuito nel preliminare ⁽⁶¹⁾.

Nel tentare di comprendere le ragioni dell'orientamento dominante, sembra plausibile scorgere a fondamento di esso ancora una volta il presupposto dell'inviolabilità del volere negoziale: in base a tale presupposto, il potere 'costitutivo' del giudice nella sentenza ex art. 2932 c.c. non avrebbe potuto consistere che nell'attribuire 'definitività' ad una volontà già precedentemente espressa dalle parti ⁽⁶²⁾.

A tal proposito, un contributo assai importante è stato offerto negli stessi anni da Giorgianni ⁽⁶³⁾.

Basandosi sull'osservazione di ciò che avviene nella pratica, l'autore rileva che l'esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre si rivela utile solo quando si sia in presenza di un preliminare di contratto ad effetti reali, comportante per il debitore l'obbligo del trasferimento o della costituzione di un diritto su un bene. Nei casi, invece, di promesse che vincolano alla conclusione di contratti obbligatori, a fronte del rifiuto di adempiere del debitore, l'attore non otterrebbe alcun reale vantaggio dalla sostituzione di un rapporto obbligatorio 'definitivo' ad un rapporto obbligatorio 'preliminare'.

⁽⁶¹⁾ Vedi *amplius supra*, parte II, cap.1, §. 2.2.4.

⁽⁶²⁾ In tal senso si esprime M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 69.

⁽⁶³⁾ M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, I, 1961, pp. 64-71. Lo scritto di Giorgianni prende spunto dal problema della forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili. Ed infatti, dopo la constatazione che sia il preliminare, sia il mandato senza rappresentanza rientrano nella previsione dell'art. 2932, il giurista delinea i tratti distintivi delle due figure. L'una è testualmente definita come "un contratto il cui unico effetto è costituito dall'obbligazione di porre in essere un ulteriore negozio" (cfr. p. 65); l'altra è caratterizzata "da un incarico, conferito ad un mandatario di gestire uno o più affari nell'interesse del mandante", mentre "il ritrasferimento dei beni acquistati, in capo al mandante, costituisce un elemento non essenziale del negozio" (cfr. p. 67). L'art. 2932 accomuna le due fattispecie e si rivela, dunque, occasione per offrire un originale contributo allo studio del contratto preliminare.

L'art. 2932 si rivelerebbe utile, dunque, solo nei casi in cui grazie allo strumento di tutela da esso previsto l'oggetto del diritto viene raggiunto dal creditore contro la volontà del debitore ⁽⁶⁴⁾.

Più che alla conclusione del definitivo, l'esecuzione in forma specifica sarebbe, in altri termini, finalizzata a far avere al contraente adempiente il bene oggetto dell'obbligo preliminare dell'inadempiente.

La sentenza costituirebbe, dunque, il titolo mediante il quale il diritto viene trasferito. Questo provvedimento, operando il forzato trasferimento o la forzata costituzione del diritto sulla cosa, renderebbe "contemporaneamente 'definitivo' il contratto preliminare, cosicché questo, e non già la sentenza, costituirà la fonte di tutti gli altri effetti" ⁽⁶⁵⁾.

A conferma di tale tesi, Giorgianni osserva che in base al dettato del secondo capoverso dell'art. 2932, chi chiede l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare deve aver preventivamente eseguito od almeno offerto di eseguire la propria prestazione, che, dunque, non potrebbe essere considerata adempimento di un obbligo nato dalla sentenza ⁽⁶⁶⁾.

La medesima svalutazione del ruolo del definitivo, nell'intento di non violare in alcun modo il principio dell'autonomia del volere, si trova anche nella voce 'Contratto preliminare' per il 'Novissimo digesto italiano' di Forchielli, ove l'autore afferma che l'introduzione dell'art. 2932 c.c., rendendo il contratto preliminare figura tipica sia sotto il profilo strutturale che funzionale, avrebbe eliminato ogni dubbio residuo circa l'utilità di una sua configurazione, ed invece avrebbe alimentato le perplessità sulla reale funzione del definitivo, dato che in uno stesso giudizio possono essere chieste, sulla base del semplice contratto preliminare, sia la sentenza sostitutiva del definitivo, sia l'esecuzione di essa ⁽⁶⁷⁾.

Queste prime letture successive al codice furono accomunate, dunque, dalla svalutazione del ruolo del definitivo, nell'intento di

⁽⁶⁴⁾ Vedi M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 69.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *ibidem*.

⁽⁶⁶⁾ Vedi ID., *op. cit.*, pp. 69-70

⁽⁶⁷⁾ Cfr. P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1959, p. 686.

non violare in alcun modo il principio dell'autonomia del volere, e di preservare il ruolo predominante di essa nella produzione degli effetti che si ricollegano alla sentenza prevista dall'art. 2932 c.c. (68).

Tali sforzi interpretativi non sono stati accolti con favore dalla dottrina prevalente. Essi hanno, però, svolto la fondamentale funzione di stimolo al dibattito sul preliminare, facendone emergere nel contempo le contraddizioni (69).

È evidente, infatti, che la reazione nei confronti dell'opinione tradizionale — che vede nel preliminare il negozio che obbliga alla futura conclusione di un ulteriore negozio — era nata, soprattutto, dalla difficoltà di concepire la coesistenza della natura contrattuale nel preliminare e nel definitivo, trattandosi nel primo caso di un contratto autonomo, nel secondo, invece — proprio perché oggetto del primo, e sostituibile riguardo ai suoi effetti ultimi da una sentenza del giudice — di un atto dovuto.

All'inizio degli anni '60 si assisté ad una svolta nel dibattito dottrinale: l'interesse degli studiosi si spostò, infatti, dal contratto preliminare, per focalizzarsi invece sul definitivo e sul problema della natura giuridica di esso, nel tentativo di reagire alle teorie appena illustrate, che l'avevano ridotto a mero atto riproduttivo del contratto preliminare.

Parte della dottrina ha tentato di risolvere l'apparente antinomia tra negozio e coazione, nell'intento di salvare la 'contrattualità' del definitivo.

Prendendo le mosse dalla nozione positiva di contratto, alcuni autori hanno, infatti, affermato che la *solutio* può consistere anche in un negozio (70), arrivando a sostenere che "potere e obbligo sono

(68) Ritengono che l'art. 2932 c.c. sia applicabile soltanto ai contratti aventi come oggetto il trasferimento di beni determinati, come già evidenziato, M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 65 ss.; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., p. 185. Vedi anche, in proposito, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu- F. Messineo, Milano, II ed., 1971, p. 38.

(69) Vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 21.

(70) Così già G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 103; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 243; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Milano, 1962, p. 39.

due momenti diversi” (71) e, soprattutto, che, poiché il “dovere” presuppone un comportamento già individuato, “non può modificare le intrinseche caratteristiche” (72). Conseguentemente, la natura negoziale della *solutio* nell’adempimento dell’obbligazione di concludere il contratto nascente dal preliminare deriverebbe dalla specifica natura (negoziale, appunto) della prestazione oggetto dell’obbligazione stessa.

2.2. *Il contratto preliminare come fase del procedimento di formazione del contratto. Le ‘teorie procedimentali’.*

Nell’ambito di questi sforzi di collocazione sistematica, s’inseriscono, mosse anch’esse dall’intento di reagire alla precedente svalutazione del definitivo, le teorie che, mutuando dai pubblicisti la nozione di ‘procedimento’, vollero soffermarsi sull’aspetto dinamico del rapporto preliminare-definitivo (73).

Già prima dell’introduzione del codice, alcuni autori avevano tentato di spostare l’attenzione dai singoli elementi ‘contratto preliminare’ e ‘contratto definitivo’, per osservare invece il fenomeno

(71) Cfr. L. MENGONI, *Recensione a L. Montesano. Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, pp. 412-413.

(72) Cfr. P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 29. L’autore rileva, in termini generali, che le conseguenze cui il negozio dà luogo “sono indipendenti dalla circostanza che l’atto con cui si è manifestata detta volontà sia stato un atto doveroso o semplicemente lecito”. A tal proposito, vedi anche R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, p. 112.

(73) Tale nozione, pare opportuno anticiparlo, non è stata mai del tutto abbandonata. Nella relazione al d.l. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito in legge 28 febbraio 1997, n. 30, introduttivo del ‘preliminare trascrivibile’ (su cui vedi *infra*, § 3.2) si dichiara significativamente che “il raccordo con il sistema, sul piano logico-giuridico, lo si ha considerando il contratto preliminare non in modo autonomo, ma come segmento di un procedimento che nasce con il preliminare ma che è destinato a svilupparsi, per effetto della procedura prevista dall’art. 2932 c.c., in un negozio con effetti reali. È tenendo conto dell’intera vicenda che si individua nel preliminare un contratto sostanziale prodromico di una vicenda negoziale intesa al raggiungimento di effetti reali”. Nello stesso senso, la recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, 7 luglio 2004, n. 12505, in *Giur. it., Suppl.*, 268, ove la Corte ha sottolineato che preliminare e definitivo, pur rimanendo distinti, integrano momenti di una sequenza procedimentale diretta, appunto, alla realizzazione di una causa unitaria.

preliminare/definitivo come fenomeno 'complesso', da inquadrarsi in un contesto ben più ampio e diverso: quello della 'formazione del contratto'. Lungi dal costituire due fattispecie complete ed autonome, preliminare e definitivo erano infatti, come già visto, per Carrara "semplici tappe" "nell'azione formativa del contratto" (74). E soprattutto Francesco Carnelutti (75) le aveva inserite nell'ambito della 'formazione progressiva del contratto' (76), accennando un discorso che avrebbe ripreso, (ma mai in effetti sviluppato in modo sufficiente per una completa comprensione del fenomeno (77)), seguito da altri (78), appunto, anni dopo.

Nella sua 'Teoria generale del diritto', infatti, nell'ambito di un capitolo significativamente intitolato 'Delle combinazioni degli atti giuridici', l'autore parla di 'atto continuato', concetto nato in ambito penalistico, ma utilizzabile con risultati utili anche nella materia civilistica (79).

La combinazione del contratto definitivo col contratto preliminare (80) è uno degli esempi di atto continuato, nell'ambito di una

(74) G. CARRARA, *op. cit.*, p. 43. (vedi *supra*, parte II, cap. I, § 2.1).

(75) Su cui vedi *supra*, nota 126.

(76) Vedi F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., in *Riv. dir. comm.* vol. XIV, 1916, parte II, p. 308 e ss. ID., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, cit., in *Riv. dir. comm.*, vol. XV, 1917, parte I, p. 339 e ss; ID. *Ancora sulla forma delle promesse bilaterali di compravendere immobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, parte II, p. 616 ss. (vedi *supra*, parte II, cap. I, § 2.1.1).

(77) Così A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., Milano, 1966, p. 17.

(78) Anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pp. 186-187, aveva fatto cenno ad un nesso di continuità "dei negozi che serbano ciascuno la propria fisionomia ed efficacia; più che convergere sullo stesso piano a un medesimo risultato, essi si succedono l'un l'altro in ordine al medesimo scopo. Se trattasi di sequenza organizzata, essa configura una fattispecie a formazione successiva che si qualifica, in senso ampio, procedimento e consiste in più atti giuridici successivi diretti alla medesima finalità, dei quali ogni atto che segue presuppone necessariamente il precedente e prepara e preannuncia il susseguente".

(79) Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, cap. III, n. 157, pp. 356-357.

(80) Cfr. ID., *ibidem*: "Gli esperti di affari sanno che qualche cosa di analogo avviene, ed è naturale anche in materia di contratto, a proposito del quale da tempo si parla della sua formazione progressiva; pensiamo, fra l'altro, alla combinazione del contratto definitivo col contratto preliminare".

‘continuazione’⁽⁸¹⁾ che il giurista definisce “omogenea”, “appartene-
 nendo gli atti successivi alla medesima specie”⁽⁸²⁾.

Pochi anni più tardi, la tesi di Carnelutti venne approfondita da Salvatore Romano, nell’ambito di uno studio specifico sul ‘procedi-
 mento giuridico nel diritto privato’⁽⁸³⁾.

Partendo dall’affermazione che, contrariamente a quanto da
 altri sostenuto⁽⁸⁴⁾, “la stessa autonomia nel suo aspetto dinamico e

(81) La ‘continuazione’, o, più precisamente, la ‘continuità’ è per Carnelutti strettamente connessa con la ‘causalità’. Ciò è evidente laddove, proprio a proposito della causalità giuridica (vedi F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 192), profila una visuale di dinamismo con questo schema: “Tizio, proprietario di una cosa, la vende a Caio, con che Caio ne diventa proprietario in luogo di Tizio; oppure Caio la ruba a Tizio, con che Caio soggiace alla pena comminata contro i ladri. In questo schema si ravvisa il ‘prius’ e il ‘post’: il ‘prius’ è qualcosa che chiamiamo la vendita o il furto; il ‘post’ consiste nell’estinguersi la proprietà di Tizio e nel sorgere quella di Caio oppure nel costituirsi a carico di Caio la responsabilità penale. Il diritto opera determinando il collegamento costante di cotesti ‘prius’ e ‘post’ di guisa che ogni volta che accade il primo gli succede il secondo; tanto vale dire che il diritto opera attraverso la causalità”. E più oltre (p. 193) l’autore ricorre ad una metafora, per spiegare il rapporto del concetto di ‘fatto’ con quello di ‘situazione’, ossia di ‘tappa’, nell’ambito di quello che denomina ‘movimento giuridico’: “se la situazione si paragona a uno dei fotogrammi del film e il fatto al film intiero, ci si accorge che il film è un segmento di storia”. E isolare il fatto dalla storia vuol dire segnarne i confini, ossia il principio e l’evento che sono rispettivamente come il primo e l’ultimo fotogramma o, fuori dalla metafora, la situazione iniziale e la situazione finale; le situazioni intermedie, le quali stabiliscono tra il principio e l’evento la continuità del fatto, si chiamano il ciclo del fatto”. E poi precisa: “la causalità non è che l’espressione dello svolgersi di un fatto, ossia il rapporto che corre tra il principio e l’evento di questo. Un fatto è una successione di situazioni, ma non una successione qualunque, ossia un succedersi di situazioni slegate; occorre che esse, al contrario, siano legate tra di loro affinché il fatto si formi; la causalità ne è il collegamento. La radice della causalità è nella continuità...”. Le tre fasi in cui si distingue il meccanismo giuridico vengono poi indicate “in situazione giuridica iniziale”, “fatto materiale” (svolgimento materiale della situazione iniziale, cioè mutamento dei suoi elementi materiali), “situazione finale” (vedi *op. cit.*, pp. 230-231).

(82) Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 357. Al concetto di continuazione l’autore riporta anche il ‘procedimento’ e fa l’esempio della celebrazione del matrimonio, che si compone di più atti di diversa natura: il consenso reciproco degli sposi, la pronuncia dell’ufficiale dello stato civile.

(83) SALVATORE ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico in diritto privato*, Milano, 1961.

(84) L’autore si riferisce alla tesi di S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 94 e ss., (a cui fa espresso riferimento), secondo cui

cioè di svolgimento di poteri è procedimento giuridico” (85), Romano collega al concetto di procedimento quello, “universalmente trascurato” di ‘azione giuridica’ (86), concetto essenziale sul piano della teoria generale e suscettibile di specificazioni nel campo del diritto sostanziale, oltre che in quello del diritto processuale.

Nell’ambito dell’‘azione giuridica sostanziale’ sarebbe necessario distinguere dalla c.d. ‘azione in conflitto’ — a cui comunemente col termine azione ci si riferisce, che, legata all’ipotesi di conflitto, appunto, sarebbe espressione di un potere di difesa — una seconda specie di azione, che denomina ‘azione costruttiva di ordinamento’, che “è (nei procedimenti negoziali) legata all’accordo e attiene allo svolgimento attivo del potere” e “si concreta nell’esercizio di questo, nelle fasi normativa ed esecutiva dell’autonomia privata e ciò fino al risultato finale, che si pone, per l’appunto, in termini di ordinamento” (87).

Essendo “all’agire inscindibilmente connesso il procedere” (88), sarebbe identico (89) parlare di ‘azione’ o di ‘procedimento’ e

non sarebbe possibile (di regola) un concetto di procedimento nell’autonomia privata (vedi Salvatore ROMANO, *op. cit.* p. 5). Vedi, infatti S. GALEOTTI, *op. cit.*, p. 96 “Se l’atto concorsuale resta giuridicamente proprio dei privati soggetti che hanno contribuito a formarlo, deve risultare chiara l’impossibilità che ad una fattispecie cosiffatta possa coordinarsi la concatenazione procedimentale”. Il concetto è chiarito nella nota 106: “Pertanto si nega che la categoria del procedimento possa riconoscersi presente nella formazione del contratto”.

(85) Cfr. SALVATORE ROMANO, *op. cit.*, p. 5.

(86) Per la definizione di ‘azione giuridica’ l’autore si rifà alle parole di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 215, che considera azione giuridica appunto quell’azione, la quale si risolve nello svolgimento di una “situazione giuridica” e perciò nell’ “esercizio di un potere e nell’adempimento di un dovere”.

(87) Cfr. SALVATORE ROMANO, *op. cit.*, p. 6.

(88) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 5.

(89) Vedi ID., *op. cit.*, p. 25, ove l’autore specifica che “il procedimento deve intendersi non come azione svolta, ma come svolgersi dell’azione” e p. 26, dove approfondisce il concetto: “La teoria dell’azione giuridica sostanziale comporta anche quella del procedimento attraverso il quale l’azione si concreta gradualmente. Questo concetto di azione sembra ignorato o meglio oscurato da quello di altra azione, in conflitto, su cui l’attenzione della dottrina è paralizzata. Uno studio del procedimento giuridico non è che lo studio di quella azione creativa di ordinamento e in ordine alla quale sembra lecito tentare di costruire regole generali di condotta, che nel sistema invece sono attratte dalla disciplina di atti e di istituti”.

sarebbe conseguentemente configurabile, alla pari di tale seconda specie di azione, un procedimento nell'ambito negoziale ⁽⁹⁰⁾.

La prassi della dottrina privatistica di trascurare il tema del procedimento, e le conseguenti perplessità manifestate da molti nei confronti dell'ammissibilità di esso nel diritto privato deriverebbero, secondo autori non privatisti, dal prevalente interesse rivolto dalla scuola del diritto privato, soprattutto quella germanica, allo studio dogmatico della fattispecie e, più precisamente, allo studio "della coordinazione dei diversi elementi rilevanti nei confronti dello specifico effetto giuridico, che di volta in volta si prende in considerazione" ⁽⁹¹⁾. L'attenzione rivolta ai complessi problemi relativi alla fattispecie avrebbe impedito di dedicarsi al procedimento, se non di rado ed incidentalmente, e comunque senza mai cogliere la sua essenza e la sua struttura ⁽⁹²⁾.

Romano rileva, però, come questa stessa dottrina abbia in effetti formulato il concetto di procedimento proprio nell'orbita di quello privatistico di progressiva formazione della fattispecie ⁽⁹³⁾, in tal modo provocando un avvicinamento tra essi, causa dell'errata e pericolosa assimilazione.

Anche parte della dottrina privatistica, poi, si è mostrata, seppur con cautela e limitandosi a pochi cenni, favorevole a tale assimilazione delle due figure ⁽⁹⁴⁾.

Per contro, Romano concorda, anche se su basi diverse, con quella dottrina ⁽⁹⁵⁾ che nega l'ammissibilità di una identificazione tra

⁽⁹⁰⁾ ROMANO parla, infatti, di "inscindibile legame" tra "i concetti di procedimento giuridico" e "di azione giuridica" e i concetti "di procedimento privato" e di "azione giuridica sul terreno del diritto (sostanziale)" (cfr. ID., *op. cit.*, pp. 7-8).

⁽⁹¹⁾ Cfr. A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 17.

⁽⁹²⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 17.

⁽⁹³⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 39. Nello stesso senso, si vedano anche gli autori citati da S. GALEOTTI, *op. cit.*, p. 43, nota 47.

⁽⁹⁴⁾ Vedi F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. VI, Napoli, 1959, pp. 103-104; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, I, p. 458; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. pp. 186-187 (vedi *supra*, nota 78).

⁽⁹⁵⁾ Così, secondo A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 189-191, che tratta del negozio condizionato, negozio e procedimento sarebbero logicamente incompatibili, proprio in conseguenza della generale incompatibilità tra il concetto di formazione successiva della fattispecie e quello di procedimento.

i due concetti, e sostiene infatti, che l'evoluzione di una situazione giuridica (la c.d. formazione successiva della fattispecie) ed il procedimento che ha riguardo all'azione sono cose ben diverse⁽⁹⁶⁾: se cioè, in altri termini, la fattispecie rileva in quanto azione 'svolta', dunque in vista dell'effetto, il procedimento rileva invece proprio nel suo evolversi, nello 'svolgimento' dell'azione.

Sulla base di queste premesse, Romano arriva ad affermare che "la creazione privata del diritto, essenzialmente evolutiva sulla base dell'accordo, è in gran parte opera procedimentale"⁽⁹⁷⁾: ciò sarebbe particolarmente evidente nell'ambito della formazione del contratto, il cui *iter* si snoda nelle differenti fasi delle 'trattative', della 'conclusione', e della 'esecuzione'⁽⁹⁸⁾, coinvolgendo natural-

Più precisamente, la formazione successiva sarebbe una coordinazione di due o più atti, o di atti ed eventi, insieme concorrenti alla integrazione di una fattispecie più complessa, di cui verrebbero quindi a costituire i 'componenti'. Il procedimento invece sarebbe una coordinazione di due o più atti concorrenti a determinare l'atto finale, ma che, rimanendo estranei al nucleo degli elementi strutturali di quest'ultimo, non si configurerebbero come componenti di esso, ma come semplici 'determinanti', nel senso che ciascuno di essi è volto a rendere legittimo, nei limiti assegnati alla propria zona d'influenza, l'atto con cui la serie si chiude. Gli atti ed eventi della fattispecie s'integrerebbero come parti rispetto al tutto; gli atti del procedimento rimarrebbero strutturalmente distinti. Il negozio condizionato apparterebbe alla fattispecie a formazione successiva.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Salvatore ROMANO, *op. cit.*, p. 24. Nello stesso senso si esprime anche F. CARNELUTTI, *Recensione a Romano Salvatore, Introduzione allo studio del procedimento giuridico in diritto privato*, cit., in *Rivista di diritto processuale civile*, 1962, p. 111: "La 'fattispecie' è un concetto statico e il 'procedimento' un concetto dinamico... non si può comprendere il fenomeno giuridico, se non si maneggiano, ma senza confonderli, l'uno e l'altro di questi strumenti fondamentali".

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Salvatore ROMANO, *op. cit.*, p. 28.

⁽⁹⁸⁾ Vedi Salvatore ROMANO, *op. cit.*, p. 46. Si veda anche p. 33: "Diciamo ancora, nell'intento di conferire all'analisi procedimentale la maggiore estensione possibile, che intendiamo riferirci al procedimento nel significato della successione degli atti — e delle conseguenti situazioni, di riflesso — che si iniziano partendo dalla individuazione del soggetto e di ogni altro presupposto soggettivo e oggettivo (quindi anche dall'analisi del potere e della legittimazione al suo esercizio) con l'esercizio del potere negoziale — o normativo —, fino all'esaurimento del ciclo con l'ultimo atto esecutivo". Ed ancora, sotto il profilo della responsabilità, vedi p. 53: "La c.d. responsabilità contrattuale è una tipica responsabilità di procedimento, cioè inerente allo svolgimento di un'azione giuridica nel corso di un 'iter' negoziale — o di altro atto — nelle diverse fasi preliminari, conclusive, esecutive e comunque sottoposte a normative di rapporto".

mente anche quella particolare fase che è il 'contratto preliminare', o meglio la sequenza preliminare-definitivo: "una catena procedimentale" scrive "coinvolge fasi preliminari, costitutive, esecutive e le figure dei relativi atti (rappresentativi, contratti preliminari, definitivi, solutori, ecc.) sono rilevanti da ogni aspetto sia sostanziale che formale" (99).

È, però, con la monografia di Alabiso, intitolata proprio 'Il contratto preliminare' (100), che la tematica del procedimento viene approfondita con specifico riguardo al rapporto preliminare-definitivo.

Riprendendo, infatti, l'orientamento espresso dagli autori appena considerati, Alabiso condivide innanzitutto l'aspetto principale e comune alle loro tesi: la prospettiva dinamica adottata nello studio degli istituti privatistici, ed in modo particolare del negozio (101).

L'autore parte, come già Romano, dalla convinzione che, contrariamente all'opinione condivisa dai più che il concetto di procedimento s'identifichi con quello di fattispecie, essi sarebbero, invece, due fenomeni diversi e distinti (102) — nonostante la possibilità, in certi casi, di interferenze tra l'uno e l'altro (103) — per arrivare ad affermare che il problema del rapporto preliminare-definitivo non

(99) Cfr. SALVATORE ROMANO, *op. cit.*, p. 53.

(100) A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, già citato.

(101) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 17.

(102) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 31.

(103) Cfr. *ibidem*, p. 31: "Che tra esse in certe condizioni si possa verificare una interferenza, nulla toglie alla fondamentale differenza di natura giuridica dei due fenomeni.

Una volta generalizzato il fenomeno dinamico, una volta riferito il fenomeno del divenire a tutti i fenomeni giuridici viene disancorato il concetto di procedimento da quello di fattispecie.

Potrà anche la fattispecie presentarsi come divenire, come svolgimento di un fenomeno giuridico. Ma non necessariamente dovrà allora scorgersi un procedimento giuridico" (vedi *op. cit.*, nota 83).

"Comunque, anche se in alcuni casi il fenomeno della fattispecie a formazione successiva coinciderà con quello del procedimento, si tratterà di un doppio aspetto di uno stesso fenomeno".

sarebbe certo risolvibile sul piano della 'fattispecie' ⁽¹⁰⁴⁾, bensì su quello del 'procedimento' ⁽¹⁰⁵⁾.

La comprensione della 'posizione' del preliminare rispetto al concetto di procedimento necessita per Alabiso di una previa definizione di quest'ultimo. Molti, infatti, hanno già parlato della sequenza preliminare-definitivo a proposito del procedimento, non però basandosi su solide basi scientifiche, ma solo grazie ad una mera intuizione giuridica ⁽¹⁰⁶⁾.

Nel tentativo di definire cosa sia 'procedimento' onde evitare di dilatarne oltremodo il concetto, l'autore distingue i "fenomeni giuridici dinamici" in volontari ed involontari, dividendo ulteriormente i primi in "fenomeni in cui la volontà agisce sulla base di un potere", e fenomeni "in cui una tale base manca (illeciti, possessori)".

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. A. ALABISO, *op. cit.*, pp. 26-27. "Il contratto preliminare è da considerarsi una fattispecie autonoma o esso assieme al contratto definitivo costituisce una fattispecie complessa?"

Poiché la identificazione di una fattispecie si pone in relazione alla produzione di effetti definitivi, appare indubbio che il contratto preliminare costituisca una fattispecie a sé, produttiva di effetti propri e definitivi.

Rispetto al contratto definitivo, costituente a sua volta una fattispecie autonoma, si tratterà di vedere se sussiste un collegamento e comunque in quale rapporto si pone il definitivo rispetto al preliminare, ma avendo i due contratti effetti autonomi e distinti, è da escludere che essi costituiscano un'unica fattispecie complessa.

Poiché la emanazione delle norme costituenti volizione preliminare, completata dalla norma costituente volizione azione, diretta a costituire l'obbligo attuale all'ulteriore normazione integrativa, chiude compiutamente una fase della negoziazione, non può negarsi al contratto preliminare una sua autonomia anche sotto l'aspetto della fattispecie. (...) Solo se si accedesse ad un concetto diverso di fattispecie, intendendola come complesso dei fattori causali di un determinato effetto giuridico, e si prendesse in considerazione l'effetto tipico concreto, si potrebbe dire che il preliminare costituisce una parte di una fattispecie complessa che sarà integrata da un altro contratto, quello definitivo, o, in mancanza di questo, dalla sentenza costitutiva". Vedi anche p. 40, dove Alabiso esclude risolutamente "che il contratto preliminare possa essere considerato come un momento della fattispecie contrattuale, in quanto è esso stesso una compiuta fattispecie contrattuale".

⁽¹⁰⁵⁾ Vedi quanto retoricamente l'autore si domanda (p. 28): "Ma è da domandarsi come, essendosi distinte le due fattispecie, possa rilevarsi il collegamento, e se, piuttosto, escluso che un collegamento sussista a livello di fattispecie, esso non derivi da una diversa strutturazione del fenomeno 'preliminare' nella prospettiva del procedimento giuridico".

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. A. ALABISO, *op. cit.*, p. 32.

Il termine procedimento potrebbe, dunque, essere usato per “i fenomeni giuridici dinamici volontari in cui la volontà agisce sulla base di un potere sia pubblico che privato, ed in cui la evoluzione graduale si presenta per fasi giuridicamente rilevanti” (107).

L'autonomia negoziale sarebbe, appunto, svolgimento del potere privato, che, dunque, potrebbe svolgersi per gradi, come “procedimento normativo privato”: con una normazione costituente volizione preliminare, integrata da una successiva normazione costituente volizione-azione (108).

Il dinamismo giuridico insito nella sequenza preliminare-definitivo sarebbe ben diverso da quello attinente alle fasi della ‘formazione del contratto’. Ed infatti l'elemento dinamico, l'elemento in divenire, non sarebbe, come nella formazione del contratto, l'accordo, l'‘in idem placitum consensus’, già concluso, bensì ‘la norma’ (109).

È proprio questo il nucleo fondamentale dell'originale ricostruzione di Alabiso: il contratto preliminare rappresenterebbe solo la prima delle due fasi di quel fenomeno dinamico che attiene alla previsione normativa, mentre il definitivo identificherebbe il successivo stadio, quello integrativo (110).

(107) Cfr. A. ALABISO, *op. cit.*, p. 32.

(108) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 34.

(109) Vedi a tal proposito quanto scrive l'autore a p. 42, nota 98 “Escludendosi che il preliminare si inserisca nella dinamica dell'accordo, in quanto esso presuppone un accordo già formatosi, appare chiaro che esso non è neppure una tappa nella formazione del complessivo contenuto pattizio adottato dalle parti, cioè una pattuizione parziale come tappa di una pattuizione generale e complessiva: questa forma essendo parziale sarebbe sempre una pattuizione definitiva, alla quale si aggiunge una ulteriore pattuizione, che riguarda peraltro altri punti della disciplina degli interessi privati regolamentati dalle parti. Come tappa dello sviluppo del precetto, viceversa il preliminare può essere inserito nel procedimento di formazione contrattuale”.

(110) Il concetto, attorno al quale ruota l'intera monografia, è più volte riaffermato. Vedi per es. p. 96 e ss., ed in particolare pp. 98-99: “La volizione, quindi, del contratto preliminare, ha carattere di volizione preliminare, cioè di statuizione che precede e regola la futura statuizione; ad essa si accompagna la costituzione di una norma concreta che obbliga le parti a passare poi all'emanazione di norme costituenti volizione-azione”. E nel capitolo sul contratto definitivo, “seconda fase dell'iter normativo privato” (secondo la definizione che si legge nel sommario) vedi l'incisivo *incipit*: “Il contratto preliminare rappresenta il primo momento del procedimento normativo privato”.

In altri e più chiari termini, il contratto preliminare sarebbe caratterizzato, sotto l'aspetto normativo, dalla coesistenza di due elementi. Il primo consisterebbe in un tipo di norma particolare, identificata per il suo carattere volitivo, in quanto costituente una 'volizione preliminare' in contrapposizione con le norme concrete che costituiscono volizioni-azioni.

Nel contratto preliminare, cioè, il quadro normativo, il dettato pattizio, si presenterebbe in forma di 'inattualità', in quanto le norme e i patti sono voluti, ma solo in modo preliminare, cioè in un modo che obbliga a volere la futura volizione, questa sì attuale e concreta, una 'volizione-azione' ⁽¹¹¹⁾.

Il secondo elemento sarebbe invece una norma costituente volizione-azione, una norma cioè che vincola immediatamente ed attualmente le parti alla conclusione del futuro contratto ⁽¹¹²⁾.

Al momento della stipulazione del definitivo, "la normazione acquisterà la forma della volizione-azione e il ciclo normativo sarà completo" ⁽¹¹³⁾.

La tesi di Alabiso, e quelle degli autori che come lui hanno tentato di risolvere l'antinomia altrimenti irrisolvibile, creata dalla pretesa natura contrattuale di entrambi gli atti considerati, preliminare e definitivo, ricorrendo al concetto di 'procedimento' ⁽¹¹⁴⁾, sono state da più parti criticate.

Contrariamente agli eccessi che avevano contraddistinto le ricostruzioni precedenti, caratterizzate, come già visto, dalla svalutazione del definitivo, privato della 'contrattualità' e ridotto a mero 'atto dovuto', quelli insiti nelle 'teorie procedimentali' peccavano nei confronti della 'contrattualità' del preliminare, ridotto — in quanto tappa, fase, di un procedimento atto a concludersi col definitivo — ad un contratto incompleto, dunque un non-contratto.

Più che offrire una valida soluzione al problema della coesistenza di due 'contratti', queste tesi hanno svolto un ruolo mera-

⁽¹¹¹⁾ Cfr. A. ALABISO, *op. cit.*, p. 38.

⁽¹¹²⁾ Cfr. *Ibidem.*

⁽¹¹³⁾ Cfr. A. ALABISO, *op. cit.*, p. 39.

⁽¹¹⁴⁾ SALVATORE ROMANO, *op. cit.*; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit.; E. BETTI, *op. cit.*

mente 'descrittivo' del fenomeno ⁽¹¹⁵⁾, 'aggirando', anziché superarlo, l'insormontabile ostacolo costituito dall'impossibilità di conciliare libertà e coercizione, negozio ed atto dovuto.

Nell'ambito delle tesi 'svalutative' del contratto preliminare s'inscrive poi, seppur non propriamente inquadrabile tra le c.d. 'teorie procedimentali', la ricostruzione di Messineo, secondo cui, contrariamente a quella originata dal contratto definitivo, l'obbligazione nascente dal contratto preliminare non sarebbe direttamente suscettibile di valutazione economica, e, dunque, il preliminare sarebbe privo di una causa concretamente apprezzabile ed economicamente rilevante ⁽¹¹⁶⁾.

E certo si palesa 'svalutativa' del preliminare la tesi della 'strumentalità' di esso rispetto al definitivo. Secondo Raffaele Rascio la strumentalità sarebbe la caratteristica peculiare del preliminare, che costituirebbe uno "schema neutro nel quale possono essere provvisoriamente trasfusi contenuti appartenenti a tipi negoziali diversi" ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Si veda la critica di F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 8, che, riguardo alla tesi di Alabiso, scrive appunto: "La dottrina più recente è dunque andata alla ricerca di spiegazioni diverse, magari più elaborate, ma non per questo più convincenti. Si ipotizza così che l'identità di contenuti dipenda dal carattere normativo del preliminare. Ad una normazione astratta, seguirebbe una normazione concreta, necessaria a realizzare il regolamento di interessi. In tal modo si opera però solo una descrizione del fenomeno, sottovalutando l'obbligo a contrarre, che allontana decisamente il preliminare dal contratto normativo tipico, determinando esso 'insieme il 'quando sit' e l'an sit' del contratto definitivo. Il problema dell'atto dovuto resta pertanto comunque aperto". Vedi anche R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 22, che inquadra la tesi di Alabiso come 'reazione' alle precedenti teorie, ma gli rimprovera di aver esagerato comunque, come la precedente dottrina, seppur in senso opposto, giungendo a svalutare marcatamente la prima fase del fenomeno dinamico.

⁽¹¹⁶⁾ F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., p. 177.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 173. L'autore, affermando la funzione strumentale o preparatoria del preliminare, riconosce la natura 'dinamica' della sequenza preliminare-definitivo: "Sembra quindi appropriato" scrive (p. 177) "parlare di 'formazione progressiva' e la formula in questione nel nostro caso si rivela veramente significativa sol che si insista sulla profonda differenza dal fenomeno in cui la fattispecie o il contenuto non sono completamente formati o non sia ancora terminato il procedimento di conclusione. L'immagine della 'progressione' rende, invero, particolarmente bene l'idea di un costante piano di interessi sul quale si avvicendano fattispecie diverse in modo di giungere per gradi al risultato finale degli effetti necessari".

Il contratto definitivo sostituirebbe gli effetti propri di un certo regolamento contrattuale a quelli strumentali o preparatori del preliminare, svolgendo, dunque, una funzione che potrebbe essere definita appropriatamente 'novativa' (118).

2.3. *Le reazioni alle 'teorie procedimentali' nella dottrina degli anni '70.*

L'acquisita consapevolezza dell'inadeguatezza delle impostazioni suesposte ha indotto parte della dottrina più recente, nell'ambito di un'accesa critica verso la 'svalutazione' della contrattualità del preliminare, a cercare di individuare il fondamento causale tipico della sequenza preliminare-definitivo in interessi di natura sostanziale.

È del 1970 il contributo di Carlo Nicoletti (119), che, fin dalle prime pagine di premessa, contesta risolutamente la tesi, già vista, che riduceva il preliminare a mero 'strumento' in funzione del definitivo (120).

Premesso che il contratto preliminare nasce come uno "strumento dell'autonomia" (121), il problema da porsi è per questo autore quale sia il significato, in termini di autonomia, del regolamentare un certo assetto d'interessi con un contratto preliminare (122), o, in altre parole, quali siano i motivi che inducono le parti a stipulare un contratto preliminare (123).

La risposta a questa domanda sarebbe "estremamente sem-

(118) Cfr. R. RASCIO, *op. cit.*, p. 178.

(119) C. A. NICOLETTI, *Sul significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 396 e ss.; ID., *Disciplina del preliminare e aspettativa sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 60 ss.; ID., *Preliminarità e pseudopreliminarità contrattuale*, in *Annuali Vit.*, 1972-1973, I-II, raccolti successivamente nella monografia *Sul contratto preliminare*, Milano, 1974, p. 1 ss., alla quale si fa riferimento.

(120) Cfr. C. A. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 5: "(...) il contratto preliminare ha, nella realtà giuridica, una dimensione sua propria: invero, se, come suole di solito affermarsi, esso è strumentale rispetto al contratto definitivo, può rilevarsi, ponendocisi sotto l'opposto punto di vista, che il contratto definitivo esplica una funzione strumentale rispetto al preliminare".

(121) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 12.

(122) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 13.

(123) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 18.

plice”: “perché esse parti non vogliono — ove anche non possano — attualmente, stipulare il contratto definitivo” (124).

Preliminare e definitivo non sono legati da un rapporto di strumentalità, che li identificerebbe a livello di funzione, negando in sostanza la ‘contrattualità’ del preliminare. Essi, comunque, certo non coincidono: il contratto preliminare sarebbe un contratto caratterizzato da una “riserva — tipica — di completazione di contratto”. La tipicità consisterebbe nel fatto che tale riserva di completazione caratterizza il contratto preliminare come tale, determinando la preliminarità (125). Da tale riserva deriverebbero, ovviamente, alcune conseguenze sul piano effettuale: nascerebbe, cioè, per ciascuna parte un “diritto alla completazione” del contratto al quale corrisponderebbe, in termini di ‘corrispettività’, un obbligo dell’altra. Il mancato rispetto dell’obbligo di completazione si configurerebbe come inadempimento (126).

L’utilità in concreto per le parti del preliminare così configurato sarebbe quella di ‘riservarsi’ appunto di dettare in un secondo momento le concrete modalità di una disciplina degli interessi già posta con il preliminare stesso. E qualora uno dei contraenti non realizzi la riserva di completazione, la sentenza del giudice, prevista proprio per questo, si sostituirà al definitivo non stipulato. (127).

Negando, quindi, la tesi dell’incompatibilità tra negozio ed atto di adempimento, Nicoletti considera come negoziabile la funzione integrativa assegnata al contratto definitivo (128). La sentenza previ-

(124) Cfr. C. A. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 19.

(125) Cfr. *Id.*, *op. cit.*, pp. 27-28. Vedi anche p. 29, dove l’autore ribadisce: “Come si è detto, la riserva, per sua natura, accede direttamente alla sostanza stessa del preliminare, tanto da non esserne scindibile formalmente, da non costituirne una mera tipicizzata clausola formale (...)”.

(126) Cfr. *Id.*, *op. cit.*, pp. 28-29.

(127) Cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 30.

(128) Vedi, infatti, *ibidem.*: “Quel che appare caratterizzare il contratto preliminare è che esso contratto preliminare è idoneo in astratto a determinare l’assetto negoziale da esso previsto (tanto è vero che non lo determina, ma può, per la via segnata dall’art. 2932, arrivare — in effetti — a determinarlo), ma non in concreto (nel che risiede la funzione ed il significato sociale del definitivo). In astratto, e non in concreto: come inoppugnabilmente dimostra il fatto — determinante ai fini della nostra indagine — che gli effetti del concluso processo causale (sia attraverso il definitivo, sia attraverso la sentenza *ex art.* 2932), confermando quella che è la funzione propria del contratto

sta dall'art. 2932 c.c. sarebbe, infatti, "un caso speciale (o meglio specifico) di sentenza determinativa: una sentenza, cioè, che, sul presupposto della mancata attuazione della riserva, detta, se possibile, quel ragionamento concreto, alla cui determinazione era originariamente chiamato il contratto definitivo" (129).

Essa svolgerebbe, in altri termini, la funzione (determinativa) di verificare l'idoneità del preliminare ad acquistare effetti definitivi, e si sostanzierebbe, sotto l'aspetto negativo, nello scioglimento della riserva da parte del giudice.

Il significato del contratto preliminare consisterebbe, in ultimo, proprio nell'affidamento della parte a tale preventivo controllo del giudice.

Nello stesso periodo Giovanni Gabrielli, nell'intento di salvare il definitivo dal rischio di essere ridotto al ruolo di mero atto dovuto, ne rivendica la 'negozialità', tentando di assegnare ad esso una funzione tipica: quella di controllo e di valutazione delle sopravvenienze contrattuali oggettive (130).

L'analisi di Gabrielli parte dal raffronto tra contratto preliminare e contratto a termine, finalizzato ad evidenziare l'utilità e la funzione pratica del preliminare.

Nei confronti del contratto a termine si assisterebbe ad una diffusa diffidenza, poiché esso posticipa l'efficacia del contratto, ma non assicura alcuna possibilità di nuova valutazione per le parti, alla

preliminare (e, per questa via, i suoi limiti), non retroagiscono al preliminare medesimo".

(129) Cfr. C. A. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 31. L'autore attribuisce particolare importanza (che a R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 24, è parsa eccessiva, "finendo per attribuire loro il ruolo di punto focale dell'intera problematica del contratto preliminare"), a sostegno della propria tesi, alle "due condizioni presupposte dall'art. 2932": "L'inciso 'qualora sia possibile', mentre da un lato proclama implicitamente la priorità logica del contratto definitivo, dall'altro sancisce la non coincidenza o equivalenza tra contratto definitivo e sentenza *ex art.* 2932, ma solo correlatività; ovvero, in altri termini, nel suo rovescio riafferma la funzione propria e specifica cui è chiamato innegabilmente ad adempiere il contratto definitivo. L'inciso 'non sia escluso dal titolo', poi, mentre di nuovo indirettamente richiama alla funzione del contratto definitivo, viene a rappresentare un modo di essere della riserva, nel rispetto, o se si vuole, nella ammissione, nella fattispecie, del potere dell'autonomia" (cfr. pp. 31-33).

(130) In questo senso vedi G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 155.

scadenza della data prevista ⁽¹³¹⁾. Al contrario, il preliminare sarebbe frequentemente utilizzato, soprattutto nell'ambito dei contratti ad efficacia reale, volti alla costituzione o al trasferimento di diritti reali su cose determinate ⁽¹³²⁾, proprio perché — sarebbe questa la sua funzione tipica — “si presenta come lo strumento giuridico che consente alle parti, allorché vogliano fermare subito un determinato affare per il soddisfacimento di bisogni futuri, di mantenere nella misura che si vedrà un'ulteriore possibilità di valutazione” ⁽¹³³⁾.

La questione da porsi sarebbe dunque quella di individuare i limiti di tale possibilità ⁽¹³⁴⁾.

A tal proposito, la dottrina maggioritaria sarebbe vittima di un errore d'impostazione, ereditato da quella formatasi in vigenza del codice del 1865, e consistente nell'identificare “l'autonomia negoziale” con il principio dell'incoercibilità del volere e, conseguentemente, la “possibilità di valutazione” residuante dalla stipulazione del preliminare con la “libertà di svincolarsi”, “la libertà puramente di fatto di non adempiere” ⁽¹³⁵⁾.

Proprio il dogma dell'incoercibilità del volere, dunque, da cui derivava il rifiuto di ammettere l'esecuzione in forma specifica del preliminare, indusse a ritenere che ciascuna parte fosse libera di ‘svincolarsi’ da esso, con l'unica conseguenza di risarcire i danni alla controparte.

La dottrina più recente, però, “paradossalmente (...) rimasta

⁽¹³¹⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 151-152: “La sua adozione implica una certezza del futuro che ben raramente i contraenti sentono. Essa implica, infatti, una completa e attuale composizione di un conflitto che sorgerà in avvenire, ad una data che è magari essa stessa imprevedibile ed è comunque così lontana, che quando verrà i dati fondamentali su cui la regolazione presente si è basata potranno essere radicalmente mutati”.

⁽¹³²⁾ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 152.

⁽¹³³⁾ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 153. Il medesimo concetto è espresso anche a p. 152: “Proprio sotto questo profilo si rivela l'adeguatezza dello strumento del preliminare, il quale lascia ampiamente aperta, come ora si illustrerà distesamente, la possibilità di valutare ciò che può variare fra il momento dell'impegno e quello, posteriore, dell'acquisto.”

⁽¹³⁴⁾ *ibidem*.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, pp. 153-154.

prigioniera della stessa erronea impostazione del problema” (136), si trova a fare i conti con la previsione codicistica dell'esecuzione in forma specifica, e conseguentemente ritiene che, venuto meno il dogma dell'incoercibilità del volere, ormai coercibile, ciascun contraente possa, anche contro il volere della controparte, ottenere l'introduzione del regolamento definitivo d'interessi.

È proprio dalla risoluta contestazione di tale impostazione che Gabrielli prende le mosse, affermando che con l'introduzione dell'art. 2932 non sia stata tolta alle parti ogni possibilità di valutazione (137). Escluso, infatti, che le parti mantengano una libertà così ampia da comprendere anche la possibilità di rinnovare, in fase di definitivo, il giudizio relativo alla convenienza del negozio (138) — escluso, dunque, che la residua possibilità di valutazione sia relativa a mutamenti e bisogni di carattere soggettivo — essa comunque permanerebbe come “possibilità di valutare un mutamento obiettivo ed intrinseco dello stesso strumento negoziale, a suo tempo prescelto e che era stato oggetto di mera conoscenza” (139). E proprio nella valutazione e nel controllo di tali “sopravvenienze oggettive” (140) dovrebbe individuarsi la funzione del contratto definitivo.

Il riconoscimento di tale funzione di controllo al contratto definitivo sarebbe confermato dalla previsione dell'art. 2932 c.c., o, più precisamente, dalla previsione “dell'attività giudiziale che la norma dell'art. 2932 c.c. prevede come antecedente necessario per l'introduzione del regolamento di interessi, in mancanza del contratto definitivo” (141).

La sentenza prevista dall'art. 2932 non servirebbe semplicemente a rendere definitivo il preliminare. La sua funzione sarebbe invece ben più penetrante: essa servirebbe a sostituire il contratto

(136) Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 154

(137) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 155.

(138) Cfr. *ibidem*.

(139) Cfr. *ibidem*.

(140) E per meglio chiarire cosa siano tali sopravvenienze oggettive, l'autore (p. 155) spiega: “Basta riflettere sulla circostanza che non tutti gli elementi che influiscono sulla decisione di contrarre sono oggetto, nell'attività negoziale, di una valutazione soggettiva: vi sono presupposti rispetto ai quali il soggetto si limita ad un'attività oggettiva di conoscenza (...)”.

(141) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 174.

definitivo. Anzi, l'intero processo previsto dalla norma dell'art. 2932 c.c. sarebbe finalizzato a sostituire il procedimento a seguito del quale le parti avrebbero dovuto concludere il definitivo. Ed il contraddittorio delle parti servirebbe a garantire che la sentenza assolva la funzione di controllo propria del contratto definitivo ⁽¹⁴²⁾.

Il contributo di Gabrielli — al di là della tesi ora descritta — presenta vari spunti originali.

Primo tra tutti, l'individuazione di due tipi di contratto preliminare, affiancandosi al tipo suscettibile di esecuzione in forma specifica, quello (di scarso rilievo nella pratica ⁽¹⁴³⁾), ma certo non privo d'interesse teorico ⁽¹⁴⁴⁾) per il quale le parti, ai sensi dell'art. 2932 c.c., abbiano espressamente ⁽¹⁴⁵⁾ escluso tale forma di tutela: una distinzione, che l'autore fonda, in ultimo, su un'intrinseca diversità funzionale tra l'uno e l'altro tipo ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴²⁾ Vedi G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 176-177.

⁽¹⁴³⁾ Vedi ID., *op. cit.*, p. 49.

⁽¹⁴⁴⁾ “Comunque, il ruolo innegabilmente marginale svolto oggi dal preliminare non suscettibile di esecuzione in forma specifica permette di escludere l'opportunità di un'indagine ad esso specificamente dedicata. Non sarebbe tuttavia corretto trascurarlo del tutto, atteso che l'incontestabile peculiarità della sua funzione suggerisce l'idea che, almeno sotto certi profili, esso possa essere caratterizzato anche da un'autonoma disciplina. Tanto per accennare ad un aspetto di particolare importanza, basta riflettere intorno al comune convincimento che la prescrizione di forma sancita dall'art. 1351 c.c. sia giustificata in relazione all'introduzione dell'esecuzione in forma specifica. (...) Ora, sulla base dell'accennato convincimento, è senza dubbio legittima la deduzione che il preliminare accompagnato da una clausola di esclusione dell'esecuzione in forma specifica non richieda la stessa forma del corrispondente definitivo. L'esempio dimostra l'opportunità di accennare brevemente, nei luoghi dove se ne presenti l'opportunità, ai problemi di disciplina anche di questo secondo tipo di preliminare”. (Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 51-52).

⁽¹⁴⁵⁾ In realtà, secondo Gabrielli, non sarebbe assolutamente indispensabile che la volontà delle parti di escludere l'esecuzione in forma specifica risulti da una clausola inserita nel preliminare: “tanto rigore sarebbe chiaramente ingiustificato di fronte alla formulazione dell'art. 2932 c.c. Così, per esempio, anche la presenza nel preliminare di una clausola penale, certo non di per sé sola, ma in concomitanza con altre circostanze e specialmente con gli indizi desumibili dal comportamento delle parti successivo alla conclusione del preliminare, può costituire elemento idoneo a far decidere che le parti stesse abbiano inteso riservarsi, ancora nel momento del definitivo, la possibilità di scegliere in ordine alla introduzione del regolamento d'interessi concordato” (Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 50).

⁽¹⁴⁶⁾ L'affermazione della duplice tipologia di contratto preliminare deriverebbe

Nuovamente a considerazioni attinenti la diversità di funzione Gabrielli riconduce, da un lato, la necessità di distinguere il preliminare da 'figure affini' ⁽¹⁴⁷⁾, dall'altro, l'impossibilità di ricondurre ad una categoria unitaria preliminare bilaterale e preliminare unilaterale ⁽¹⁴⁸⁾: lungi dal differenziarsi esclusivamente in virtù del vincolo di una sola parte nel secondo, come vorrebbe la dottrina tradizionale ⁽¹⁴⁹⁾, con i due contratti, le parti perseguirebbero interessi diversi. Contrariamente a quanto avviene col preliminare bilaterale ⁽¹⁵⁰⁾, con l'unilaterale il regolamento d'interessi non ver-

proprio dalla possibilità che il legislatore ha offerto alle parti di escludere la tutela in forma specifica in caso d'inadempimento, a fronte della previsione di essa nell'art. 2932 c.c. Esisterebbe infatti — argomento che vedrebbe da tempo favorevole la dottrina — una stretta connessione tra forma di tutela e struttura stessa del rapporto obbligatorio. Lo strumento del contratto preliminare (il cui inadempimento era sanzionato solo in via risarcitoria) avrebbe assolto, vigente il codice del 1865, una funzione diversa da quella assolta successivamente: quella cioè di costituire un vincolo meno intenso rispetto al definitivo, una via di mezzo tra quest'ultimo e le trattative. "Il legislatore, introducendo con la norma dell'art. 2932 c.c. il principio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, era perfettamente consapevole di innovare rispetto a quello che doveva considerarsi fino ad allora 'ius receptum'; sicché, è ben naturale pensare che, prevedendo quale temperamento al rigore del nuovo principio la possibilità di una contraria volontà delle parti, la legge intenda riferirsi proprio ad una volontà volta ad attribuire al preliminare la medesima funzione che era stata fino a quel momento familiare, come la sola riconosciuta dall'ordinamento (...). È dunque palese la cura del legislatore di accentuare il fatto che al preliminare esso intendeva riconoscere, nel traffico giuridico, una funzione nuova e diversa, di cui evidentemente aveva colto l'esistenza nel concreto svolgersi delle contrattazioni; ma di accentuare, al contempo, che tale funzione non si sovrapponeva del tutto a quella abitualmente riconosciuta in precedenza, la quale continua ad esserlo ancora oggi, sia pur soltanto in via eccezionale" (Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 47-48).

⁽¹⁴⁷⁾ Si vedano i paragrafi 44; 45 e 46 del terzo capitolo, intitolati appunto rispettivamente: 'Distinzione da figure affini: A) il patto di prelazione'; 'B) la prenotazione, i contratti con riserva di gradimento e i contratti a prova'; 'C) il patto di contrarre con un terzo' (vedi G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 317-371).

⁽¹⁴⁸⁾ "Occorre invece dimostrare che l'inesistenza di una delle due prestazioni incide, nel caso specifico del preliminare, e a differenza di quanto avviene per altri contratti, sulla sostanza stessa della funzione assolta dallo strumento contrattuale nel traffico giuridico" (cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 249-250).

⁽¹⁴⁹⁾ Vedi *amplius* ID., *op. cit.*, pp. 245-249.

⁽¹⁵⁰⁾ La cui funzione, come già visto, "consiste nel fissare subito un determinato regolamento d'interessi, consentendo tuttavia alle parti di controllarne ulteriormente i presupposti in un secondo momento, prima dell'introduzione definitiva" (cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 250).

rebbe affatto fissato, dal momento che una delle parti resta completamente libera: essa potrà dunque valutare, in un secondo tempo, la convenienza stessa del regolamento da introdurre — rileverebbero, quindi, anche le sopravvenienze soggettive — senza essere vincolata in alcun modo da apprezzamenti già compiuti in precedenza ⁽¹⁵¹⁾.

Le critiche presto subite da tali teorie, pur finendo in realtà col ricadere nei loro medesimi errori ⁽¹⁵²⁾, posero in evidenza che esse affrontavano, come le precedenti a cui avevano voluto contrapporsi, le problematiche relative al contratto preliminare in modo astratto e totalmente avulso dalla realtà.

Nel frattempo, a fronte di una dottrina affetta ormai da un dogmatismo sempre più chiuso e dunque sterile, il preliminare continuava a 'vivere' e ad evolversi nella prassi del mercato e nelle aule dei tribunali.

3. *Verso la 'realità' del preliminare: i più recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali ed il 'preliminare trascrivibile'.*

3.1. *Il 'preliminare ad effetti anticipati' nella dottrina e nella giurisprudenza degli ultimi trent'anni.*

Mentre la dottrina si fossilizzava sempre più nel suo astratto dogmatismo, interrogandosi e dibattendo intorno all'arduo e forse irrisolvibile problema ontologico della possibile coesistenza della

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 250, dove l'autore ribadisce che "Ciò è del resto comunemente avvertito in dottrina, allorché si sottolinea la tipica finalità 'speculativa' che spesso caratterizza il preliminare unilaterale: attraverso di esso un soggetto si assicura la possibilità di fermare un affare a determinate condizioni, con l'idea di renderlo definitivo se, in futuro, le vicende del mercato renderanno tali condizioni particolarmente vantaggiose ovvero di abbandonarlo nel caso contrario".

⁽¹⁵²⁾ Il riferimento è alla critica espressa da E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., p. 63 ss., di pochi anni successiva alla monografia di Gabrielli. Concedendo, infatti, la sequenza preliminare-definitivo in termini di trasfigurazione di una fattispecie negoziabile che racchiude l'impegno relativo al prefigurato regolamento d'interessi in un'altra che contiene la sua definitiva introduzione, e dunque in termini di procedimento, la ricostruzione di Perego pecca anch'essa di astrattezza (vedi *amplius* R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 26).

negozialità nel preliminare e nel definitivo, senza in realtà riuscire a venirne a capo ⁽¹⁵³⁾, il contratto preliminare continuava ad essere strumento privilegiato degli scambi, soprattutto, come già visto, nel settore immobiliare, dove per lo più veniva stipulato nella tanto discussa quanto frequente forma del preliminare ad effetti anticipati ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵³⁾ Come rilevato anche di recente da F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 7, ove si legge: "Il dibattito dottrinario, lungi dall'esaurirsi, ha ricevuto, dalla tipizzazione del preliminare, una nuova e più decisiva spinta, dal momento che si trattava e si tratta di conciliare l'inconciliabile, qualora si voglia sostenere la negozialità del definitivo, pur in presenza dell'alternativa costituita dalla sentenza, oppure di prendere atto che il tentativo di reintrodurre in forma surrettizia la scissione tra fase obbligatoria e fase reale del trasferimento di proprietà non può che condurre, in nome della coerenza, alla accettazione del modello romanistico o comunque ad una svalutazione della rilevanza del definitivo".

⁽¹⁵⁴⁾ Nel silenzio generale caratterizzante la dottrina almeno fino agli anni '80, alcuni autori — ad onor del vero — dedicarono qualche riflessione, nell'ambito delle loro monografie, al risvolto pratico, alla vita del preliminare e, dunque, al fenomeno dell'anticipata esecuzione.

Tra questi, Rascio (R. RASCIO, *op. cit.*, pp. 89-94), che rileva — seppur nell'ambito di un discorso ben più ampio, relativo all'offerta di pagamento del prezzo prevista dal secondo comma dell'art. 2932 c.c. come condizione per l'esperibilità dell'azione volta ad ottenere l'esecuzione specifica del preliminare — come "in molte occasioni già in virtù della promessa sono dovute una o più delle prestazioni proprie del contratto da concludere. Ad es. il prezzo o la consegna della cosa" (cfr. p. 92) ed afferma che il riconoscimento dell'anticipata esecuzione non modifica l'essenza del contratto preliminare.

Gabrielli compie, invece, nella sua monografia, un'approfondita analisi funzionale di questo schema contrattuale (vedi G. GABRIELLI, *op. cit.*, pp. 169-173).

L'anticipata esecuzione sembrerebbe contraddire la tesi secondo cui il preliminare è strumento negoziale per il soddisfacimento di bisogni futuri, ed invece in realtà essa consentirebbe di prospettare un ampliamento della funzione del contratto definitivo.

L'incertezza che induce le parti alla stipulazione di un preliminare, non sarebbe, infatti, sempre relativa ad eventuali sopravvenienze oggettive. Talvolta, s'identificherebbe invece "col dubbio o con l'incompleta conoscenza in ordine al presente o addirittura al passato": anche in tal caso il preliminare sarebbe lo strumento più idoneo per fermare l'affare, assicurandosi però una seconda fase, quella del definitivo, "la cui importanza essenziale risulterà appunto nell'eventualità in cui emergesse più tardi un vizio (in senso lato) concernente i presupposti in base ai quali l'accordo nella prima fase era stato raggiunto" (cfr. pp. 171-172).

L'incertezza, nei casi di preliminari ad effetti anticipati, sarebbe ristretta alla "composizione in sé" del conflitto, "non ancora sufficientemente ponderata nei suoi

Tale schema contrattuale, lungi dallo scomparire con la previsione codicistica del preliminare, continuò a trovare largo impiego, anche successivamente all'entrata in vigore del codice del 1942, non però certo senza evolversi, ma adeguandosi, ovviamente, al mutare delle esigenze che si manifestavano nella realtà dei traffici.

In effetti, le motivazioni pratiche alla base dell'utilizzo di tale forma contrattuale hanno subito nel corso del tempo modifiche essenziali ⁽¹⁵⁵⁾.

Inizialmente, quando, alla fine del XIX secolo, aveva fatto il suo ingresso 'ufficiale' in dottrina, il preliminare si era presentato come unica scappatoia da quella che ormai da molti era sentita come la 'prigione' del consenso traslativo. Non potendosi in alcun modo derogare ad esso sul piano del singolo tipo contrattuale, la compravendita, si era mutuato dal diritto tedesco il *Vorvertrag*, espressione

presupposti" (cfr. p. 172). Sotto il profilo funzionale, si potrebbero, perciò, legittimamente accostare preliminare ad effetti anticipati e patto di assunzione in prova: entrambi sarebbero infatti "espressione di un'incertezza di valutazione delle parti, che esse ritengono di poter fugare solo in un tempo successivo all'accordo mediante un'attività ulteriore di controllo e di sperimentazione" (cfr. p. 172, nota 40). Ed ancor più si giustificerebbe un avvicinamento dello schema contrattuale in esame con la vendita a prova, la cui stipulazione "implica un'incertezza delle parti che si traduce nella possibilità di impedire l'ingresso in vigore del regolamento d'interessi in certi casi determinati (esito oggettivamente negativo della prova): tal quale come nel preliminare" (*ibidem*).

L'ulteriore funzione della sequenza preliminare-definitivo così delineata — consistente dunque nella possibilità di controllo e valutazione (successivi all'accordo) non delle 'sopravvenienze', ma dei 'presupposti' — avrebbe portata generale, sarebbe, cioè, propria di ogni preliminare, e non solo del preliminare ad effetti anticipati, "mezzo rivelatore" di essa per eccellenza.

Anche nei casi di preliminare ad effetti anticipati, come nelle altre ipotesi di preliminare, il soggetto potrebbe dunque rifiutarsi di concludere il definitivo solo sulla base di uno di quei fatti "che per legge sarebbero stati rilevanti, nel senso di consentire l'impugnativa del medesimo regolamento qualora fosse stato subito introdotto in via definitiva" (cfr. p. 173).

Certo, questi autori si limitarono, per lo più, a prendere atto, concordando quindi con gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, dell'esistenza e del rilievo pratico del fenomeno dell'anticipata esecuzione, ma deve loro riconoscersi il merito di aver finalmente creato, od almeno cominciato a creare, un ponte tra aspetto teorico ed aspetto pratico del nostro istituto, fino ad allora — dovendo il preliminare scontare l'ambiguità derivante dalla sua 'doppia origine' — nettamente separati e distanti.

⁽¹⁵⁵⁾ Si veda R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 52 ss., che evidenzia tale evoluzione con specifico riferimento al preliminare ad effetti anticipati.

dell'autonomia contrattuale, posta alla base anche del nostro ordinamento, per introdurre quella vendita obbligatoria (*rectius*: scissione tra consenso ed effetto traslativo) che la lettera del codice ed i 'principii generali' precludevano. Il nuovo strumento consentiva alle parti di ben ponderare i propri affari, di prendere tempo, e, tramite lo schema degli effetti anticipati, si palesava di indubbia utilità — come già visto — soprattutto per il promittente venditore, che spesso era anche costruttore ed imprenditore edilizio, consentendogli di ottenere, tramite l'anticipato pagamento del prezzo, i finanziamenti necessari all'impresa, e — grazie all'assenza, almeno fino all'introduzione dell'art. 2932 c.c., della tutela in forma specifica per l'eventuale inadempimento — gli permetteva di restare libero di valutare altre offerte, economicamente più allettanti, e di non adempiere, correndo il solo rischio di dover risarcire i danni al promissario acquirente.

E, comunque, l'adempimento anticipato delle obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna della cosa, certo, in termini più generali, tutelava entrambe le parti, offrendo loro modo di verificare, prima di giungere al vincolo definitivo, l'esattezza di esse e la conformità a quanto concordato col preliminare ⁽¹⁵⁶⁾.

A tale fondamentale funzione di garanzia, se ne sono nel tempo affiancate o sostituite di nuove, che hanno confermato l'utilità di tale schema contrattuale.

In particolare in uno specifico settore dell'edilizia abitativa, quello della vendita di appartamenti facenti parte di edifici in costruzione (od ancora da costruire, o da ristrutturare), il preliminare si è progressivamente rivelato utilissimo strumento di tutela non più, però, come in passato, degli interessi del promittente venditore, bensì di quelli del promissario acquirente, ossia del c.d. 'contraente debole'.

La stipulazione di preliminari ad effetti anticipati ha consentito, infatti, di creare una stretta interdipendenza tra pagamento del prezzo da un lato e 'progressiva consegna' del bene, o, in termini più chiari, progressiva realizzazione del bene (stato di avanzamento dei lavori) dall'altro; e si è giunti a prevedere specifiche obbligazioni

⁽¹⁵⁶⁾ Alla nascita del preliminare in Italia ed al significato funzionale della sua introduzione, si è dedicato il cap. I, parte II di questo lavoro, a cui si rimanda.

gravanti sul promittente venditore/costruttore, aventi ad oggetto la conformità del bene alle esigenze abitative del promissario acquirente ⁽¹⁵⁷⁾.

L'atteggiamento generale della dottrina, di completo disinteresse nei confronti della 'vita' del contratto preliminare, e, dunque, anche nei confronti del fenomeno dell'anticipata esecuzione, era certo dovuto all'impostazione rigidamente dogmatica degli studi successivi al codice del 1942, ma anche, non di meno, ad una diffusa diffidenza nei confronti di tutto ciò che era creazione giurisprudenziale.

A ciò si contrapponeva evidentemente il permanere del favore della giurisprudenza per tale schema contrattuale, nato proprio nelle aule dei tribunali ⁽¹⁵⁸⁾.

L'apertura dei giudici era, però, più legata alle ragioni dei traffici, e dunque a valutazioni di opportunità, che ad argomentazioni giuridicamente valide: è innegabile che il preliminare ad effetti anticipati, creato appunto con lo scopo di anticipare l'adempimento di obbligazioni nascenti da un contratto ancora inesistente, sia una figura ontologicamente e logicamente, prima che giuridicamente, contraddittoria e di assai difficile giustificazione sul piano giuridico.

Dalla lettura delle sentenze dei primi anni successivi all'entrata in vigore dell'attuale codice, si apprende poi il tentativo di 'legittimare' i preliminari ad effetti anticipati, ponendo a fondamento di essi il principio dell'autonomia privata ⁽¹⁵⁹⁾, principio, per il vero, legittimante la libertà delle parti circa la scelta dello strumento contrattuale, ma non certo idoneo a garantire che tale strumento possa ancora qualificarsi 'contratto preliminare'.

⁽¹⁵⁷⁾ Vedi *amplius* R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 54 ss. Sull'evoluzione degli strumenti di tutela del promissario acquirente, vedi *infra* i §§ 3.1.1 e 3.2 di questo capitolo.

⁽¹⁵⁸⁾ Vedi in tal senso R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 67.

⁽¹⁵⁹⁾ Si veda Cass. 3.9.1947, n. 1561 in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Vendita*, n. 177, che, riguardo alla promessa di vendita di un fondo agricolo con pagamento e consegna anticipati, motiva: "le parti ben possono, in esplicitazione della loro autonomia contrattuale, porre in essere, accanto ad una promessa bilaterale di compravendita, particolarità del rapporto analoghe a quella della vendita definitiva salvo il punto del differito trasferimento del dominio". Vedi le considerazioni svolte in proposito da R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 67, nota 19.

3.1.1. *La 'rivoluzione' giurisprudenziale degli anni '70-80: preliminare ad effetti anticipati e tutela del 'contraente debole'.*

Intorno alla metà degli anni '70, la giurisprudenza si confermò protagonista indiscussa della storia del nostro istituto.

Proprio in quegli anni si assisté, infatti, ad una vera e propria 'rivoluzione' giurisprudenziale in materia di preliminare, al comparire, cioè, di alcuni orientamenti talmente innovativi circa il ruolo realmente assunto da esso, e circa il suo rapporto col contratto definitivo, da porre in molti, anche in anni recenti, l'interrogativo se l'istituto elaborato dalla giurisprudenza si identificasse ancora con quello creato dalla dottrina tradizionale ed accolto dall'attuale codice ⁽¹⁶⁰⁾.

Gli interventi dei giudici hanno riguardato in modo particolare il settore immobiliare, maggiormente interessato dalla stipulazione di preliminari di vendita e, soprattutto, di preliminari ad effetti anticipati o complessi.

Le prime sentenze che si sono occupate del preliminare ad effetti anticipati, hanno privilegiato, come già accennato, l'aspetto 'pratico' degli effetti, rispetto a quello, di natura teorica, della qualificazione giuridica di esso.

In un primo tempo, infatti, si è tentato al più di conciliare questo schema contrattuale — certamente atipico e deviante rispetto alla struttura del preliminare — con la figura del preliminare di vendita, giungendo a ritenere gli 'effetti anticipati' perfettamente compatibili con tale figura, sulla base della mera e soprattutto vaga considerazione che l'esistenza di questo tipo di 'obbligazioni accessorie' nell'ambito della contrattazione preliminare non esclude di per sé che la realizzazione dell'effetto traslativo sia subordinata alla conclusione di un successivo contratto definitivo ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Vedi L. MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?* In *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 239 e ss.; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (sintesi di giurisprudenza)*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, pp. 415-440; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 34.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. Cass. 1 dicembre 1962, n. 3520, in *Foro it.*, 1963, I, 1, col. 1475; Cass. 12

Preso atto della frequente utilizzazione di questo tipo di contratto nella prassi, la giurisprudenza si è per lungo tempo, dunque, limitata a considerazioni di tipo descrittivo, a prendere atto, in altri termini, della rilevanza di tale fenomeno, senza tentare però di inquadrarlo a livello teorico ⁽¹⁶²⁾.

Solo successivamente, di fronte all'evidente, non ulteriormente ignorabile, illogicità insita nell'anticipazione degli effetti — nell'esecuzione, cioè, di un'obbligazione non ancora sorta — la giurisprudenza ha compiuto una svolta foriera d'importanti sviluppi, riconducendo esplicitamente le clausole di anticipazione degli effetti definitivi direttamente al contenuto del preliminare.

La Cassazione ha, infatti, più volte affermato che il pagamento del prezzo e la consegna della cosa al momento della stipulazione del contratto preliminare non si configuravano affatto come esecuzione anticipata di obbligazioni non ancora sorte perché nascenti dal definitivo ancora non concluso, bensì come esecuzione di obbligazioni nascenti da apposite clausole aggiuntive del preliminare, e, dunque, aventi un proprio titolo, diverso da quello della vendita ⁽¹⁶³⁾.

Notevoli i risvolti teorici di un simile orientamento: la legittimazione, infatti, della possibilità che già il preliminare potesse obbligare alla consegna della cosa ed al pagamento del prezzo costituì un ulteriore passo verso la graduale svalutazione, già da tempo in atto, come già visto ⁽¹⁶⁴⁾, del definitivo.

gennaio 1979, n. 242, in *Riv. not.*, 1979, p. 264; Cass. 5 novembre 1980, n. 5940, in *Foro it.*, 1981, I, 1, col. 1113.

⁽¹⁶²⁾ In dottrina, alle voci già citate di Rascio e Gabrielli, si aggiunsero ben presto, nel tentativo di analizzare il problema del preliminare ad effetti anticipati, da una parte D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 32; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972, p. 133, che hanno seguito la tesi, prospettata dalla giurisprudenza, dell'esecuzione anticipata del contratto futuro, dall'altra G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, pp. 941 e ss., che ha preferito impostare la soluzione in termini di atipicità del contratto.

⁽¹⁶³⁾ Vedi in tal senso Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 1, col. 669; Cass. 5 agosto 1977, n. 3560, in *Foro it.*, 1977, I, 1, col. 2465; Cass. 11 agosto 1982, n. 4562, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Vendita*, n. 15; Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 1, col. 182. Si vedano le considerazioni svolte sul punto da R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 43.

⁽¹⁶⁴⁾ Vedi *supra*, parte II, cap. II, § 2.

Le conseguenze più rilevanti si ebbero, però, sul piano pratico.

Il nuovo atteggiamento assunto dalla Cassazione permise, infatti, di superare l'ostacolo posto dal fino ad allora indiscusso principio dell'«intangibilità del preliminare»⁽¹⁶⁵⁾ da parte della sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, e di offrire così una tutela sempre più adeguata alla parte adempiente, che spesso s'identificava con il privato, promissario acquirente di una casa di abitazione, controparte di un ben più esperto professionista, in genere imprenditore edilizio od agente immobiliare⁽¹⁶⁶⁾.

Il riconoscimento della consegna anticipata della cosa come esecuzione di un'obbligazione avente titolo nel preliminare, e non nel definitivo, permise alla Corte di Cassazione, con riguardo a preliminari di vendita di case di abitazione con clausola di consegna anticipata, di ammettere, come logica conseguenza del riconoscimento dell'esistenza di una obbligazione di esatto adempimento di tale

⁽¹⁶⁵⁾ Il principio dell'intangibilità del preliminare imponeva la presenza, al momento della pronuncia della sentenza sostitutiva del definitivo, di «tutte le condizioni giuridiche, con i relativi presupposti di fatto, che consentano alla sentenza costitutiva... di rispecchiare integralmente le previsioni delle parti in sede di preliminare» con la conseguenza che «l'esecuzione specifica ex art. 2932 deve ritenersi impossibile allorché si accerti che è mutata nella sostanza... il contenuto della controprestazione pattuita per il trasferimento di un bene» (Cfr. Cass., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, 1, col. 1002).

Da ciò discendeva necessariamente l'inapplicabilità al preliminare (*rectius*: al preliminare ad effetti anticipati) della normativa sulla garanzia per i vizi della cosa venduta, che consente di scegliere fra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo (Cfr. Cass. 9 gennaio 1961, n. 1092, in *Rep. Foro it.*, 1961, voce *Vendita*, n. 27; Cass. 20 luglio 1979 n. 4338, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Vendita*, n. 18; Cass. 9 giugno 1981, n. 3722, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Vendita*, n. 31; Cass. 11 agosto 1982, n. 4562, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Vendita*, n. 15; Cass. 6 novembre 1987, n. 8220, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, col. 760).

La tutela del promissario era, dunque, inadeguata ed insufficiente, risolvendosi nell'alternativa tra la risoluzione per inadempimento, con conseguente diritto al risarcimento del danno, e l'esecuzione specifica del preliminare, dato che dalla inapplicabilità dell'*actio quanti minoris* conseguiva anche l'inammissibilità della condanna al risarcimento del danno per i difetti o la mancanza di qualità promesse o essenziali dell'immobile, che fosse accessoria alla pronuncia ex art. 2932 c.c. (vedi R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 82).

⁽¹⁶⁶⁾ Vedi le considerazioni svolte sul punto da R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 81.

obbligazione nascente dal preliminare (facente parte del 'contenuto' del preliminare, delle 'previsioni delle parti in sede di preliminare') e dunque tutelabile in sede di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre ⁽¹⁶⁷⁾, la possibilità per il promissario acquirente di richiedere, qualora la cosa fosse stata affetta da vizi, in alternativa alla risoluzione per inadempimento, la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi a proprie spese ⁽¹⁶⁸⁾.

La sentenza n. 4478 del 1976, che inaugurò tale svolta, seguita da molte altre ⁽¹⁶⁹⁾, è estremamente importante anche per un altro aspetto peculiare: con essa, la Cassazione introdusse tale forma di tutela 'rafforzata' del promissario acquirente nei confronti del promittente venditore inadempiente solo nei casi di preliminare ad effetti anticipati o 'complesso' ⁽¹⁷⁰⁾, distinguendo, dunque, nettamente, per la prima volta, nell'ambito della figura 'contratto preliminare', questo tipo di contratto, che in una pronuncia di poco

⁽¹⁶⁷⁾ La giurisprudenza, in altri termini, ricomprese nel contenuto del contratto preliminare di vendita immobiliare le clausole contenenti le obbligazioni di anticipata esecuzione degli effetti del definitivo. Da ciò, comprendendo certo l'esatto adempimento dell'obbligazione di consegnare la cosa l'obbligo che essa sia priva di vizi, la possibilità per il promissario di richiedere, in presenza di difetti, in sede di pronuncia ex art. 2932 c.c., l'eliminazione di essi.

⁽¹⁶⁸⁾ Il principio, enunciato per la prima volta in Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, col. 660, con nota di A. LENER, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata e rapporto intermedio*, cit., è stato successivamente ribadito da Cass. 5 agosto 1977, n. 3560, cit., e da Cass. 9 aprile 1980, n. 2268, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Vendita*, n. 13. Sui motivi ispiratori della sentenza del '76, vedi R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., pp. 46-47.

⁽¹⁶⁹⁾ Vedi *supra* nota n. 163.

⁽¹⁷⁰⁾ Come evidenzia R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 70, "La motivazione posta alla base 'delle rationes decidendi', delle sentenze che inaugurarono il nuovo orientamento giurisprudenziale (Cass., 28.11.1976, n. 4478, cit. e Cass. 5.8.1977, n. 3560, cit.), fu la seguente: il trasferimento del godimento del bene — anticipato rispetto al trasferimento della proprietà — costituisce un titolo autonomo per esigere l'esatta consegna del bene e per fondare l'obbligo del promittente venditore ad eliminare i vizi. In verità il motivo che realmente ha indotto i giudici, in quelle occasioni, al riconoscimento di una tutela differenziata per l'acquirente in preliminare è stata la considerazione dell'importanza assunta in quel rapporto dal momento obbligatorio, specificamente finalizzato alla realizzazione, da parte del promittente-venditore anche costruttore, di un bene conforme a quanto stabilito nel preliminare, e quindi, in definitiva, l'assunzione da parte del promittente-venditore di un'obbligazione specificamente rivolta ad un 'facere'.

successiva definì “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’⁽¹⁷¹⁾, dal preliminare ‘puro’.

L'introduzione di tale ‘trattamento differenziato’ per il preliminare ad effetti anticipati lo rese figura autonoma nell’ambito del tipo ‘contratto preliminare’, fino ad allora sempre considerato fenomeno unitario e, palesando la contraddizione intrinseca in esso (e già nella sua stessa denominazione!), istituto ambiguo col quale la giurisprudenza otto-novecentesca aveva tentato di conciliare lo schema causale del contratto preliminare con una prassi diffusa nella stipulazione di compravendite immobiliari⁽¹⁷²⁾, destò nuovamente l’interesse della dottrina⁽¹⁷³⁾, che, compresa l’importanza di questo tipo di preliminare nella realtà dei traffici, abbandonando finalmente lo sterile dogmatismo nel quale era rimasta a lungo imprigionata, iniziò ad approfondirne lo studio⁽¹⁷⁴⁾.

Qualche anno più tardi, la giurisprudenza fece un ulteriore passo sulla via della tutela del ‘contraente debole’, arrivando a superare la disparità di trattamento poco prima introdotta tra i due tipi di preliminare⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷¹⁾ Vedi la motivazione di Cass., 5 agosto 1977, n. 3560, cit..

⁽¹⁷²⁾ Vedi *supra*, parte II, cap. I, in particolare §§ 1.3.1 e 2.2.5

⁽¹⁷³⁾ Si veda infatti G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (sintesi di giurisprudenza)*, cit, in particolare p. 438: “Se già dopo il preliminare possono pretendersi prestazioni che pur avrebbero, a rigore, titolo soltanto nel definitivo e se tali prestazioni, una volta eseguite, non possono ripetersi, ciò si giustifica sulla base di un patto aggiunto al contratto preliminare che ne arricchisce ed altera l’ordinario schema causale”. Vedi anche L. MONTESANO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 511 e ss., spec. p. 518, che ritiene il preliminare di vendita con effetti c.d. anticipati come un definitivo “condizionato o ad efficacia parzialmente differita”.

⁽¹⁷⁴⁾ Comparirono infatti proprio in quegli anni numerose rassegne ragionate di giurisprudenza (vedi per tutte R. DE MATTEIS, *Preliminare di vendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 139 e ss.; *Id.*, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata del definitivo nelle più recenti applicazioni giurisprudenziali*, *ibid.*, 1990, II, p. 17 e ss.) e saggi (relativamente al preliminare ad effetti anticipati nella contrattazione immobiliare abitativa, vedi C. CASTRONOVO *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., p. 81 e ss.

⁽¹⁷⁵⁾ Ci si riferisce a Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, cit., che ha però ribadito la diversità funzionale tra preliminare “puro” e preliminare “ad effetti anticipati”. Vedi

Con la sentenza n. 2679 del 1980 ⁽¹⁷⁶⁾, la Corte di Cassazione riconobbe, infatti, al promissario — sia nel caso di preliminare ad effetti anticipati che in qualsiasi altra ipotesi di preliminare — non solo la possibilità di esercitare l'azione di esatto adempimento, con la condanna del promittente all'eliminazione dei vizi, ma anche quella volta alla riduzione del prezzo stabilito con il preliminare, per ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni, violato dai difetti e difformità della cosa consegnata rispetto a quanto pattuito ⁽¹⁷⁷⁾.

L'innovativa pronuncia della Cassazione non fu seguita da immediato unanime consenso ⁽¹⁷⁸⁾ e ciò rese necessario un intervento delle Sezioni Unite che risolvesse autorevolmente il contrasto tra tendenza 'innovatrice' e tendenza 'tradizionalista'.

anche Cass. sez. unite, 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, 1col. 1697, con nota di Macario, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare rettificato*.

⁽¹⁷⁶⁾ Vedi Cass. 23.4.1980 n. 2679, cit.. Nel caso di specie era stato stipulato un preliminare di vendita relativo ad un appartamento da costruire, poi risultato affetto da vizi e gravato da un mutuo ben più ingente di quanto palesato al momento del preliminare. Il promissario aveva pertanto agito, ai sensi dell'art. 2932 c.c., chiedendo anche la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei difetti e delle difformità dell'immobile rispetto a quanto descritto nel preliminare, ed in alternativa, la riduzione del prezzo pattuito.

⁽¹⁷⁷⁾ Vedi R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., pp. 88-89: "La Cassazione quindi, una volta resasi conto che l'anticipazione della consegna rispetto alla stipula del definitivo è un fatto 'neutro', di per sé inidoneo a fondare una più ampia tutela del promissario acquirente, giunge correttamente a collegare tale tutela all'inadempimento di un'obbligazione del promittente venditore: non si tratta però dell'obbligazione di consegna, ma dell'obbligazione di trasferire la proprietà, che non è esattamente adempiuta se le caratteristiche fisiche e giuridiche del bene non corrispondono alle previsioni del preliminare. In questa prospettiva, il contenuto obbligatorio del contratto preliminare viene dunque arricchito rispetto alla concezione tradizionale: l'obbligo di prestare il consenso per il contratto definitivo viene inteso come obbligo di trasferire una cosa conforme all'impegno traslativo assunto dal promittente venditore". Vedi però le critiche espresse dall'autrice circa l'affermata irrilevanza della distinzione fra preliminare 'puro' e preliminare 'complesso' (*ibidem*; vedi anche Id., *Preliminare di vendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, cit., p. 143).

⁽¹⁷⁸⁾ Una prima tendenza giurisprudenziale ha portato alle estreme conseguenze le soluzioni da essa accolte (vedi Cass. 11 maggio 1983, n. 3263 in *Giur. it.*, 1983, I, 1, col. 1366; Cass. 20 marzo 1982, in *Foro it.*, 1983, I, 1, col. 1054. Un orientamento minoritario 'tradizionalista' era ancora però convinto assertore della portata limitata della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. (vedi ad es. Cass. 24 febbraio 1986, n. 1122, in *Foro pad.*, 1987, I, col. 51).

Con la sentenza n. 1720 del 27 febbraio 1985, la Cassazione ha dunque fatto chiarezza, aderendo nettamente all'orientamento maggioritario e concludendo così il lungo *iter* giurisprudenziale⁽¹⁷⁹⁾ volto ad assicurare, progressivamente, una sempre più adeguata tutela al promissario acquirente⁽¹⁸⁰⁾.

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente gli attuali

⁽¹⁷⁹⁾ Per esigenze di completezza è d'obbligo evidenziare che l'orientamento giurisprudenziale volto alla tutela del 'contraente debole', pur fermo nei suoi scopi e nelle sue linee essenziali, ha però continuato ad evolversi, tanto che la tendenza attualmente maggioritaria, seppur non pacifica (Cass. 13 giugno 1969, n. 2118, in *Foro It.*, 1970, I, col. 301), mentre continua ad ammettere, come mezzi di tutela ordinaria, l'azione per l'eliminazione dei vizi (azione di esatto adempimento) e l'azione per la riduzione del prezzo (Si vedano, infatti, sulla scia delle note sentenze 23 aprile 1980 n. 2679, cit. e Cass. S.U. 27 febbraio 1985 n. 1720, cit., le più recenti: Cass. 14 novembre 1988 n. 6143, in *Vita not.*, 1988, n. 1176; Cass. 1 ottobre 1997 n. 9560, in *Guida al diritto*, 1997 n. 41, p. 50; Cass. 19 aprile 2000 n. 5121, in *Riv. giur. edil.*, 2001, p. 577; Cass. 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, I, col. 1080; Cass. 17 aprile 2002 n. 5509, in *Contratti*, 2002, p. 775), esclude invece esplicitamente l'applicabilità al preliminare della disciplina della 'garanzia' dettata per la vendita (Cass. 26 novembre 1976 n. 4478; Cass. 14 novembre 1988 n. 6143, cit.; Cass. 8 gennaio 1992 n. 118, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, col. 1462; Cass. 16 luglio 2001 n. 9636, cit.).

⁽¹⁸⁰⁾ Vedi Cass, Sez. Unite 27 febbraio 1985, n. 1720, cit. Da questa pronuncia emerge chiaramente il convincimento che il promissario acquirente si identifichi, nella realtà degli scambi, soprattutto immobiliari, con il 'contraente debole', in genere un privato, acquirente di una casa di abitazione, e che il suo interesse primario sia, dunque, quello ad ottenere comunque il trasferimento del bene oggetto del preliminare, interesse non certo tutelabile — in presenza di vizi o difformità — dall'unico, tradizionale rimedio della risoluzione del contratto.

Ecco che alla riconosciuta necessità di fornire un'adeguata tutela alla 'parte debole' la Cassazione risponde sancendo nuovamente il superamento del principio dell'intangibilità del preliminare — principio per tradizione precludente, come già accennato, la possibilità per il giudice di oltrepassare, in sede di pronuncia ai sensi dell'art. 2932 c.c., 'la volontà delle parti espressa nel preliminare', inesattamente identificata con 'la volontà di concludere il definitivo' — ed affermando conseguentemente che la portata dell'art. 2932 c.c. non si esaurisce affatto nella tutela contro l'inadempimento consistente nella mancata stipulazione del definitivo promesso, comprendendo anche la tutela per il caso dell'"inesatto adempimento", consistente nella possibilità per il promissario non inadempiente di chiedere i rimedi previsti per i vizi ed i difetti del bene promesso, e, dunque, l'esatto adempimento e la riduzione del prezzo pattuito (Vedi sul punto R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 53; si veda anche il recente contributo di V. VITALONE, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005, p. 90).

orientamenti in tema di vizi e difformità della cosa oggetto del preliminare.

È, però, certo che il breve *excursus* che abbiamo compiuto sull'*iter* giurisprudenziale circa la tutela del promissario acquirente è tutt'altro che privo di risvolti interessanti ai fini del nostro lavoro.

Il dato più immediato, che emerge chiaramente dall'analisi delle sentenze a cui abbiamo fatto riferimento, è l'intento primario del giudice di legittimità di fornire una tutela adeguata al c.d. 'contraente debole' (181), intento che certo caratterizza, lo si anticipa, anche la recente normativa dettata in tema di trascrizione del preliminare (182).

L'atteggiamento giurisprudenziale che emerge dalle sentenze è, però, particolarmente significativo sotto un diverso, meno immediato forse, ma importantissimo profilo. Per la prima volta, infatti, — indipendentemente dalla successiva 'equiparazione' di trattamento del contraente adempiente in ogni ipotesi di preliminare — la Suprema Corte ha voluto esplicitare la disomogeneità della categoria 'contratto preliminare', evidenziando la coesistenza all'interno di essa di figure caratterizzate da differenti schemi causali (183) e da diversi gradi di 'realità'.

L'originario 'travestimento' della promessa di vendita — 'ribattezzata' 'contratto preliminare', al solo, altrimenti irraggiungibile, scopo di eludere l'effetto traslativo del consenso — viene per la prima volta smascherato.

Esplicitando la distinzione tra preliminare 'puro' e preliminare 'ad effetti anticipati', la giurisprudenza rende, infatti, palese l'inevitabile difficoltà — a cui più volte si è fatto riferimento notando la

(181) E ciò certo riflette, nella specifica materia del contratto preliminare, un fenomeno ben più ampio, inserendosi nel clima di solidarietà sociale che si stava diffondendo proprio in quegli anni, in cui ferveva il dibattito sulla riforma della disciplina urbanistica attuata con la legge n. 10 del 1977 (su cui vedi A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977, p. 1 e ss), e sul problema del diritto all'abitazione, dopo la legge n. 392 del 1978 (vedi U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, p. 1 e ss e 289 e ss).

(182) Ci si riferisce al d.l. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito in legge 28 febbraio 1997 n. 30, con cui è stato novellato il codice civile, su cui vedi *infra* § 3.2.

(183) Si veda R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 97; R. SPECIALE, *Contratti preliminari intese precontrattuali*, cit., p. 43.

contraddittorietà insita in esso e già nella formula che lo esprime ⁽¹⁸⁴⁾ — d'inquadrare il secondo nel tipo 'contratto preliminare', e, dunque, la 'forzatura', compiuta all'inizio del '900 dai giudici e da una parte della dottrina, consistente nel funzionalizzare la teoria alle esigenze della prassi, o — più precisamente — il *Vorvertrag* all'affermazione dell'autonomia della promessa di vendita dalla vendita.

In altri termini, la distinzione delle due figure — da sempre esistente, ma fino ad allora mai portata alla luce — svela la funzione 'atipica' ⁽¹⁸⁵⁾ propria del preliminare ad effetti anticipati, consistente nell'obbligare al pagamento del prezzo e/o alla consegna della cosa, ed al successivo compimento di un atto meramente traslativo, escludendo l'operatività del principio consensualistico.

3.1.2. *La distinzione tra preliminare 'puro' e preliminare 'ad effetti anticipati' nel dibattito dottrinale più recente: difficoltà e tentativi di giustificazione teorica.*

Infine, l'attenzione da sempre prestata dalla giurisprudenza alla 'vita' del contratto preliminare, ed in particolar modo al fenomeno della anticipazione degli effetti, evidenziandone la complessità e l'ambiguità, ed in ultimo affermandone la diversità dal preliminare 'puro', ha poi ben presto ridestato — come già abbiamo avuto modo di accennare — l'interesse della dottrina, da troppo tempo dedita ad uno studio essenzialmente dogmatico, chiuso in se stesso e dunque sterile.

Questa nuova fase di curiosità e di riflessione dottrinale si è svolta prevalentemente secondo tre diversi orientamenti ⁽¹⁸⁶⁾.

Alcuni autori si sono presto mostrati restii ad un reale approfondimento del fenomeno, decisi nell'asserire l'infondatezza teorica della distinzione affermata in giurisprudenza tra preliminare 'puro' e preliminare 'ad effetti anticipati' ⁽¹⁸⁷⁾ e fermi nel dubitare dell'am-

⁽¹⁸⁴⁾ R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 43 definisce la formula 'preliminare ad effetti anticipati' "una formula di ambiguo significato e non del tutto corretta sotto il profilo tecnico-giuridico".

⁽¹⁸⁵⁾ Vedi *infra*, § 3.1.2.

⁽¹⁸⁶⁾ Vedi R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 74.

⁽¹⁸⁷⁾ Vedi A. DI MAJO, *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di*

missibilità di accordi preliminari che pretendano di anticipare l'esecuzione di obblighi non ancora sorti, perché aventi causa nel definitivo da stipulare, la cui illogicità sarebbe palesata già dalla contraddittorietà della formula adottata dalla giurisprudenza per definirli ⁽¹⁸⁸⁾.

Altri, volendo giustificare a livello teorico gli 'accordi' ad effetti anticipati, dato il loro frequente utilizzo nella prassi, ne hanno sostenuto l'atipicità rispetto alla causa tradizionalmente riconosciuta al contratto preliminare ⁽¹⁸⁹⁾.

La dottrina più recente — sempre più attenta all'aspetto pratico — ha mostrato un crescente interesse verso il fenomeno ed ha tentato d'inquadrarlo sistematicamente e d'individuare la disciplina ad esso applicabile. Proprio partendo dall'osservazione di ciò che

vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico, in *Giur. civ.*, 1985, I, pp. 1636-1640, spec. p. 1636; ID., voce *Obbligo a contrarre*, cit., p. 1 e ss., spec. p. 4; ID., *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo a contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 362 e ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, spec. p. 335.

⁽¹⁸⁸⁾ Vedi C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., in particolare p. 96 e ss. L'autore evidenzia la contraddittorietà insita nel preliminare ad effetti anticipati, che vorrebbe essere contemporaneamente fonte dell'obbligo di concludere il contratto definitivo e di quello di dare esecuzione alle obbligazioni nascenti dal definitivo non ancora concluso e critica l'atteggiamento assai vago e meramente descrittivo della giurisprudenza: "L'idea che tutto questo costituisca un *ύστερον πρότερον* non è facilmente esorcizzabile ed esige una fondazione argomentativa che vada oltre la pura descrizione del fenomeno alla quale in particolare la giurisprudenza che è sembrata dare la sua approvazione alla figura in questione, si è finora limitata" e conclude osservando che tale schema contrattuale è "un vero e proprio abuso del contratto preliminare".

⁽¹⁸⁹⁾ Primo tra tutti ad affermare l'atipicità del preliminare ad effetti anticipati (e del 'definitivo' meramente traslativo) è G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, cit., in particolare, p. 940, nota 63. Secondo questo autore l'intento perseguito con un simile 'procedimento' è quello di creare rispetto ad un bene una situazione di fatto, che apparirà però davanti al fisco ed ai terzi solo a seguito dell'atto traslativo (contratto definitivo). In seguito, nello stesso senso si è espresso R. ALESSI, *Il c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, cit., 1972, II, p. 438 e ss.; A. LENER, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata del definitivo e rapporto intermedio*, cit., in particolare p. 672. Recentemente ha aderito alla tesi di Portale anche G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (sintesi di giurisprudenza)*, cit., in particolare p. 438 e ss., il quale, proprio a causa dell'atipicità dello schema causale, ritiene che il preliminare ad effetti anticipati debba essere "ricordato a parte e quasi a margine di una trattazione dedicata al contratto preliminare" (vedi R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 75).

avviene nella prassi delle vendite immobiliari — ma estendendo il proprio studio anche a figure diverse, come il preliminare di vendita di cosa futura e quello di vendita di cosa altrui — alcuni autori ⁽¹⁹⁰⁾ hanno maturato il convincimento che l'obbligo nascente dal preliminare in capo al promittente venditore non sia più (o forse non sia mai stato!), come vuole la dottrina tradizionale, obbligo ad un *facere*, consistente nella successiva stipulazione del contratto definitivo, bensì obbligo ad un *dare*, a far acquistare, cioè, la proprietà della cosa al promissario acquirente.

Tale nuova lettura ha dato l'avvio ad un necessario ripensamento della figura 'contratto preliminare' e, soprattutto, ad uno studio sempre più attento delle origini di esso e del fondamentale ruolo svolto dalla giurisprudenza (e dalla dottrina!), che nel preliminare vide lo strumento adatto per rimediare all'assenza, nel nostro ordinamento, di una 'vendita obbligatoria', o — volendo prescindere per il momento da qualsiasi denominazione — della possibilità di scindere in due momenti prestazione del consenso ed effetto traslativo.

3.2. *La legge 30 del 1997: il 'preliminare trascrivibile' come ultima fase del lungo 'iter' verso la 'realità' del contratto preliminare.*

Al risveglio dottrinale degli ultimi decenni ha fatto seguito, seppur in tempi ben più lunghi, quello legislativo.

Sembra anzi di poter vedere una forte linea di continuità fra

⁽¹⁹⁰⁾ Vedi A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 698; Id., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., pp. 95-98; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., in particolare p. 66 e ss e p. 170 e ss.; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 34 e ss. Con riferimento specifico al preliminare trascrivibile, si vedano più di recente F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, pp. 23-25; Id., *Il contratto preliminare*, cit., p. 1 e p. 24 e ss.; A. DI MAJO, *La "normalizzazione del preliminare"* in *Corriere giur.*, 1997, p. 131 e ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., in particolare p. 380, ove si legge: "Allorché l'anticipazione delle obbligazioni di prezzo e di consegna sia integrale, viene a delinearci una sequenza procedimentale atipica nella quale al contratto obbligatorio segue — quale atto di adempimento di un'obbligazione di 'dare' in senso tecnico, nascente dallo stesso — un negozio di puro trasferimento con causa c.d. esterna (...)".

l'evoluzione giurisprudenziale, e dottrinale, degli ultimi decenni, e l'intervento del legislatore in materia di trascrizione del contratto preliminare.

Con la legge n. 30 del 1997 ⁽¹⁹¹⁾ è stata, infatti, attuata una riforma settoriale del codice civile, che ha reso possibile la trascrizione di alcuni contratti preliminari, quelli, per la precisione, che trasferiscono la proprietà di beni immobili o che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti reali di godimento su beni immobili ⁽¹⁹²⁾.

Non è questa la sede per intraprendere una riflessione su tale riforma, la cui rilevanza ha indotto qualcuno a parlare riguardo ad essa addirittura di una rivoluzione 'epocale' nel sistema della pubblicità immobiliare ⁽¹⁹³⁾. È necessario, però, soffermarsi almeno sugli aspetti di essa più strettamente connessi ai temi ed ai problemi affrontati nel nostro lavoro ⁽¹⁹⁴⁾.

Sotto un primo profilo, la riforma codicistica del 1997 pare aver concluso un lungo *iter* finalizzato alla tutela di ben individuati interessi economici.

Sotto un secondo, diverso profilo, essa è momento fondamentale del difficile percorso iniziato tra otto e novecento e volto al progressivo superamento degli eccessi del consenso traslativo.

⁽¹⁹¹⁾ Si tratta del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con l. 28 febbraio 1997, n. 30 contenente disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997, il quale prevede, all'art. 3, numerose disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari, che modificano alcune disposizioni fondamentali del nostro codice civile.

⁽¹⁹²⁾ L'art. 2645-*bis* introdotto con la riforma recita, infatti, al comma 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".

⁽¹⁹³⁾ Cfr. A. BUSANI, *Una rivoluzione per il mercato*, in *Il Sole-24 ore*, 1997, p. 2. Un'accurata disamina della legge 30 del 1997 e delle sue applicazioni si trova in V. VITALONE, *Il contratto preliminare*, cit., in particolare pp. 99-110.

⁽¹⁹⁴⁾ Si veda quanto già evidenziato circa l'accoglimento, da parte della relazione ministeriale al d.l. 669 del 1996, della nozione di procedimento, fulcro delle c.d. teorie procedimentali (*supra*, in questo capitolo, § 2.2, in particolare nota n. 73).

3.2.1. *Significato giuspolitico della legge 30 del 1997: 'preliminare trascrivibile' e tutela del promissario acquirente.*

Una prima riflessione investe, dunque, il significato delle riforma sul piano giuspolitico.

Il provvedimento, infatti, contiene importanti novità nella disciplina della circolazione dei beni immobili, che sembra s'inseriscano perfettamente nelle linee di tendenza giurisprudenziali volte alla tutela del promissario acquirente ⁽¹⁹⁵⁾, e già presenti in realtà, seppur *in nuce*, nel codice civile del 1942, chiaramente orientato nel senso di una tutela estremamente incisiva del contratto preliminare ⁽¹⁹⁶⁾, ma insufficiente.

Prima della riforma del 1997, infatti, il promissario acquirente di un immobile, fino alla stipula del contratto definitivo, e, soprattutto, fino alla trascrizione di esso, non aveva una tutela effettiva nei confronti di vicende poste in essere dal proprietario, promittente venditore, o da terzi contro quest'ultimo. E ciò, anche nel caso di preliminare ad effetti anticipati, in cui avesse, quindi, già pagato tutto o almeno parte del prezzo ⁽¹⁹⁷⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ Ciò si palesa dalla lettura della relazione ministeriale al d.l. 669 del 1996, la quale fornisce chiare indicazioni circa gli scopi del legislatore. Partendo dal presupposto che, con riferimento specifico al preliminare di vendita immobiliare, "(...) si riscontra che tra le parti contraenti non esiste un'oggettiva situazione di eguaglianza, ma emerge piuttosto una condizione diversa del promissario acquirente rispetto a quella del promittente alienante" e, più nel dettaglio, spesso le negoziazioni preliminari "nascono sbilanciate fin dalla conclusione del preliminare con forti esborsi di somme o impegni economici gravosi da parte del contraente più debole (il promissario acquirente) (...), appare necessario un intervento legislativo (...) per introdurre nel nostro diritto positivo la possibilità di trascrivere i contratti preliminari aventi per oggetto i diritti menzionati nell'art. 2643 c.c."

⁽¹⁹⁶⁾ Oltre a fare riferimento al contratto preliminare nell'art. 1351 per disciplinarne la forma, il codice prevedeva, non solo all'art. 2932 l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di concludere il contratto definitivo, stabilendo il potere per il contraente adempiente di ottenere una sentenza costitutiva degli stessi effetti del contratto non concluso (su cui vedi *supra*, parte II, cap. I, § 2.2; parte II, cap. II, § 1.3.2), ma anche l'ulteriore tutela della trascrizione della relativa domanda giudiziale (art. 2652 n. 2 c.c.), alla quale viene riconosciuto un effetto prenotativo con funzione cautelare e conservativa (vedi G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare. 1) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1995, p. 1 e ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Per soddisfare l'esigenza di una tutela 'reale' della c.d. 'parte debole' non era

La legge del 1997, finalmente, ha introdotto il c.d. 'preliminare trascrivibile', che sembra essere — lo si vedrà bene nel prosieguo — una figura giuridica nuova, certo diversa dal preliminare tradizionale, con caratteristiche peculiari, prima tra tutte — come già evidenziato — quella di avere un ambito di applicazione ben più circoscritto di quest'ultimo, di portata generale perché potenzialmente stipulabile pressoché per qualsiasi tipo contrattuale.

La previsione della trascrivibilità dei soli preliminari relativi alla materia della contrattazione immobiliare con effetti reali palesa l'intento del legislatore di rafforzare (indipendentemente dalle carenze della disciplina, successivamente rivelatesi ⁽¹⁹⁸⁾) la posizione

certo utilizzabile il rimedio dell'esecuzione forzata *ex art.* 2932 c.c. e della trascrizione della domanda giudiziale *ex art.* 2652, n. 2 c.c., trattandosi di una tutela collegata ad un inadempimento già verificatosi, e non già di una tutela generale del promissario acquirente (su tale problematica, vedi A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1990, p. 71 e ss.; ID., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1995, p. 722; G. MARICONDA, *La trascrivibilità del contratto preliminare*, cit., p. 337). Le disposizioni codicistiche, d'altra parte, impedivano la trascrivibilità del contratto preliminare, in quanto privo di effetti traslativi. Non era, infatti, possibile, neppure in base all'ampia disciplina di cui all'art. 2645 c.c., superare il principio della tassatività degli atti trascrivibili. Il dettato di tale articolo sembra, *prima facie*, sostituire all'elenco chiuso di atti soggetti a trascrizione dell'art. 2643 c.c. una clausola generale e, dunque, legittimare un sistema di trascrizione tendenzialmente aperto ad ogni atto incidente — in termini oggettivi — su diritti reali immobiliari (vedi G. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di Schlesinger, I, Milano, 1991, p. 590; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, p. 80 e ss.). Ciò nonostante, la dottrina maggioritaria, interpretando la prima norma come riferita alla tipicità degli atti e la seconda alla tipicità degli effetti, ha sempre ritenuto che, comunque, dalla trascrizione dovessero restare fuori le vicende aventi ad oggetto diritti immobiliari a carattere non reale. (così, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., pp. 350 e ss.).

⁽¹⁹⁸⁾ Non sembra questa la sede adatta per disquisire sul reale impiego del preliminare trascrivibile nella prassi, né sulle lacune ed i difetti della legge. Su questi aspetti, però, rimandiamo al recente contributo di A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Appendice a La compravendita*, Torino, 2005. In particolare, l'autore evidenzia (p. 3) che: "Ben presto ci si è resi conto che la protezione accordata dalla novella n. 30/1997 al promissario acquirente è non solo parziale, ma soprattutto inadeguata.

Quanto alla trascrivibilità del contratto preliminare, infatti, se è vero che con essa il promissario acquirente è in grado di tutelarsi contro il pericolo di ulteriori atti di disposizione incompatibili dello stesso immobile da parte del promittente venditore e di

giuridica di una specifica categoria di utilizzatori del contratto in esame, cioè i promissari acquirenti di un bene immobile (199).

Non sembra fuori luogo, ripercorrendo a ritroso la nostra analisi, raffrontare — sotto l'aspetto dello scopo 'pratico' perseguito, appunto — il nuovo 'preliminare trascrivibile' con quello elaborato ed introdotto a livello dottrinale, e prima ancora nato nella prassi, all'inizio del '900.

Come ormai noto (200), l'introduzione del contratto preliminare nel nostro ordinamento, all'inizio del secolo scorso, è con molta probabilità da ricondursi ad una precisa scelta politica di sostegno da parte di alcuni autori nei confronti di una ben individuata categoria, quella degli imprenditori edili, in modo particolare nel settore delle compravendite di case di abitazione ancora in costruzione.

La riforma del 1997 si pone analogamente l'obiettivo di tutelare un determinato 'gruppo sociale' (201), che oggi però non corrisponde più a quello degli imprenditori edili, bensì a quello degli acquirenti di case di abitazione.

atti di pignoramento da parte dei creditori del medesimo, è anche vero che nessun progresso di tutela realizza invece la trascrizione del preliminare in relazione al fallimento del promittente venditore, dal momento che una consolidata giurisprudenza riconosce al curatore (del fallimento del promittente venditore) la facoltà di recedere dal contratto preliminare, ai sensi dell'art. 72 comma 4 legge fall., anche nei casi di preventiva trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (*ex art. 2932 c.c.*) o del preliminare.

Quanto al privilegio speciale sull'immobile, è facile rendersi conto che la notoria vischiosità e lunghezza sia delle procedure fallimentari che di quelle esecutive individuali, non disgiunte dall'incerto esito degli incanti fallimentari, concorrono a rendere la garanzia reale accordata al promissario acquirente (dall'art. 2775-bis) — da esercitarsi necessariamente in sede processuale — uno strumento di tutela scarsamente efficace".

(199) Vedi in tal senso L. NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in www.jus.unim.it/CARDOZO/Review/Contract/Nivarra/prelim.htm, p. 1.

(200) Si rinvia a tal proposito alle considerazioni svolte *supra*, parte II, cap.I., in particolare §§ 1.3 e 1.3.1.

(201) Mutuo l'espressione da L. NIVARRA, *op. cit.*, pp. 1-2, che evidenzia come la disciplina introdotta dalla legge 30 del 1997, sia "un altro caso di legislazione a sostegno di soggetti o gruppi o categorie sociali, deboli o comunque portatori di interessi ritenuti meritevoli di una tutela particolare la quale, appunto, si attua sempre per il tramite di una differenziazione delle regole ordinariamente vigenti, anche se, poi, la tecnica di volta in volta impiegata muta a seconda dei tempi o degli ambiti di intervento".

Ciò è evidente in effetti, solo che si volga un attimo lo sguardo alle soluzioni prospettate in caso di inadempimento del contratto preliminare: come già illustrato, la dottrina maggioritaria, prima della scelta operata dal legislatore del 1942 a favore della sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso prevista dall'art. 2932 c.c., sosteneva che, in assenza di qualsiasi disposizione del codice in proposito, l'unico rimedio configurabile fosse il mero risarcimento dei danni (e ciò, giova ripeterlo, era certo funzionale agli interessi di quegli imprenditori edilizi che, tramite l'anticipato pagamento del prezzo, ottenevano un prefinanziamento, senza dover ricorrere agli istituti di credito, e, d'altra parte, qualora non avessero poi ritenuto conveniente concludere il definitivo, sarebbero incorsi solo nel rischio di dover risarcire i danni, ipotesi assai rassicurante, dati i tempi, noti, della giustizia) ⁽²⁰²⁾.

Se la previsione della possibilità di un'esecuzione coattiva tramite lo strumento previsto dall'art. 2932 c.c. (e della trascrizione della relativa domanda giudiziale) già dimostra l'interesse del legislatore del 1942 per la tutela del promissario acquirente, l'introduzione della trascrivibilità del contratto preliminare ha segnato un ulteriore, enorme passo avanti in questo senso, verso la 'realità' del credito del promittente compratore ⁽²⁰³⁾.

3.2.2. *Significato giuristico della legge 30 del 1997: 'realità' del 'preliminare trascrivibile' e reintroduzione dell'antica scissione tra 'titulus' e 'modus acquirendi'.*

Una seconda considerazione, in parte già implicita nella prima,

⁽²⁰²⁾ Vedi *supra*, parte II, cap. I, § 2.2, ed in particolare § 2.2.5.

⁽²⁰³⁾ Dieci anni prima dell'intervento del 1997, A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare* cit., col. 686, si esprimeva a tal proposito in questi termini: "Una maggior protezione del promittente compratore, che giungesse a rendere opponibile ad ogni terzo il preliminare di vendita, dovrebbe passare attraverso le regole della pubblicità immobiliare. Soltanto così il cammino verso la realtà giungerebbe al suo massimo grado. Sarebbe però indispensabile una novella legislativa, che permettesse la trascrizione del preliminare di vendita di immobili: è infatti opinione pacifica che esso, producendo effetti obbligatori e non reali, sia escluso dal novero degli atti soggetti a trascrizione. (...) È comunque interessante notare, a conferma dell'importanza e della diffusione del preliminare di vendita nella contrattazione immobiliare, che sono spesso i pratici, sensibili alle esigenze concrete del traffico giuridico, a richiederne con vigore la trascrivibilità".

riguarda le conseguenze sul piano giusteorico dell'introduzione del preliminare trascrivibile.

Certo, la trascrivibilità del contratto preliminare si pone come ulteriore conferma della 'contrattualità' di esso, del suo ruolo preminente rispetto al definitivo. Più nello specifico, però, il problema che si è posto, e si pone, all'attenzione degli studiosi è quello del rapporto tra preliminare, o meglio, tra preliminare trascrivibile ed uno specifico contratto, la vendita obbligatoria ⁽²⁰⁴⁾.

In altri termini, la questione è se la trascrivibilità dei preliminari di contratti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari abbia semplicemente accelerato un processo già da tempo in atto ⁽²⁰⁵⁾, o abbia addirittura, invece, trasformato ⁽²⁰⁶⁾ il preliminare in un contratto definitivo con causa traslativa.

La trascrizione del preliminare comporta, infatti, un vincolo d'indisponibilità sul bene oggetto di esso a favore del promissario acquirente, efficace anche nei confronti dei terzi. Il promissario non acquista ancora la proprietà del bene, ma un 'diritto all'acquisto' opponibile ai terzi, una 'prenotazione di acquisto' con efficacia *erga omnes* ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁴⁾ L'argomento è stato di recente approfondito da A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 380 e ss.

⁽²⁰⁵⁾ In tal senso vedi A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., in particolare col. 698.

⁽²⁰⁶⁾ Si veda F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, cit., pp. 23-25, secondo il quale "la novella offre un argomento ormai decisivo in punto di ricostruzione del preliminare di vendita come vendita obbligatoria"; A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., pp. 131 e ss.. Vedi a tal proposito anche L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 4, che, confuta la tesi di Gazzoni.

⁽²⁰⁷⁾ La trascrizione ha un'efficacia prenotativa degli effetti della pubblicità del contratto definitivo (meccanismo già noto al legislatore del '42, che lo aveva introdotto relativamente alle domande giudiziali tra cui quella volta all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., come fa notare L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 6) e consente, quindi, di far prevalere la trascrizione del contratto definitivo (o atto equipollente) sulle trascrizioni ed iscrizioni che siano state eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Così, il testo dell'art. 2645-bis comma 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 (2932) dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare".

La posizione di quest'ultimo è quindi, in seguito alla trascrizione, molto vicina a quella di un vero e proprio compratore.

Il nuovo 'preliminare trascrivibile' (*rectius*: "trascritto") è ancora il preliminare tradizionale, o la 'realità' che lo caratterizza ne fa una figura diversa, a sé stante, e forse logisticamente collocabile tra preliminare e contratto (*rectius*: vendita) definitivo?

L'interrogativo ne coinvolge altri, logicamente precedenti, su cui la dottrina dibatte: la scelta codicistica di configurare la compravendita come un contratto consensuale con effetto traslativo ⁽²⁰⁸⁾ consente deroghe? E poi, subordinatamente all'eventuale soluzione positiva del primo, il contratto stipulato in deroga a tale principio, è ancora inquadrabile come 'vendita'?

Il primo quesito, oggetto di ampio dibattito in dottrina ⁽²⁰⁹⁾, sembra trovare risposta positiva nel preliminare ad effetti (totalmente) anticipati, che, come già evidenziato, si configura come un procedimento atipico, caratterizzato dalla presenza di un contratto ad effetti obbligatori, che obbliga, appunto, al pagamento del prezzo, alla consegna della cosa, ed al compimento, in un momento successivo, di un mero atto traslativo della proprietà, esecutivo del precedente contratto e, dunque, con causa 'esterna' ⁽²¹⁰⁾.

Anche ammettendo che la configurabilità di preliminari (*rectius*: accordi) ad effetti anticipati dimostri la possibilità per i privati di derogare al 'sacro' principio consensualistico, resta da risolvere il

⁽²⁰⁸⁾ Come risulta dal combinato disposto degli articoli 1376 e 1470 del codice civile:

art. 1376 c.c.: "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato";

art. 1470 c.c.: "La vendita è un contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo".

⁽²⁰⁹⁾ Vedi R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit, *Introduzione*, p. 5; più di recente, C. M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995, p. 5 e ss, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 5 e ss.

⁽²¹⁰⁾ Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 380 e ss.

secondo problema: se un tale schema di trasferimento della proprietà rientri ancora nel tipo 'vendita' (211).

Come già visto, l'inquadramento sistematico del preliminare ad effetti anticipati è controverso (212): si tratta di una figura ambigua, difficilmente riconducibile sia al contratto preliminare 'tradizionale', sia alla vendita 'ad effetti reali'.

L'opinione di quegli studiosi (213) che hanno visto nella sequenza 'preliminare' ad effetti anticipati — 'contratto' definitivo una vendita obbligatoria in senso stretto, in cui al contratto obbligatorio segue un atto puramente traslativo — configurando quindi l'obbligo nascente dal preliminare non come avente ad oggetto un *facere*, bensì ad un *dare* — sembra confermata dalla riforma del 1997.

Il nuovo 'preliminare trascrivibile' pare, infatti, completare il lungo *iter* verso la 'realità' del preliminare.

Se il preliminare ad effetti anticipati, caratterizzato dall'immediatezza del pagamento del prezzo e della consegna della cosa, è già, infatti, molto vicino ad una vendita definitiva, ancor di più lo è il 'preliminare trascrivibile' (che spesso, è opportuno ricordarlo, nella pratica è ad effetti anticipati): l'effetto prenotativo tutela finalmente il promissario acquirente anche nei confronti dei terzi; rende, in altri termini, il preliminare efficace *erga omnes*, differente dalla vendita, quindi, solo per l'assenza dell'effetto traslativo, il conseguimento del quale sembra essere ormai l'unica funzione del 'contratto' definitivo.

Si può parlare propriamente a proposito del preliminare trascrivibile, di una vera vendita obbligatoria?

Come poco prima evidenziato, sembra che il nostro codice affermi chiaramente che la vendita è sempre un contratto ad effetti reali, un contratto, cioè, in cui l'effetto traslativo non è mediato da un precedente effetto obbligatorio, ossia un'obbligazione di dare (214). Nor-

(211) Vedi R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., *Introduzione*, p. 5.

(212) Si vedano, circa i più recenti orientamenti dottrinali, le considerazioni svolte poco sopra e gli autori citati in note 203, 204, 205, 206.

(213) Vedi *supra*, nota 204

(214) Vedi in tal senso R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da R. Sacco, t. II, Torino, 1993, p. 56: "In realtà dal punto di vista logico e interpretativo nulla, proprio nulla, impedisce il riconoscimento, nel diritto italiano, della vendita con efficacia obbligatoria. L'art. 1376 prevede la vicenda reale come effetto di un consenso, il che vuol

malmente, l'effetto traslativo è anche cronologicamente immediato, producendosi al momento della manifestazione del consenso reciproco delle parti. Esistono dei casi, però, come la vendita futura o la vendita di cosa altrui, in cui l'effetto traslativo è successivo, eventuale e mediato da altri fatti od atti. Questi ultimi, comunque, non hanno causa traslativa autonoma, o 'interna', bensì 'esterna', in quanto propria del contratto di vendita.

Identico lo schema causale — profondamente diverso, quindi, da quello della vendita obbligatoria tedesca ⁽²¹⁵⁾ — che caratterizza la sequenza procedimentale del preliminare ad effetti anticipati, e che certo non muta neanche nel preliminare trascrivibile ⁽²¹⁶⁾.

Qualcuno ha visto nel configurarsi della causa del 'definitivo' come causa esterna, non solo una conferma della natura non negoziale, ma di 'atto dovuto' (meramente traslativo e trovante appunto la propria causa nel preliminare!) di esso, ma anche la vera 'deroga' al principio consensualistico, che non sarebbe affatto derogato se il definitivo fosse 'contratto' ad effetti reali con causa (anche) 'interna' ⁽²¹⁷⁾.

Altri, proprio per tale differenza di schema causale delle c.d. ipotesi di vendita obbligatoria rispetto alla vendita tedesca, riten-

dire di un consenso rivolto alla vicenda reale; ma non, invece, come effetto di una pura promessa di dare. L'articolo in esame prevede il riconoscimento dell'alienazione consensuale, ma senza allontanarsi dall'idea che questo si verifica in quanto effetto voluto; e non, invece, quando le parti abbiano voluto un'obbligazione".

⁽²¹⁵⁾ Su cui vedi *supra*, parte I, cap. II, § 2.2.3.

⁽²¹⁶⁾ Ma si veda F. FERRARI, *Principio consensualistico ed Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contratto e impresa*, 1992, I, pp. 889-898, in particolare p. 894, che differenzia proprio per questo aspetto i casi di c.d. vendita obbligatoria dalla promessa di vendita: "Si deve, però, rilevare che anche nei casi di vendita obbligatoria, che non va confusa con la promessa di vendita, l'effetto traslativo della proprietà resta, pur sempre, un effetto reale del contratto, e quindi non occorrerà una ulteriore manifestazione di consenso perché tale trasferimento abbia ad effettuarsi".

⁽²¹⁷⁾ Vedi in tal senso F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 13, ove l'autore scrive che il definitivo è appunto "un 'modus acquirendi', come tale caratterizzato da doverosità e quindi atto dovuto al pari dell'adempimento (...). Solo così la ricostruzione ha un senso, perché, se il definitivo fosse contratto ad effetti reali con causa (anche) interna, non vi sarebbe alcuna sostanziale deroga all'art. 1376, deroga che invece è evidente qualora l'effetto reale sia la risultante di un contratto ad effetti obbligatori seguito da un atto dovuto".

gono che il preliminare ad effetti anticipati, più che come 'vendita obbligatoria' debba qualificarsi come una 'sequenza o combinazione negoziale, legalmente atipica, con causa (unitaria) di vendita' ⁽²¹⁸⁾, e ciò anche a seguito dell'introduzione del 'preliminare trascrivibile', che, anzi, avrebbe accentuato la valenza procedimentale della sequenza preliminare-definitivo.

Non ci spetta rispondere alla questione, sulla quale ferve il dibattito, della possibile identificazione del contratto preliminare, e soprattutto del preliminare trascrivibile, con la vendita obbligatoria, anche perché — come risulta chiaramente dalle considerazioni appena svolte — sarebbe semplicistico sovrapporre le ipotesi nostrane di 'vendita obbligatoria' con la vendita obbligatoria tedesca.

Ad altri, quindi, il problema della possibilità di assimilare il preliminare alla 'vendita obbligatoria'.

Ci soffermiamo, invece, sull'aspetto più interessante ai nostri fini: quello 'funzionale'.

Grazie alla previsione della possibilità di trascrivere preliminari di contratti ad effetti reali si è finalmente ottenuto il risultato perseguito fin dalle origini otto-novecentesche del 'contratto preliminare': la scissione tra consenso ed effetto traslativo, tra *titulus* e *modus acquirendi*.

La realtà del preliminare trascrivibile — che giunge fino all'effetto prenotativo, efficace *erga omnes* — ne rafforza, infatti, la potenzialità traslativa, che tutt'oggi necessita però, per attuarsi, del definitivo, 'mero', dunque, ma necessario, *titulus acquirendi*.

Non si tratta di un ritorno al tanto avversato principio "promesse de vente vaut vente", inteso come equiparazione 'ontologica' e quindi effettuale, ma di un rafforzamento di esso nel suo significato originario, di garanzia dell'effetto ultimo, mediato, consistente nel trasferimento della proprietà.

Il preliminare trascrivibile si pone, dunque, come ultima tappa ⁽²¹⁹⁾ del lungo percorso verso la 'realità', realizzando il grado

⁽²¹⁸⁾ È questa la definizione che ne dà A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 5.

⁽²¹⁹⁾ Non sembra che le pur rilevanti innovazioni introdotte dalla recentissima emanazione del decreto legislativo n. 122 del 20 giugno 2005, attuativo della legge delega 2 agosto 2004, n. 210, comportino conseguenze particolarmente degne di nota sotto il profilo della 'realità' del preliminare.

massimo di 'realità' possibile, oltrepassando il quale — trasferendo cioè la proprietà — il preliminare si 'schiaccerebbe' completamente sul definitivo ⁽²²⁰⁾.

Si tratta di provvedimento che ben s'inserisce nell'ambito di quegli interventi — sui quali ci siamo ampiamente soffermati in questo capitolo — posti in essere dal legislatore al fine di tutelare il 'contraente debole'.

Più nello specifico, l'intento del legislatore è stato quello di creare concreti strumenti di protezione per i promissari acquirenti (e gli acquirenti) di immobili da costruire o in corso di costruzione, in caso di sottoposizione del costruttore a procedure concorsuali o espropriative. In quest'ottica devono essere, infatti, letti gli innovativi obblighi d'informazione e di garanzia introdotti dal provvedimento.

I primi consistono nell'inserimento nel preliminare di un contenuto tassativo, fino ad oggi prerogativa del solo contratto definitivo, e, proprio per questo, decisamente indicativo del ruolo primario che il preliminare ha assunto; i secondi comprendono diversi strumenti di tutela, quali: la garanzia fideiussoria il cui rilascio il costruttore deve procurare al promissario acquirente; l'assicurazione decennale per danni materiali e diretti all'immobile; il fondo di solidarietà per i promissari acquirenti che abbiano subito perdite a seguito dell'insolvenza del costruttore; il diritto di prelazione a favore del promissario acquirente che abbia adibito l'immobile ad abitazione principale; l'esclusione della revocatoria fallimentare per le vendite ad uso abitativo stipulate da società fallite; il diritto del promissario acquirente di un immobile già ipotecato dal venditore-costruttore di pretendere la suddivisione del finanziamento in quote e correlativamente il frazionamento dell'ipoteca a garanzia ed il conseguente obbligo della banca a provvedervi; ed infine l'impossibilità per il notaio di stipulare il contratto di compravendita senza la precedente o contestuale cancellazione, o frazionamento, dell'ipoteca.

Appare sin da ora chiaro il pregnante significato giuspolitico del decreto, che certo costituisce — almeno sulla carta — un fondamentale passo avanti verso l'effettiva tutela del contraente svantaggiato.

Per quanto attiene, invece, al profilo delle 'realità' del preliminare, essa diviene, grazie agli importanti strumenti di tutela offerti al promissario, sempre più 'intensa', ma non viene in alcun modo estesa oltre i confini già raggiunti con l'introduzione della trascrivibilità. Anzi, pare che, proprio l'introduzione degli strumenti di tutela descritti, atti ad arginare il rischio delle mancata stipula del definitivo, sottolinei, in realtà, la peculiare situazione di 'quasi-proprietario', e quindi di 'non-proprietario', del promissario acquirente. Per i primi commenti sul provvedimento, vedi A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit.; D. PALOMBELLA, *La tutela degli acquirenti immobiliari*, Milano, 2005; V. VITALONE, *Il contratto preliminare*, cit.; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente* (D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122), Milano, 2005.

⁽²²⁰⁾ L'espressione (utilizzata però per sostenere la tesi contraria) è di F. FERROLUZZI, *L'imputazione precontrattuale*, cit., p. 60.

INDICE DEI NOMI

- ADLER, K., 17, 106, 112, 113, 115, 120
ALABISO, A., 14, 108, 166, 230, 235, 236,
237, 238, 239
ALESSANDRO TARTAGNA, 28
ALESSI, R., 16, 261
ALLAIN, E., 89, 98
ALPA, G., 55, 139, 205
ANDREOLI, G., 228
ANGELO DEGLI UBALDI, 28
ARNAUD, A.J., 43, 55, 58, 65, 66, 74, 85
ASCOLI, A., 195, 197
ASQUINI, A., 216
ASTUTI, G., 6, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31,
33, 100, 138, 140, 141
AUBRY, C., 4, 57, 70, 78
AYNES, L., 89
AZARA, A., 141, 146, 205
BALDO DEGLI UBALDI, 28
BARTOLO DA SASSOFERRATO, 28
BARTOLOMEO DA SALICETO, 28
BASEVI, G., 100, 145
BAUDIN, E., 94
BECHMANN, A., 105
BENAC-SCHMIDT, F., 88
BERSANI, C., 151, 189
BESLER, G., 103
BESSONE, M., 2, 39
BETTI, E., 220, 230, 233
BIANCA, C.M., 38, 179, 253, 269
BIGOT DE PRÉAMENEU, F. 51
BLOMEYER, A., 123
BOBBIO, N., 50, 55
BOICEAU, J., 62
BONNECASE, J., 55, 58
BORSARI, L., 10, 151
BOULANGER, J., 84
BOURJON, F., 43
BOYER, L., 2, 6, 21, 25, 28, 30, 31, 32, 33,
80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87
BRANCA, G., 214, 219
BRECCIA, U., 259
BREIT, J., 109
BRODMANN, E., 124
BUSANI, A., 263
BUSSI, E., 142
BUTERA, A., 193, 197
CABELLA-PISU, L., 35, 36, 39, 155
CAGNOLI, G., 28.
CALAMANDREI, P., 137, 192, 194, 195, 196,
225
CAMBACÉRÈS, J.J. REGIS DE, 50
CANDIAN, A., 187
CAPITANT, H., 79
CAPPELLINI, P., 100, 168
CARVALE, M., 23, 191
CARLO ALBERTO DI SAVOIA, 143
CARNELUTTI, F., 1, 9, 14, 84, 137, 139, 170,
171, 180, 185, 186, 187, 188, 192, 195,
201, 217, 223, 230, 231, 232, 234, 238
CARRARA, G., 1, 9, 14, 28, 30, 170, 171,
180, 183, 184, 185, 187, 190, 191, 197,
198, 199, 217, 230
CASSINIS, G.B., 147
CASTRONOVO, C., 12, 16, 93, 96, 97, 169,
177, 256, 261
CAVANNA, A., 29
CENDON, P., 138
CHIANALE, A., 2, 16, 34, 35, 37, 38, 41, 72,
93, 130, 134, 152, 166, 262, 267, 268
CHIODI, G., 205, 206
CHIOVENDA, G., 13, 137, 170, 186, 190,

- 191, 192, 193, 194, 195, 196, 206, 208,
218, 225, 226
- CHIRONI, G.P., 137, 179, 191, 192, 194,
195
- CICALA, F.B., 99
- CICU, A., 228, 265
- CIOFFI, G., 49
- COCHIN, H., 63
- COING, H., 47
- COLAO, F., 142
- COLIN, A., 79
- COLLART-DUTILLEIL, F., 72, 94
- COLORNI, V., 42
- CORRADINI, D., 141
- CORRADINI, P.M., 28
- COSTAMAGNA, C., 216
- COTTURRI, G., 12, 120, 169, 172, 176, 177,
179, 198
- COVIELLO, L., 1, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 23, 28,
105, 119, 137, 139, 153, 160, 161, 162,
164, 165, 166, 167, 170, 171, 172, 173,
174, 175, 176, 177, 179, 180, 182, 195,
197, 198, 218
- COVIELLO, N., 170, 179, 191
- CURZIO, F., 28
- CUTURI, T., 158, 159, 160, 164
- DAGUESSAU, H.F., 43
- DALLARI, G., 212, 214
- DALLOZ, D., 66, 68, 87, 90, 91, 92, 94
- D'ANDREA, G., 105
- DANTY, N., 61
- D'AVANZO, W., 221
- DECIO, F., 28
- DE FILIPPIS, F., 10, 151, 156
- DEGENKOLB, H., 7, 10, 73, 99, 102, 103,
106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113,
115, 118, 119, 120, 126, 161, 162, 174,
175, 198
- DEGNI, F., 9, 170, 180, 182
- DEL ROSSO, F., 142
- DE MARINIS, D.A., 28
- DE MATTEIS, R., 2, 15, 16, 149, 150, 153,
155, 168, 171, 178, 200, 204, 207, 208,
249, 251, 254, 255, 256, 257, 259, 260,
261, 262, 269, 270
- DEMOGUE, R., 6, 78, 79
- DENTI, V., 225
- DERNBURG, H., 99
- DE RUGGIERO, R., 208
- DESCHE, B., 72, 97
- D'ETTORRE, G., 143
- DEZZA, E., 49, 100, 138
- DI DONATO, F., 55
- DI MAJO, A., 16, 177, 260, 262, 268
- DOMAT, J., 35, 43
- DONATI, A., 91, 92, 93, 94, 96, 97
- DONELLUS, H., 130
- DURANTI, G., 105
- DURANTON, A., 4, 45, 47, 56, 57, 64, 65, 66,
70
- DUVERGER, J.B., 58
- ENDMANN, F., 125
- FACHINEI, A., 28
- FAGGELLA, G., 9, 137, 170, 180, 189, 190,
194, 195, 201, 217
- FALZEA, A., 233
- FASSÓ, G., 55, 74
- FAURE, L.J., 53, 68
- FENET, P.A., 39, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54,
62, 63, 66, 68
- FERGUSON, A., 64
- FERRARA, F., 172, 179, 191
- FERRARI, F., 271
- FERRI, L., 228
- FERRO-LUZZI, F., 34, 48, 166, 213, 273
- FIORAVANTI, M., 52
- FLUME, W., 125
- FORCHIELLI, P., 14, 227
- FORTI, F., 142
- FRANCESCHELLI, V., 17, 264
- FUNAIOLI, C.A., 35, 38
- FURGUELE, G., 35
- FUSCO, S.A., 43
- GABBA, C.F., 9, 160, 179, 180, 182
- GABRIELLI, G., 14, 16, 17, 105, 207, 242,
243, 244, 245, 246, 247, 248, 252, 253,
256, 261, 264
- GAIO, 50
- GALEOTTI, A., 105
- GALEOTTI, L., 142

- GALEOTTI, S., 231, 232, 233
 GAMBARO, A., 265
 GAUDEMET, E., 79
 GAUDENZI, G., 206
 GAZZONI, F., 2, 16, 39, 92, 93, 97, 148, 166,
 177, 213, 239, 248, 262, 265, 268, 271
 GELLER, F., 102, 108, 113, 174
 GÉNY F., 74, 75, 77
 GHESTIN, J., 72, 89, 94, 97
 GHISALBERTI, C., 49, 138, 141
 GIANTURCO, E., 138
 GIANZANA, S., 145
 GIASON DEL MAINO, 28
 GIERKE, O. Von, 132
 GIORGI, G., 9, 10, 28, 150, 151, 156, 163,
 165, 174, 175, 176
 GIORGIANNI, M., 13, 208, 226, 227, 228
 GIOVANNI DA IMOLA, 28
 GIUSTI, A., 166, 218, 222
 GÖPPERT, H., 7, 102, 103, 104, 105, 113,
 120, 174, 175
 GORLA, G., 153
 GRANDI, D., 211, 212, 213, 215
 GRAZIANI, A., 187
 GREGORIO XVI, 142
 GRENIER, J., 46, 54, 63, 66, 68
 GROSSI, P., 5, 36, 37, 40, 49, 52, 73, 74, 77,
 139, 172, 179, 186, 191, 192, 195
 GROTIUS, H., 39, 40, 64
 GUCCIARDI, G., 193
 GUHL, T., 121
 GUILLOUARD, L., 70
 HALPÉRIN, J.L., 63, 65, 70, 74, 75, 77, 78,
 80
 HAMEL, J., 84
 HÉBRAUD, P., 85, 86
 HECK, P., 128, 132, 133
 HEINECCIUS, J.G., 64
 HENRICH, D., 2, 81, 101, 107, 116, 124, 126
 IMPALLOMENI, G.B., 99
 JESTAZ, P., 94, 96
 JHERING, R. VON, 75, 121
 JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L., 79
 KIPP, T., 131
 KNÜTEL, R., 129, 130, 132, 133
 LARENZ, K., 125, 128
 LAROMBIÈRE, L., 70
 LAURENT, F., 4, 56, 57, 62, 66, 67, 68, 69,
 70, 156, 158
 LAURENTI, E., 23, 28, 30, 141, 147
 LEDUC, E., 77, 78
 LENER, A., 16, 255, 261
 LEOPOLDO II, GRANDUCA DI TOSCANA, 142
 LOCÉ, J.G., 49
 LOMONACO, G., 10, 151, 163
 LUMINOSO, A., 16, 17, 262, 265, 268, 269,
 272, 273
 MACARIO, F., 257
 MALAURIE, P., 87, 89
 MALEVILLE J., 51, 63, 83
 MALINVAUD, P., 94, 96
 MANARA, U., 153
 MARCADÉ, V.N., 4, 47, 56, 58, 61, 62, 63,
 64, 66, 81
 MARGHERI, R., 102, 158
 MARICONDA, G., 265
 MARTONE, L., 172
 MASUCCI, V., 58
 MATTIROLO, L., 155
 MAURENBRECHER, R., 101
 MAZZAMUTO, S., 219, 220, 221
 MENGONI, L., 229, 265
 MERLE, R., 80
 MERLIN, P.A., 4, 46, 56, 57, 64
 MESSINEO, F., 12, 169, 177, 213, 225, 228,
 233, 239, 265
 METZDORF, G., 124
 MICHELI, G.A., 219, 225
 MIGLIETTI, V.M., 146, 147
 MIGLIO, B., 49
 MOLINAEUS, C., 28, 29, 30, 31, 60, 190
 MONATERI, P.G., 35
 MONTESANO, L., 13, 178, 223, 224, 225,
 225, 229, 252, 256
 MONTESQUIEU, C.L. DE SECONDAT, BARONE
 DI, 64
 MORELLO, U., 34, 48, 91
 MOSCHELLA, I., 1, 28, 32, 171
 NAPOLEONE BONAPARTE, 51

- NAPOLI, E.V., 38
 NATOLI, U., 228
 NICOLETTI, C.A., 14, 240, 241, 242
 NICOLÒ, R., 146, 205
 NIVARRA, L., 16, 266, 268
 NUCCI, 217
 OLIVIER-MARTIN, F., 29, 43
 PACIFICI-MAZZONI, E., 10, 151
 PALADINI, M., 166, 218, 222
 PALERMO, G., 213
 PALOMBELLA, D., 273
 PANDOLFELLI, G., 212, 214
 PANUNZIO, S., 217
 PAOLO DI CASTRO, 28
 PEREGO, E., 219, 247
 PETER, H., 121
 PETRELLI, G., 273
 PETRONIO, U., 39, 155
 PISANELLI, G., 146, 147
 PLANCK, G., 123
 PLANIOL, M., 79, 80
 POLACCO, V., 218
 PONTI P., 61
 PORTALE G., 16, 253, 261
 PORTALIS, J.E.M., 39, 45, 51, 52, 53, 62, 63, 68
 POTHIER, R.J., 35, 36, 37, 43, 56, 57, 80
 PRECERUTTI, E., 141
 PREDIERI, A., 259
 PUCHTA, G.F., 101
 PUFENDORF, S., 64, 101
 QUESNAY, F., 49
 RASCIO, R., 208, 229, 239, 240, 248, 253
 RAU, C., 4, 57, 70, 78
 RAYNAUD, P., 80
 REBUFFA, G., 49
 REMY, J.P., 55
 RESCIGNO, P., 219, 265
 RICCI, F., 10, 151
 RIEZLER, E., 123
 RIPERT, J., 80, 84
 ROBESPIERRE, M. DE, 50
 ROCCO, A., 208
 RODOTÀ, S., 192, 194, 195
 ROMANO, SALVATORE, 14, 231, 232, 233, 234, 235, 238
 ROTH, H., 109, 118
 ROTONDI, M., 142
 RUBINO, D., 253
 SACCO, R., 12, 169, 177, 270
 SALEILLES, R., 6, 21, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78
 SANDULLI, A.M., 233
 SANTARELLI, U., 43
 SANTORO-PASSARELLI, F., 233
 SATTA, S., 13, 207, 221, 222, 223, 225
 SAVIGNY, F.K. VON, 99, 101, 102, 130, 131
 SCADUTO, G., 179
 SCARPELLO, G., 212, 214
 SCHLESINGER, P., 229, 265
 SCHLOSSMANN, S., 7, 114, 115, 116, 121
 SCHMIDT, J., 91
 SCIALOJA, A., 214, 219
 SCIALOJA, V., 185, 186, 192
 SCOGNAMIGLIO, R., 214
 SCOZZAFAVA, O.T., 36
 SERAFINI, F., 189
 SOCINI, B., 28
 SOLARI, G., 49
 SPECIALE, R., 2, 7, 16, 34, 90, 91, 97, 98, 114, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 134, 169, 188, 196, 217, 221, 228, 239, 242, 247, 252, 253, 255, 258, 259, 262
 STAUDINGER, J. Von, 123
 STELLA RICHTER, M., 212, 214
 STINTZING, W., 7, 116, 117, 118, 121
 STOLFI, G., 35
 STORCH, H., 108, 113
 STROHAL, E., 123
 TALAMANCA, M., 35
 TARELLO, G., 49, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 64, 66, 69, 70, 186
 TERRÉ, F., 72, 88, 89
 THÖL, H., 7, 102, 103, 104, 120, 174
 TIRAQUELLUS, A., 28
 TOULLIER, C.B.M., 4, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 67, 81

- TRONCHET, F., 51
TRONO, G., 158
TROPLONG, R.T., 4, 28, 30, 39, 41, 42, 45,
56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65,
66, 71, 81
VASSALLI, F., 12, 38, 169
VECCHI, P.M., 34, 35, 38, 152, 155
VESPIGNANI, G.S., 28
VETTORI, G., 155
VITALONE, V., 17, 258, 263, 273
VON TUHR, A., 83, 121
WEILL, A., 72, 88, 89
WIEACKER, F., 42, 113
WINDSCHEID, B., 131
WOLFF, C., 64
ZACHARIAE VON LIGENTHAL, K.S., 4, 70
ZASIUS, U., 101

INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	1
-------------------------------	---

Parte prima

I MODELLI ISPIRATORI DEL 'CONTRATTO PRELIMINARE': LA 'PROMESSE DE VENTE' ED IL 'VORVERTRAG'

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO "PROMESSE DE VENTE VAUT VENTE" E L'EQUIPARAZIONE TRA PROMESSA DI CONTRATTO E CONTRATTO IN FRANCIA

1. La promessa bilaterale di vendita: considerazioni preliminari. Il problema del 'significato' dell'art. 1589 del <i>code civil</i>	21
2. L'art. 1589 <i>code civil</i> recepisce il brocardo "promesse de vente vaut vente".	23
2.1. Le origini ed il 'significato della formula' "promesse de vente vaut vente"	23
2.2. Motivi ispiratori dell'art. 1589 <i>code civil</i> e 'significato dell'introduzione' della formula "promesse de vente vaut vente".	33
2.2.1. L'affermazione del principio consensualistico in Francia	34
2.2.2. L'art. 1589 come strumento di reale affermazione del consensualismo	44
3. Il dibattito dottrinale successivo al <i>code civil</i> sull'interpretazione dell'art. 1589.	54
3.1. I 'tradizionalisti'	58
3.2. Gli 'innovatori'	64
3.3. Considerazioni sul dibattito.	71
4. L'influenza del <i>Vorvertrag</i> in Francia: l' <i>avant-contrat</i> tra promessa unilaterale e promessa sinallagmatica	72
4.1. L' <i>avant contrat</i> di Saleilles come 'traduzione' del <i>Vorvertrag</i> tedesco	72
4.2. Il trionfo della teoria dell'equiparazione nella civilistica della prima metà del '900	77

4.3.	Boyer: “Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats”: dal consensualismo alla formazione progressiva del contratto	80
5.	L'affermazione del <i>contrat préliminaire</i> tra esigenze pratiche e vincoli codicistici.	85
5.1.	“Promesse de vente vaut vente” e libertà contrattuale: tentativi di conciliazione nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti	85
5.2.	Il <i>contrat préliminaire</i> nei recenti interventi del legislatore in materia di immobili in corso di costruzione e di <i>location-accession</i>	91
5.2.1.	Il <i>contrat préliminaire</i> nella vendita d'immobili in costruzione.	92
5.2.2.	Il <i>contrat préliminaire</i> nella <i>location-accession</i>	95

CAPITOLO II

IL ‘VORVERTRAG’ NELLA DOTTRINA TEDESCA OTTO-NOVECENTESCA: “TODTE SCHULFIGUR ODER LEBENDIGE WIRKLICHKEIT?”

1.	L'elaborazione del <i>Vorvertrag</i> ad opera della Pandettistica tedesca.	99
1.1.	<i>Pactum de contrahendo</i> o <i>Vorvertrag</i> ? Il dibattito sul problema del nome.	102
1.2.	Il concetto di <i>Vorvertrag</i> ed il problema della sua ammissibilità. . .	104
1.3.	La dottrina del <i>Vorvertrag</i> di Degenkolb	106
1.4.	Critiche alla concezione degenkolbiana: il problema dell'utilità pratica del <i>Vorvertrag</i>	113
1.5.	I motivi di ‘approccio’ della dottrina tedesca al <i>Vorvertrag</i>	118
2.	Lo sviluppo teorico e pratico più recente: i principali temi del dibattito e la scarsa incidenza del <i>Vorvertrag</i> nella prassi	120
2.1.	Il dibattito dottrinale	120
2.1.1.	Il problema della forma: le soluzioni accolte dalla giurisprudenza e dalla dottrina.	122
2.1.2.	Il dibattito sul requisito della <i>Bestimmtheit</i> : la sovrapposizione tra <i>Vorvertrag</i> e <i>Hauptvertrag</i>	124
2.2.	La scarsa incidenza del <i>Vorvertrag</i> nella prassi contrattuale. Motivi. .	126
2.2.1.	L'eccessiva rigidità della <i>Bestimmtheit</i> : la mancanza di flessibilità del <i>Vorvertrag</i>	127
2.2.2.	L'assenza di un fondamento codicistico	127
2.2.3.	Il <i>dinglicher Vertrag</i> . La scissione tra <i>titulus</i> e <i>modus acquirendi</i> nella compravendita immobiliare tedesca.	128

Parte seconda
IL CONTRATTO PRELIMINARE

CAPITOLO I

LA GENESI ED IL SIGNIFICATO DEL 'CONTRATTO PRELIMINARE,
NEL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE
ANTECEDENTE AL CODICE DEL 1942

1.	La nascita del contratto preliminare: il principio della libertà contrattuale come giustificazione teorica del superamento del consenso traslativo. . . .	137
1.1.	L'influenza francese sui codici preunitari ed il silenzio del codice del 1865.	140
1.2.	Il dibattito dottrinale sulla promessa di vendita: l'interpretazione del silenzio del codice come rinvio ai 'principii generali'.	149
1.2.1.	L'influenza francese e l'inderogabilità del principio consensualistico.	149
1.2.2.	I primi tentativi di affermare l'autonomia della promessa di vendita: dal principio del 'consenso' a quello della 'libertà contrattuale'.	157
1.2.3.	Il problema della forma della promessa di vendita e della tutela per l'inadempimento.	162
1.3.	Dalla promessa di vendita al contratto preliminare.	166
1.3.1.	Il contratto preliminare di Leonardo Coviello	172
2.	I temi principali di dibattito dottrinale precedente al codice del 1942: la validità del preliminare e la tutela per l'inadempimento	181
2.1.	Il problema della validità del preliminare e del rapporto tra preliminare e definitivo nell'ambito della 'formazione del contratto'	181
2.1.1.	Il contratto preliminare come 'tappa' della 'formazione progressiva del contratto' di Francesco Carnelutti.	185
2.2.	Il problema della tutela per l'inadempimento	188
2.2.1.	La teoria di Faggella.	189
2.2.2.	La teoria di Chironi	191
2.2.3.	La tesi di Chiovena: la sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso	192
2.2.4.	Lo scontro teorico tra la sentenza costitutiva di Chiovena e la sentenza come atto di esecuzione forzata di Calamandrei. . .	194
2.2.5.	L'orientamento prevalente: il rimedio risarcitorio come unica forma di tutela per l'inadempimento. Motivazioni pratiche e nuove incongruenze giuridiche	196

CAPITOLO II
L'INTRODUZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE
NEL CODICE CIVILE DEL 1942
ED IL DIBATTITO AD ESSA SUCCESSIVO

1.	La codificazione del contratto preliminare: il progressivo allontanamento tra teoria e prassi	204
1.1.	Lo scontro tra schema teorico e funzione pratica del preliminare: tra <i>Vorvertrag</i> e compravendita obbligatoria	204
1.2.	Il Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927: un precedente delle scelte del codice del 1942	205
1.2.1.	Promessa di contratto e tutela per l'inadempimento tra sentenza costitutiva e risarcimento dei danni (art. 25)	206
1.2.2.	L'autonomia della promessa di vendita dalla vendita definitiva (art. 328)	207
1.3.	Il contratto preliminare nel codice del 1942.	209
1.3.1.	Il 'riconoscimento' codicistico del contratto preliminare	210
1.3.2.	L'introduzione dell'art. 2932 c.c.: nuovi temi di dibattito. La svolta 'dogmatica'	215
2.	'Contrattualità' del preliminare e 'contrattualità' del definitivo: una coesistenza possibile?	220
2.1.	La dottrina degli anni '50 e '60 tra svalutazione e tentativi di rivalutazione della 'negozialità' del definitivo: il fallimento delle teorie 'contrattualiste'.	220
2.2.	Il contratto preliminare come fase del procedimento di formazione del contratto. Le 'teorie procedimentali'.	229
2.3.	Le reazioni alle 'teorie procedimentali' nella dottrina degli anni '70	240
3.	Verso la 'realità' del preliminare: i più recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali ed il 'preliminare trascrivibile'	247
3.1.	Il 'preliminare ad effetti anticipati' nella dottrina e nella giurisprudenza degli ultimi trent'anni.	247
3.1.1.	La 'rivoluzione' giurisprudenziale degli anni '70-80: preliminare ad effetti anticipati e tutela del 'contraente debole'.	252
3.1.2.	La distinzione tra preliminare 'puro' e preliminare 'ad effetti anticipati' nel dibattito dottrinale più recente: difficoltà e tentativi di giustificazione teorica	260
3.2.	La legge 30 del 1997: il 'preliminare trascrivibile' come ultima fase del lungo <i>iter</i> verso la 'realità' del contratto preliminare	263
3.2.1.	Significato giuspolitico della legge 30 del 1997: 'preliminare trascrivibile' e tutela reale del promissario acquirente.	264
3.2.2.	Significato giusteorico della legge 30 del 1997: 'realità' del 'preliminare trascrivibile' e reintroduzione dell'antica scissione tra <i>titulus</i> e <i>modus acquirendi</i>	267
	<i>Indice dei nomi</i>	275

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gén y e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO
GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-
CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDEN-
TALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
 Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
 (1584-1654)
 Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
 Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
 LAICO
 III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
 (2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
 Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
 Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
 Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
 CLASSICO
 Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
 (2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
 Una riflessione di fine millennio
 Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
 A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
 (2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTIONE
 Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
 Ristampa
 (2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
 Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
 (2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
 Tomo I (1910-1927)
 A cura di Maria Vismara Missiroli
 (2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
 Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
 (2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
 Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
 (2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
 (SECOLI XVII-XX)
 (2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
 (2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*
(in preparazione)
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE

€ 28,00

3285-60

ISBN 88-14-13562-2



9 788814 135620