

## Il preliminare di compravendita o compromesso

**Autore:** Concas Alessandra

**In:** Diritto civile e commerciale

Il contratto preliminare rappresenta un esempio di disciplina legislativa non introdotta esclusivamente per rispondere ad una esigenza fortemente manifestata in ambito commerciale, ma anche per riparare ai danni provocati da scelte di fondo sul piano ideologico, in sede di formazione del codice civile.

Il codice del 1865 non prevedeva la possibilità di assumere un vincolo preliminare, e neanche di stipulare contratti preparatori, essendo caratterizzato dalla presenza in esso del modello del codice napoleonico che a sua volta, prevedeva espressamente il principio “promessa di vendita vale vendita”, in omaggio al dogma del consenso traslativo.

Per comprendere il motivo del frequente ricorso allo strumento contrattuale preliminare è necessario tenere presente che, da un lato, sul piano della concreta utilità in relazione alla sua disciplina positiva, esso è esclusivamente utilizzato in caso di compravendita e, dall’altro, che il venir meno del modello del *modus* distinto dal *titulus acquirendi* in nome di astratte idee, estranee dalla realtà dei traffici commerciali, ha determinato la necessità per i privati di inventare uno strumento giuridico atto a ricreare quell’antica scissione.

Il diritto romano ignorava a livello di tipicità quello che, con terminologia latina, ma non originaria, viene indicato come *pactum de contrahendo* o *de ineundo contractus*, che si poteva ricomprendere tra i *nuda pacta*, ed era reso vincolante con la forma solenne della *stipulatio* o come *pactum adiecto* ad un negozio civilmente valido.

La dottrina minoritaria francese ha tentato di dare vita a costruzioni idonee ad introdurre, sul piano

dell'autonomia privata, il preliminare, ipotizzando l'avant-contrat, che però ha finito per descrivere fenomeni eterogenei, come patti di opzione, di prelazione, accordi di principio, contratti-quadro, contratti di prova, che con il preliminare hanno in comune la inerenza al procedimento di formazione del regolamento contrattuale, cioè accordi di vendita subordinati a determinate condizioni, dove la complessità del regolamento potrebbe indurre a qualificare altrimenti la fattispecie, come rinvio della conclusione della vendita stessa.

Miglior sorte ha avuto la promessa unilaterale, che non incontra l'ostacolo della bilateralità della quale l'art. 1589 fa espressamente riferimento, mentre la prassi ha dato vita al *compromis sous seign privé*, con il quale le parti definiscono i termini del regolamento contrattuale e ne stabiliscono la reiterazione in forma pubblica, con possibilità di avvalersi, in caso di inadempimento, di un meccanismo di tutela analogo a quello previsto dall'art. 2932, o alla vendita con clausola di riservato dominio sino alla redazione dell'atto notarile o alla vendita condizionata sospensivamente alla stipula dell'atto pubblico.

il legislatore francese ha sentito la necessità di derogare alla rigidità dell'art. 1589 in due casi che, rapportati all'ordinamento italiano, sono, il primo, all'origine dell'elaborazione dottrinale del contratto preliminare e, il secondo, sul piano degli effetti anticipati, il miglior esempio della necessità di ritornare alle origini romanistiche.

La dottrina italiana sotto il vigore del codice del 1865 si doveva misurare con una realtà normativa, aperta.

Il codice civile, aveva recepito il principio del consenso traslativo, ma, a differenza di quelli preunitari, non aveva riprodotto l'art. 1589, e non aveva espressamente disciplinato il contratto preliminare.

Ci si trovava in una posizione di ambiguità ideologica e dogmatica, tipica delle soluzioni di compromesso.

Da un lato, si rinnegava la scissione romanistica tra *titulus* e *modus acquirendi*, dall'altro, non si affermava espressamente che la promessa di vendita vale vendita, consentendo in questo modo di ipotizzare, in nome dell'autonomia privata e della libertà di contrarre, l'assunzione di vincoli preliminari.

Ci si orientava in direzione degli ordinamenti di lingua tedesca che avevano mantenuto la tradizione romanistica.

La discussione dottrina di fine secolo, che si protrasse sino alla codificazione del preliminare nel 1942, era un contrasto tra giuristi di cultura francese e giuristi di cultura romanistico-tedesca, a dimostrazione del fatto che in materia di acquisto della proprietà, il codice tedesco dettasse regole opposte a quelle italiane.

Il contratto di compravendita tedesco produce sempre ed esclusivamente l'effetto non già reale, ma obbligatorio di vincolare il venditore a porre in essere il successivo negozio di trasferimento, astratto e non legato alla validità ed efficacia del precedente contratto obbligatorio, necessario alla iscrizione nei libri fondiari in caso di immobili o accompagnato dalla tradizione in caso di mobili.

Un sistema ben più garantista per i terzi, nel quale non sono opponibili i vizi del *titulus*, ma quelli del *modus acquirendi*, con notevoli vantaggi in sede di circolazione.

Su questa base commerciale, dottrina e giurisprudenza dissero la loro, in presenza di lacune normative come quelle del codice del 1865, e lo fecero al fine di disciplinare una esigenza sociale insopprimibile.

In questo modo, per circa mezzo secolo il dibattito sul contratto preliminare fu ampio e a volte confuso e contraddittorio, il suo ambito di applicazione si era spinto al di là della vendita.

Ci si chiedeva se la disciplina della promessa dovesse essere quella stessa del futuro contratto, in specie riguardo la forma da osservare, e se il vincolo preliminare fosse coercibile, configurandosi la dichiarazione di volontà alla stregua di un *facere infungibile*.

Il codice del 1942 ha risposto a questi interrogativi prendendo posizione netta, ma non per questo inequivoca.

A questo fine sono state sufficienti tre norme.

Con la prima, riduttivamente posta nel contesto della disciplina sulla forma (art. 1351), il legislatore, da un lato, ha dimostrato di considerare lo strumento della promessa di contrarre idonea, a rivestire qualsiasi contenuto, diventando almeno in teoria, una categoria generale, dall'altro, ha inteso dettare una regola che non può essere limitata al profilo formale, ma si estende all'intera disciplina del definitivo, con un parallelismo che pone già le basi per una corretta ricostruzione dell'azione.

Con la seconda norma, il legislatore, sconvolgendo, in apparenza, le regole dell'autonomia privata e della libertà del volere, ha previsto l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre rimasto inadempito, realizzata attraverso sentenza, che produce gli effetti del contratto non concluso (art. 2932).

Con la terza, ha dettato, in favore del promittente acquirente, una regola pubblicitaria adatta a garantire, a determinate condizioni, la tempestiva opponibilità della sentenza ai terzi aventi causa dal promittente alienante (art. 2652 n. 2).

Con legge speciale, sono state apportate modificazioni e integrazioni al codice civile per disciplinare alcune vicende relative alla promessa, soprattutto di vendita, una volta curata la trascrizione.

Il dibattito dottrinario, lontano dall'esaurirsi, ha ricevuto, dalla tipizzazione del preliminare, una spinta più decisiva, perché si trattava di conciliare l'inconciliabile, se si vuole sostenere la negoziabilità del definitivo, anche in presenza dell'alternativa costituita dalla sentenza, oppure di prendere atto che il tentativo di reintrodurre la scissione tra fase obbligatoria e fase reale del trasferimento di proprietà non poteva che condurre, in nome della coerenza, alla accettazione del modello romanistico o ad una svalutazione della rilevanza del definitivo.

Le molte teorie che sono state proposte possono essere ricondotte a due categorie, a seconda che il definitivo sia considerato un contratto, anche in presenza di una eseguibilità forzata, o di un atto dovuto di adempimento.

In questo secondo caso, la svalutazione del definitivo condurrà a vedere nel preliminare il centro motore dell'azione, o con un ritorno al principio promessa di vendita vale vendita, o con la riproposizione della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, arrivando con estrema coerenza a identificare la promessa di vendita con l'unico vero caso di vendita obbligatoria.

L'elemento comune di queste teorie, anche se con intensità diversa, è quello di avere riferimento concreto la compravendita, con un ritorno alle origini, che è inevitabile se si considera che la giurisprudenza, nelle quali entenze si rispecchia la realtà delle contrattazioni, si è dovuta occupare quasi esclusivamente di liti nate dalla relativa promessa, dovendo sottolineare che in questa materia l'apporto dei giudici è stato non fondamentale, ma anche lungimirante, superando la dottrina spesso ancorata a dogmatismi di maniera o impegnata in battaglie di retroguardia.

<https://www.diritto.it/il-preliminare-di-compravendita-o-compromesso/>