



Venerdì 24/09/2010

## LA NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO PRELIMINARE

A cura di: *Diritto.it*

Per oltre un secolo, il dibattito dottrinale sul preliminare ha riguardato la configurabilità stessa di tale istituto nel nostro ordinamento giuridico, la forma di tutela da apportare al promissario diligente nel caso di inadempimento dell'altro contraente e il suo ambito di applicazione limitato o no alla vendita.

Con la tipizzazione del contratto preliminare, ad opera del legislatore del 1942, si credeva che i diversi orientamenti potessero essere ridotti ad unità.

In verità la previsione di poche norme per giunta settoriali, come l'articolo 1351 cod. civ. che non lo definisce ma ne prevede solo la forma per relationem, ha alimentato ancora di più le dispute sul preliminare, che è sembrato essere una formula vuota da riempire di significato.

In particolare l'attenzione si è soffermata sulla natura giuridica del preliminare e del definitivo e sui loro rapporti.

Le molte teorie che sono state proposte possono essere ricondotte a due categorie, a seconda che il definitivo sia considerato un contratto (tesi c.d. francese), pur in presenza dell'alternativa costituita dalla sentenza ai sensi dell'articolo 2932, ovvero di un atto dovuto di adempimento (tesi c.d. tedesca).

Elemento comune di tutte queste teorie è quello di avere esaminato la natura giuridica del contratto preliminare di compravendita, in conseguenza del fatto che, come già è stato detto, la giurisprudenza si è occupata, in prevalenza, di dirimere liti in merito a tale tipologia contrattuale.

### La ricostruzione teorica tradizionale

Secondo ampia dottrina il definitivo va qualificato sia come contratto, ed in quanto tale costituisce esercizio di autonomia privata, sia come atto dovuto, in quanto adempimento di una obbligazione, ipotizzando una duplicità di cause concorrenti.

Stabilito tale principio di carattere generale, tra gli stessi fautori della dottrina tradizionale, emergono alcune divergenze a proposito della causa del contratto definitivo.

Un primo orientamento riconosce pari dignità sia al profilo causale proprio del definitivo sia alla causa solvendi. (CARIOTA FERRARA L.)

Tale teoria, risalente nel tempo, è stata di recente ripresa e sviluppata da N. Visalli il quale ha affermato che è ben possibile la coesistenza della natura negoziale e di adempimento di un preesistente obbligo nello stesso atto e che la natura negoziale del definitivo deriva dalla funzione principale svolta dallo stesso che è il c.d. controllo delle sopravvenienze.

Tale orientamento è supportato da alcune previsioni codicistiche.

Alcuni autori aderendo a questo orientamento hanno cercato di stabilire con quali modalità si pone la relazione tra la causa solutoria e causa negoziale.



In particolare si è affermato (NICOLO' R.) che il rapporto esistente tra atto del debitore e negozio giuridico sia quello tra contenente (atto dovuto) e contenuto (volontà della conclusione del definitivo) con non poche critiche.

Resta in ogni caso difficoltoso per i fautori di tale orientamento spiegare come un singolo atto possa avere due cause distinte e separate.

Gli assertori della teoria della doppia causa si sono posti il problema delle conseguenze, sul successivo negozio, dell'invalidità della premessa. Cariota Ferrara ha sostenuto che la nullità e l'annullabilità del preliminare non reagiscono sul definitivo; altri autori hanno teorizzato la possibilità di chiedere la ripetizione della prestazione effettuata col secondo contratto. (RASCIO R.)

Un secondo orientamento attribuisce maggiore rilevanza alla causa solvendi su quella propria del definitivo, specie in caso di contratti ad effetti reali. (GIORGIANNI M.)

Questa opinione si sta affermando soprattutto in riferimento al preliminare di vendita dove il definitivo è visto come atto traslativo solvendi causa e come tale non astratto, perciò non contrastante con il principio causalistico.

Secondo grande parte della dottrina e la giurisprudenza quasi unanime, nel definitivo assume importanza prevalente il profilo causale cosiddetto interno, lasciando uno spazio residuo molto limitato alla causa solvendi.

Qualcuno ha affermato che il contratto definitivo tende a riprodurre nel suo seno l'intera struttura negoziale (consenso più causa) e quindi appare difficile assegnargli anche valore di mero atto esecutivo di un accordo precedente. (DI MAJO A.)

Il preliminare si atterrebbe dunque quale "mero presupposto di fatto e/o guida o parametro" per la futura condotta negoziale delle parti.

Aderisce a tale orientamento un altro autore (MAZZAMUTO S.) il quale però traccia una linea di demarcazione tra la sequenza preliminare definitivo e quella tra preliminare-sentenza costitutiva: nel primo caso si espande pienamente il potere di autonomia privata delle parti; nel secondo caso invece c'è una attuazione coattiva del programma obbligatorio che può tollerare solo un intervento di verifica e specificazione del giudice.

La giurisprudenza, anche se nelle sentenze difetta un rigoroso approfondimento teorico dei concetti, ha statuito la funzione solutoria e, in pari tempo, negoziale del contratto definitivo con l'enunciazione di due postulati: primo, esso non deve avere un contenuto tale da alterare la fisionomia del preliminare nei connotati essenziali; secondo, la sua funzione solutoria prevale se quella negoziale non si può sviluppare autonomamente su alcuni elementi oggettivi secondari per mancanza di accordo tra le parti. Per visualizzare l'intero articolo di Gioacchino Genchi clicca qui.

Fonte: *Diritto & Diritti*