

1. *Il preliminare tra scelta francese e tedesca*

Il contratto preliminare è esempio di disciplina legislativa introdotta non solo per rispondere ad una esigenza fortemente manifestata a livello dei commerci, ma anche per riparare ai danni provocati da pregresse scelte di fondo sul piano ideologico, in sede di formazione del codice civile.

Come è noto, infatti, il codice del 1865 non prevedeva la possibilità di assumere un vincolo preliminare, né, più in generale, di stipulare contratti c.d. preparatori, essendo esso stato ricalcato sul modello del codice napoleonico che, a sua volta, espressamente prevedeva 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 dunque necessario tenere presente che, da un lato, sul piano della concreta utilità in relazione alla sua disciplina positiva, esso è pressoché esclusivamente utilizzato in caso di compravendita e, dall'altro, che proprio il venir meno del modello del *modus* distinto dal *titulus adquirendi* in nome di astratte idee, totalmente avulse 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 quel che, con terminologia latina, ma non originaria, viene indicato come *pactum de contrahendo* o *de ineundo contractus*. Esso poteva solo ricomprendersi tra i *nuda pacta*, reso pertanto vincolante con la forma solenne della *stipulatio* o quale *pactum adiecto* ad un negozio civilmente valido¹.

Anche se sussistevano differenze, specie dal punto di vista del passaggio del rischio, operante in presenza del solo accordo², la promessa si presentava come una sorta di duplicato, se si considera che la sua massima utilità consisteva, come è oggi per il preliminare, nello scindere l'operazione in una prima fase obbligatoria, seguita da un'altra esecutivo-traslativa, quella scissione, cioè,

¹ FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, p. 684; ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, p. 1 ss.

² B. BIONDI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, Catania, 1930, p. 272 il quale chiarisce che il passaggio del rischio era compensato dalla responsabilità per custodia che incombeva sul venditore.

già ricorrente, in caso di vendita, con chiara evidenza nello schema di una promessa seguita dalla *traditio*, assistita da una *iusta causa*. Essa (è bene sottolinearlo fin da ora con riferimento a quanto si dirà a proposito della causa del definitivo) non «è un superfluo ripetersi di un consenso *de dominio transfere*ndo già implicito nel precedente contratto. Bensì è *iusta causa* la *solutio* dell'obbligazione derivante dal negozio giuridico anteriore, da cui l'atto trae forza liberatoria e che ne determina gli effetti»³. Ma anche lo schema della vendita consensuale, della *emptio-venditio*, prevedeva solo la nascita dell'obbligo di consegnare la cosa e di pagare il prezzo, dipendendo l'acquisto della proprietà dal maturarsi dell'usucapione, assistito dalla garanzia per l'evizione a carico del venditore⁴.

Nel diritto comune la scissione, da un lato, conduceva a dire che la promessa di vendita era già vendita⁵, ma, dall'altro, entrò in crisi quando si cominciò, nella pratica commerciale, a sostituire la preventiva o contestuale consegna del bene con una clausola di spossessamento del tipo costituito possessorio, in base alla quale l'alienante diveniva, da proprietario, detentore della cosa, con obbligo di consegnarla all'acquirente. Questa clausola divenne, con il tempo, meramente di stile, al punto che essa si riteneva tacitamente concordata, in assenza di esplicita menzione.

Di qui l'ulteriore, inevitabile, acquisizione, anche a livello di principi informativi oltre che di pratica commerciale, della regola in base alla quale il consenso è sufficiente al trasferimento della proprietà del bene.

Il principio del consenso traslativo si affermò anche grazie agli entusiasmi utopistici del giusnaturalismo groziano, secondo cui l'imperativo categorico della morale sarebbe stato sufficiente a garantire l'osservanza dei patti, dimenticando che il diritto ha il compito di prevenire le liti e di assicurare l'ordine dei commerci, sul presupposto incontrovertibile che l'uomo tende a non osservare i patti stessi, pur se liberamente assunti.

E così il codice napoleonico, accogliendo con grande enfasi detta regola, da un lato, determinò la paralisi dei traffici con l'affidare al criterio della priorità temporale (*prior in tempore*) la risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dallo stesso autore e, dall'altro, dettò all'art. 1589 il principio secondo cui *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux partis*

³ C.A. FUNAJOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 34.

⁴ M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, spec. p. 370 ss. in generale e p. 380 ss. con riguardo all'obbligazione *dipossessionem tradere* di cui è discussa la distinzione rispetto all'obbligazione di trasferire la proprietà, che non sarebbe stata compravendita, ma semplice *datio ob rem*. Cfr. anche DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994, p. 95 ss.

⁵ ASTUTI, *Promesse de vent vaut vente*, in *Riv. st. dir. it.*, 1953-1954, p. 247 ss.

sur la chose et sur le prix», in tal modo impedendo il ricrearsi di quella scissione che il principio del consenso traslativo aveva fatto venir meno⁶.

Alla prima (e più grave) follia si rimediò dettando nel 1855 una legge speciale⁷, mentre alla seconda non si ritenne di dover porre rimedio. Di conseguenza può ben dirsi che il principio del consensualismo «nasce storicamente come regola parzialmente liberatoria ma anche parzialmente liberticida, perché preclude alle parti, d'ora in avanti, la costituzione di obbligazioni di dare. Consensualismo e autonomia del volere si trovano ormai, in Francia, in un conflitto che l'occhio esperto può identificare»⁸.

La dottrina francese minoritaria ha tentato di dar vita a costruzioni idonee ad introdurre, sul piano dell'autonomia privata, il preliminare, ipotizzando l'*avant-contrat*⁹, che però ha finito per descrivere fenomeni eterogenei, quali patti di opzione, di prelazione, accordi di principio, contratti-quadro, contratti di prova, che con il preliminare hanno in comune la sola inerenza al procedimento di formazione del regolamento contrattuale¹⁰, ovvero accordi bensì di vendita, ma subordinati a determinate condizioni, là dove la complessità del regolamento potrebbe indurre a qualificare altrimenti la fattispecie, come rinvio della conclusione della vendita stessa¹¹.

Miglior sorte ha avuto la promessa unilaterale, che non incontra l'ostacolo della bilateralità cui l'art. 1589 fa espressamente riferimento¹², mentre la prassi ha dato vita al *compromis sous seign privé* (con il quale le parti definiscono i termini del regolamento contrattuale e ne pattuiscono 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)¹³, o alla vendita con

⁶ Un'analisi della situazione francese, anche attuale, è in GHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 678 ss. e voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 292.

⁷ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998², pp. 12-13. Ampia ricostruzione in GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, p. 25 ss.

⁸ SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004³, p. 42.

⁹ BOYER, *Les promesses synallagmatique de vente. Contribution à la théorie des avants-contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 1 ss. e *Promesse de vent*, in *Enc. Dalloz, Dr. Civ.*, Paris, 1974, n. 167 ss.

¹⁰ Cfr. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: Les risques de désordre*, in *Droit et patrimoine*, 1995, p. 62 ss.

¹¹ GHESTIN-DESCHÉ, *Traité des contrats. La vent*, Paris, 1990, pp. 180-181.

¹² BENAC-SCHMIDT, *La promesse unilatérale de vente*, ecc., in *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, p. 7 ss.; FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 96 ss.

¹³ GHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 101;

clausola di riservato dominio fino alla redazione dell'atto notarile o alla vendita condizionata sospensivamente alla stipula dell'atto pubblico¹⁴.

C'è peraltro da segnalare che la l. 3 gennaio 1967, n. 67-3 disciplinando la vendita di immobili in costruzione ha previsto la possibilità per i privati di ricorrere ad un *contrat préliminaire*, in forza del quale, come corrispettivo di un deposito di garanzia su un conto speciale, il venditore si obbliga a riservare al compratore un immobile o una porzione di immobile (art. 11). Benché configurato dalla legge come unilaterale, l'obbligo può anche essere assunto, secondo orientamento dominante, dal futuro acquirente. Egualmente è a dirsi per l'art. 3, l. 12 luglio 1984, n. 84-595 che disciplina la c.d. *location-accession*, molto simile al c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati elaborato della prassi italiana [*infra* § 3c]¹⁵.

È significativo che il legislatore francese abbia sentito la necessità di derogare, nella sostanza, 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 doveva misurarsi, per parte sua, con una realtà normativa, per così dire, aperta. Il codice civile, infatti, aveva bensì recepito il principio del consenso traslativo, ma, a differenza di quelli preunitari, non aveva riprodotto l'art. 1589¹⁶, né, peraltro, aveva espressamente disciplinato il contratto preliminare.

Ci si trovava pertanto in una posizione di ambiguità ideologica e dogmatica, tipica delle soluzioni di compromesso tanto care agli italici governanti. Da un lato, infatti, si rinnegava la scissione romanistica tra *titulus* e *modus adquirendi*, ma, dall'altro, non si affermava espressamente che la promessa di vendita vale vendita, così permettendo di ipotizzare, in nome dell'autonomia privata e della libertà di contrarre, l'assunzione di vincoli preliminari. In tal modo ci si orientava, di fatto, in direzione degli ordinamenti di lingua tedesca che avevano mantenuto la tradizione romanistica.

Ecco dunque che la discussione dottrinale di fine secolo, protrattasi poi fi

SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 165 e *ivi* n. 37 per richiami.

¹⁴ SCHMIDT, *Note de Cour de Cassation 14 janvier 1987*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1988, p. 81 ss. ove ampi riferimenti e stato della questione.

¹⁵ Su entrambe le leggi cfr. SPECIALE, *op. cit.*, p. 170 ss. e *ivi* richiami.

¹⁶ Cfr. ad esempio artt. 1595-1596 Codice per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna; art. 1394 Codice di Parma, Piacenza e Guastalla; artt. 1434-1435 delle leggi civili per il Regno delle due Sicilie. Un riferimento alla promessa di vendere e comprare, che obbligava a «fare il contratto di compra e vendita senza potersi liberare prestando l'interesse» figurava invece all'art. VII tit. XXV Cost. di Modena.

no alla codificazione del preliminare nel 1942, era, in buona sostanza, un contrasto tra giuristi di cultura francese e giuristi di cultura romanistico-tedesca¹⁷, ad onta del fatto che, in materia di acquisto della proprietà, il B.G.B. dettasse regole opposte a quelle italiane. Il contratto di compravendita tedesco produce infatti sempre e solo l'effetto non già reale, ma obbligatorio di vincolare il venditore a porre in essere il successivo negozio di trasferimento (per di più astratto e dunque non legato alla validità ed efficacia del precedente contratto obbligatorio), necessario alla iscrizione nei libri fondiari in caso di immobili o accompagnato dalla *traditio* in caso di mobili. Sistema questo, oltre tutto, ben più garantista per i terzi, cui non sono opponibili i vizi *dekitulus*, ma solo quelli del *modus acquirendi*, con notevoli vantaggi in sede di circolazione¹⁸.

Poiché, dunque, la scissione è organica all'operazione traslativa tedesca, il contratto preliminare non ha senso in quell'ordinamento. Si comprende allora perché il tentativo di elaborazione dottrinale del *Vorvertrag* non sia riuscito, risolvendosi esso, a tutto concedere, in una maggiore articolazione della fase delle trattative¹⁹.

Senonché questo strumento ben poteva, una volta introdotto all'interno dell'ordinamento italiano, creare un nuovo equilibrio, nel senso di affiancare la promessa al consenso traslativo. Ed infatti ad esso si richiamavano i nostri giuristi, ed in particolare Leonardo Coviello sen., saldamente ancorati alla tradizione del diritto romano e della pandettistica.

Ma questi giuristi non mancarono di sostenere le proprie ragioni con un'analisi della realtà dei commerci tanto fine quanto inusuale per i tempi, indicando espressamente nel preliminare lo strumento idoneo a contrarre «nei casi in cui non si può, da una parte, concludere il contratto definitivo, senza certe autorizzazioni che richiedono tempo, e non si vuole rimanere, come suol dirsi, con le mosche in mano»²⁰.

È più che evidente il riferimento alla promessa di vendita di immobili ancora da costruire²¹, ipotesi, questa, ancora attualissima sia nella prassi com-

¹⁷ Secondo COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, in *Dem. e diritto*, 1974, p. 305 la dottrina sembrava quasi orientare «le proprie mode culturali sulla scelta di politica estera del nostro Paese».

¹⁸ GAZZONI, *op. cit.*, p. 20 ss.; DI MAJO, voce *Causa*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 3.

¹⁹ HENRICH, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 701; SPECIALE, *Il «Vorvertrag»*, ecc., in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 45 ss. e *Contratti preliminari*, cit., pp. 4 ss. e 145 ss. Riferimenti anche in GHIANALE, *Obbligazione di dare*, cit., pp. 99-100.

²⁰ L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, p. 7, n. 2 (poi trasfuso nella voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, s. III, Milano, 1902, p. 68 ss.), citando Giorgi.

²¹ Sul punto cfr. la ricostruzione storica di COTTURRI, *op. cit.*, p. 305 ma anche la precisa-

merciale italiana (contratto preliminare di vendita di cosa futura), che francese, tanto che quel legislatore, come già detto, ha ritenuto di doverla disciplinare in via eccezionale, mentre quello italiano ha dettato norme in tema di opponibilità della promessa stessa (art. 2645 *bis*) e ha poi ampliato la tutela con il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 [*infra* §§ 21 e 22]. In questo contesto economico 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 acquirente²².

Su questa base commerciale intervennero, in presenza di lacune normative quali quelle del codice del 1865, dottrina e giurisprudenza, al fine di disciplinare una esigenza sociale evidentemente insopprimibile. E così per circa mezzo secolo il dibattito sul contratto preliminare fu ampio e a volte confuso e contraddittorio, essendosi oltre tutto dilatato il suo ambito di applicazione al di là della sola vendita. Ci si chiedeva se la disciplina della promessa dovesse essere quella stessa del futuro contratto, in specie in punto di forma da osservare, e se il vincolo preliminare fosse coercibile, configurandosi la dichiarazione di volontà alla stregua di un *facere* infungibile.

2. Le teorie

Il codice del 1942 ha risposto a questi interrogativi prendendo posizione netta, ma non per questo inequivoca. Sono state sufficienti, allo scopo, 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, in linea di principio, a rivestire qualivoglia contenuto, divenendo così, 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'operazione. Con la seconda norma, poi, il legislatore, sconvolgendo, in apparenza, le regole dell'autonomia privata e della libertà del volere, ha previsto l'esecuzione forzata in

zione di RESCIGNO, *Riflessioni, ecc.*, in *La tutela dell'acquirente nella contrattazione immobiliare* (Nuovi quaderni di *Vita not.*, n. 7), Palermo, 1985, p. 104, il quale ricorda che a spingere in direzione della coercibilità dell'obbligo a contrarre fu la categoria dei costruttori, più debole di quella degli acquirenti in un'epoca in cui l'offerta era superiore alla domanda.

²² COTTURRI, *op. cit.*, pp. 308-309, seguito da DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 6, ha individuato gli interessi economici che sottostanno all'uso del preliminare, al di là delle discussioni dogmatiche. Cfr. anche C ASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, p. 36.

forma specifica dell'obbligo di contrarre restato inadempito, realizzata mediante sentenza, che produce gli effetti del contratto non concluso (art. 2932). Con la terza, infine, ha dettato, in favore del promittente acquirente, una regola pubblicitaria atta a garantire, a date condizioni, la tempestiva opponibilità della sentenza ai terzi aventi causa dal promittente alienante (art. 2652 n. 2). C'è anche da dire che, con legge speciale, sono state apportate modificazioni e integrazioni al codice civile per disciplinare talune vicende relative alla promessa, in specie di vendita, una volta curata la trascrizione [*infra* § 21].

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 negoziabilità 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.

Le molte teorie che sono state proposte possono dunque essere ricondotte a due categorie, a seconda che il definitivo sia considerato un contratto, pur in presenza di un'eseguibilità forzata, ovvero di un atto dovuto di adempimento. In questo secondo caso, poi, la svalutazione del definitivo condurrà a vedere nel preliminare il centro motore dell'operazione o con un sostanziale ritorno al principio promessa di vendita vale vendita, o con la riproposizione della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, giungendo con estrema coerenza ad identificare la promessa di vendita con un caso, anzi con l'unico vero caso, di vendita obbligatoria.

Tratto comune di tutte le teorie, sia pure con intensità diversa, è quello di avere come punto di riferimento concreto la compravendita, con un ritorno alle origini, inevitabile se si considera che la giurisprudenza, nelle cui sentenze si rispecchia la realtà delle contrattazioni, si è dovuta occupare e non a caso [*infra* § 9a] pressoché esclusivamente di liti nate dalla relativa promessa. E fin da ora va sottolineato che in questa materia l'apporto dei giudici è stato non solo fondamentale, ma anche stranamente lungimirante, sopravanzando la dottrina, spesso ancorata a dogmatismi di maniera o impegnata in battaglie di retroguardia.

a) Le teorie contrattualiste devono spiegare quale senso abbia la negoziabilità riferita ad un atto (il c.d. contratto definitivo) che, da un lato, sul piano del contenuto è già prefissato e, dall'altro, sul piano della libertà del volere, è dovuto alla stregua di un atto di adempimento.

Dal primo punto di vista la dottrina tradizionale ritiene che dal preliminare nasca un vincolo meno intenso, perché il contenuto del contratto non sarebbe ancora completamente definito ed anzi la funzione del definitivo sarebbe proprio quella di completarlo. Il significato del preliminare si troverebbe allora nel

la pattuizione di una riserva di completamento²³, che in verità, se tecnicamente intesa, sarebbe solo in grado di spostare la promessa dall'assunzione dell'obbligo a contrarre all'assunzione dell'obbligo di contrattare [*infra* § 4], confondendo i termini della questione e riproponendo vecchie idee e vecchi dubbi, possibili solo sotto il vigore del codice del 1865, là dove si discuteva se il preliminare fosse contratto a sé stante o non si situasse invece a livello di trattative.

Quanto alla compatibilità tra attività negoziale e attività solutoria del definitivo, la dottrina tradizionale ipotizza una duplicità di cause concorrenti, per cui estinzione dell'obbligo e conclusione del contratto sarebbero contemporanee o l'una sarebbe la conseguenza dell'altra²⁴.

In tal modo, come ha osservato autorevole dottrina, l'atto dovuto non ha più autonoma rilevanza: «il contratto sarebbe causa estintiva dell'obbligo per esaurimento dello scopo, di guisa che l'obbligo a contrarre sarebbe destinato *ab origine* a rimanere irrealizzabile per adempimento, ammettendosene l'estinzione solo per effetto dell'avvenuto contratto (anche concluso senza la minima volontà di adempiere)»²⁵.

Né l'obiezione può essere superata con un pur brillante artificio linguistico, ipotizzando tra atto dovuto del debitore e contratto «una relazione di contenente e contenuto», cosicché la funzione negoziale seguirebbe a quella solutoria, una volta che la dichiarazione di volontà si fosse liberata «dall'involucro dell'atto dovuto»²⁶. Quel che accade nel mondo delle farfalle non sembra, infatti, trasferibile nel mondo del diritto.

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 interessi²⁷. 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»²⁸. Il problema dell'atto dovuto resta pertanto comunque aperto.

²³ NICOLETTI, *Significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 401 ss. nonché gli AA. citati *infra* § 4.

²⁴ Per la dottrina risalente CARIOTA-FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, XXXVI, 1950, 214. Da ultimo VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, p. 79 ss.

²⁵ RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 118, n. 82.

²⁶ NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 557.

²⁷ ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 96 ss. e 151 ss.

²⁸ GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 116.

Secondo altra dottrina il definitivo opererebbe non sul regolamento, già prefissato, ma sugli effetti, i quali, da preliminari, diverrebbero definitivi: non vi sarebbe bensì una composizione degli interessi, ma «la sostituzione degli effetti propri di un certo regolamento a quelli strumentali o preparatori del relativo preliminare», cosicché la funzione del definitivo dovrebbe ravvisarsi, appunto, in questa sostituzione definita «novativa», ben distinta da quella solutoria, pur presupponendo un adempimento e quindi una dipendenza dal rapporto obbligatorio novato²⁹.

Le critiche avanzate a questa dottrina non sono sempre puntuali. Non sembra possibile rilevare che, al fine di salvare la negoziabilità del definitivo, si fa nascere «dal preliminare un mostro di un'obbligazione che non si può mai estinguere con l'adempimento», dovendosi ricorrere alla novazione³⁰, dal momento che ben chiarito è il significato peculiare che deve riallacciarsi all'espressione «sostituzione novativa». Essa non si riferisce all'obbligo di contrarre, ma alla vicenda preliminare che non è estinta, se le parti contraenti il definitivo «rievocano l'atto», che «costituisce un aspetto dell'intento corrispondente alla funzione novativa»³¹.

Più penetrante è invece la critica di chi osserva che, in tal modo, se si è fuori dello schema novativo tipico, si deve ipotizzare una novazione *sui generis*, atipica ed allora, se si evita così di sommare nell'unico contratto definitivo la causa esterna solutoria e quella interna attributiva, si dà vita però ad «un nuovo dualismo fra funzione novativa e funzione negoziale che è ancora più intimamente contraddittorio, se si pensa che i due termini equivalgono a *causa atipica* e *causa tipica* nello stesso contratto (il definitivo)»³².

Va inoltre considerato che se il definitivo resta atto di adempimento «e ad esso non è perciò necessario alcun intento solutorio», cosicché non può nemmeno parlarsi di *animus novandi*³³, dovrà concludersi che la doverosità cambia solo di direzione, investendo l'aspetto novativo ricollegabile al definitivo (sostituito eventualmente, sempre con tale rilevanza, dalla sentenza *ex art.* 2932), la cui negoziabilità, dunque, è di nuovo dipendente dalla dimostrazione della compatibilità tra obbligo e potere³⁴.

²⁹ RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, pp. 177-178.

³⁰ MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 1177.

³¹ RASCIO, *op. loc. ultt. citt.*

³² VIOLANTE, *Recensione*, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1967, p. 550.

³³ RASCIO, *op. loc. ultt. citt.*

³⁴ Sulla quale RASCIO, *op. cit.*, p. 108 ss. si intrattiene lungamente, con esiti che non sembrano incontrovertibili. Secondo G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 72, n. 95 l'effetto novativo non sarebbe in grado di giustificare la negoziabilità del definitivo.