
CONTRATTO PRELIMINARE UNILATERALE E PATTO D'OPZIONE

1. - Il problema al quale intendiamo dedicare questi appunti è quello dei rapporti tra la figura del contratto preliminare unilaterale e quella dell'opzione, consacrata oggi espressamente dall'art. 1331 c. c.

Premettiamo subito che questo problema, un tempo veramente controverso, può ritenersi sostanzialmente risolto dalla nuova legislazione.

Ci pare infatti che oggi nessuno dovrebbe più dubitare della completa autonoma individualità di queste due figure (nonostante che esse rispondano spesso a finalità pratiche sostanzialmente analoghe) essendo la ragion d'essere del problema caduta col riconoscimento legislativo della figura del *contratto preliminare* (riconoscimento implicito nell'art. 1351 c. c.) (1).

Una cosa è prestare senz'altro il proprio consenso alla vendita ed altra cosa è assumere soltanto l'obbligo di prestare in futuro questo medesimo consenso. Sta però a vedere se questa differenza, indiscussa sul piano psicologico, possa essere giuridicamente rilevante, e, sopra tutto, se essa sia rilevante nel nostro ordinamento. Ora, se la legge, col riconoscimento della figura generale del contratto preliminare, tiene oggi conto di quelle due diverse volontà, attribuendo loro diversa rilevanza, come potrebbe non tenerne conto

(1) Dice l'art. 1351: "Il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo". Indirettamente il contratto preliminare è contemplato anche nell'art. 2932, che prevede l'esecuzione specifica degli obblighi di contrattare.

per il solo fatto che una sola, invece di due, come di regola, sia la parte *vincolata*?

Nulla vieta che per volontà concorde delle parti sorga un impegno unilaterale a contrattare. Il contratto preliminare unilaterale, e ciò ammette pacificamente la dottrina⁽¹⁾, non è che una *specie* del genere contratto preliminare, e quindi, a parte la peculiarità di dar vita ad un solo rapporto obbligatorio, ne conserva tutte le caratteristiche. Fra le quali caratteristiche una va in particolar modo ricordata come fondamentale: il contratto preliminare, sia esso bilaterale od unilaterale, è un contratto strutturalmente e funzionalmente *autonomo* rispetto al contratto definitivo⁽²⁾. Il che basta già per escludere qualsiasi confusione con la figura dell'opzione; quest'ultima figura infatti non costituisce che uno degli elementi di una fattispecie temporalmente complessa, costituita: a) dall'*opzione*, e cioè da una proposta contrattuale resa irrevocabile da un contemporaneo accordo *inter partes* (momento iniziale); b) dall'*accettazione* definitiva del promissario, la quale, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto principale o definitivo (momento finale)⁽³⁾. Quel semplice nesso *strumentale*, che lega il preliminare al contratto definitivo, nulla di comune può avere col legame *strutturale* che intercorre tra momento iniziale (proposta) e momento finale (accettazione) nel fenomeno della così detta *formazione successiva* del negozio. Non ci pare quindi oggi possibile, nè giuridicamente corretto, confondere opzione e preliminare unilaterale⁽⁴⁾.

(1) Cfr., sul contratto preliminare in generale, BARASSI, *La teoria gen. delle obbligazioni*, II, Milano, 1947, p. 404 ss.; MESSINEO, *Dottrina gen. del contratto*, Milano, 1946, p. 167 ss.; GRECO, *Lezioni di dir. comm.*, Torino, 1944, n. 256 ss.; L. COVIELLO, voce "Contratto preliminare", in *Enciclopedia Giuridica*, p. 99 ss.; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 25 ss.; MOSCHELLA, voce "Contratti preliminari", in *Nuovo Digesto*, p. 214; CARNELUTTI, *Il giorno della vendita e la rescissione per lesione della promessa di vendita*, in *Foro it.*, 1927, I, c. 475; ROTH, *Der Vorvertrag*, Bern, 1928; e anche DE MARTINI, *Nullità delle prom. di vendita immob. non registrate*, ecc., in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, II, sem., p. 216.

(2) v. ROTH, *op. cit.*, p. 268.

(3) v. *amplius*, intorno alla natura dell'opzione, il ns. saggio *Patto d'opzione e condizione potestativa*, di prossima pubblicazione nella *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948 o 1949.

(4) Convergono su questo punto: REDENTI, *I contratti nella pratica comm.*, Padova, 1934, p. 191; VALERI, *Manuale di dir. comm.*, II., Firenze, 1945, p. 120; GRECO, *op. cit.*, p. 401; MOSSA, *Diritto Comm.*, Milano 1937, p. 300; SEGRE, *Il c.d. diritto d'opzione e l'azione di rescissione per lesione enorme*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 562; BECHMANN, *Der Kauf*, II, Erlangen, 1884, p. 280;

La reciproca autonomia delle due figure trova del resto conferma nei diversi effetti che, allo stato della legislazione, debbono a ciascuna di esse venire ricollegati.

Nel caso del preliminare, perchè si producano gli effetti definitivi (traslativi, in caso di vendita) occorrerà un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti che dia vita al contratto definitivo; oppure, se la parte obbligata si rifiuti di prestare il proprio consenso, occorrerà, a norma dell'art. 2932, la sentenza costitutiva del giudice in sostituzione del contratto definitivo mancato.

Invece, nel caso dell'opzione, sarebbe evidentemente privo di senso qualsiasi richiamo all'art. 2932, in quanto gli effetti definitivi si producono *ope legis* in seguito alla dichiarazione unilaterale della parte non obbligata; e non potrebbe essere altrimenti, dal momento che quella sola dichiarazione basta per dar vita al contratto definitivo (1).

2. - Questa, nelle grandi linee, la situazione determinatasi coll'avvento della nuova legislazione. Sotto il vecchio codice invece, sia per le incertezze esistenti in tema di preliminare unilaterale, sia per l'assenza di qualsiasi norma esplicita che stabilisse gli effetti dell'opzione (la quale assenza autorizzava l'interprete a ritenere che gli effetti dell'opzione non fossero diversi da quelli del preliminare unilaterale), il problema era vivamente dibattuto (2).

TUHR, *Partie generale du code federal des obligations*, I, (trad. francese), Losanna, 1933, p. 237; OSER - SCHÜNENBERGER, *Kommentar zum O. R.*, art. 216, p. 889.

In giurisprudenza v. particolarmente la sent. App. Milano, 30 luglio 1927, Bocconi - La Rinascente, in *Foro it.*, 1927, I, c. 1111 (con nota adesiva di PACCHIONI).

(1) Questa diversità di effetti è messa in luce chiaramente dal TUHR, *op. e loc. cit.*, il quale osserva che il titolare del diritto di opzione non può pretendere la conclusione del contratto e non ne ha nemmeno bisogno, perchè, mediante la sua sola volontà, forma il rapporto che desidera.

Giungono alle stesse conclusioni, relativamente alla vendita a prova, L. COVIELLO, *La vendita a prova e la sua indole giuridica*, ne *Il Filangeri*, 1896, p. 651; e, relativamente all'offerta unilateralmente vincolante, REDENTI, *op. cit.*, p. 192.

Cfr., nello stesso senso, anche VISENTINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, in *Rass. ass. bancaria*, 1947, nn. 17 e 19.

(2) Allora la differenza era anche più decisiva per il fatto che, non esistendo l'attuale art. 2952, non si riconosceva la possibilità di esecuzione forzata del preliminare, e non rimaneva quindi, contro la parte inadempiente, altra via che quella del risarcimento (almeno secondo l'opinione prevalente; cfr. in proposito DE MARTINI, *op. cit.*, p. 216).

Coloro anzitutto che, riferendosi o ispirandosi al diritto francese (1), non distinguevano fra contratto preliminare e contratto definitivo (si ricordi la norma “*promesse de vente vaut vente*„) non potevano nemmeno attribuire rilevanza alcuna alla figura del preliminare unilaterale e finivano col ridurre tutte le ipotesi ad un'unica figura denominata indifferentemente “opzione„ o “promessa di vendita„ (2). Ma, anche fra coloro che riconoscevano l'autonomia del contratto preliminare non tutti ammettevano in-

(1) La dottrina francese, legata al testo dell'art. 1589 (*promesse de vente vaut vente*) non si è preoccupata di cogliere i caratteri differenziali della promessa di vendita bilaterale rispetto alla vendita (v. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, Parigi, 1893, n. 21). Ciò ha influito notevolmente sullo stato della dottrina nei riguardi del preliminare unilaterale. Gli autori francesi conoscono generalmente un solo tipo di contratto *preparatorio* unilaterale, e lo chiamano indifferentemente “opzione„ o “promessa di vendita„. Se poi a questa unica figura essi autori vogliano attribuire la veste di un'offerta vincolante o quella di un preliminare unilaterale in senso tecnico non è facile appurare. Tuttavia, accanto ad autori che sembrano propendere per la tesi dell'offerta vincolante (LAURENT, *op. e vol. cit.*, n. 9; BOULARD, *La promesse unilaterale de vente et sa réalisation dans la pratique*, [tesi], Mayenne, 1927, p. 8 ss.; COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1932, p. 477; PLANIOL-RIPERT, X, *Vente* (par HAMEL) Paris, 1932, p. 186; e anche LECOMTE, *De la nature juridique des ventes à option*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, p. 554) altri ve ne sono che sembrano invece accogliere la tesi del preliminare (DAUTRISCE, *Option et promesse de vente* [tesi], Paris, 1931, p. 113 ss.; e, probabilmente anche BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Vendita*, trad. ital., Milano (s. d.), n. 65). Quest'ultimo a. insiste tuttavia sulla ammissibilità di una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto definitivo non concluso. Pare, del resto, che questa di attribuire alla sentenza efficacia costitutiva, anzichè dichiarativa, sia l'opinione prevalente della giurisprudenza francese. Ciò rivela una indubbia tendenza ad elaborare la figura del preliminare unilaterale nel campo della promessa unilaterale, ove, evidentemente, non vige il principio *promesse de vente vaut vente*; tendenza però non tanto sviluppata da portare la dottrina francese a riconoscere che una cosa è l'opzione (offerta vincolante) ed altra cosa la promessa unilaterale (preliminare in senso tecnico). La miglior riprova d'altronde di questo dualismo strutturale è implicito in quel contrasto d'opinioni testè rilevato.

(2) Cfr. GIORGI, *Teoria gen. delle obblig.*, Firenze, 1925, III, p. 157 ss.; contra TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, Torino, 1925, p. 67, ed *ivi*, amplissima bibliografia pro e contro; v. anche DE MARTINI, *op. e loc. cit.*

vece la distinzione, perchè pur avvertendola riducevano l'opzione al preliminare unilaterale (1) o viceversa (2).

Quest'ultimo punto di vista, che identificava sostanzialmente opzione e preliminare unilaterale, trovava indubbiamente una giustificazione nel linguaggio corrente, che indifferentemente riferisce il termine "opzione", ad un'effettiva promessa di vendita o, viceversa, il termine "promessa (di vendita)", ad un caso reale di opzione. Tuttavia, anche ammesso che la pratica suggerisse un concetto di opzione più ampio di quanto non lo sia quello accolto dal legislatore, non avrebbe potuto essere trascurata la concreta esigenza di attribuire alle due diverse fattispecie, corrispondenti a due diverse volontà dei soggetti, un diverso trattamento giuridico. Basti considerare che, anche quando non esisteva l'art. 1331, nessuno avrebbe potuto vietare alle parti di stabilire, mediante accordo, che fosse sufficiente la semplice volontà di una parte a produrre gli effetti propri di un contratto definitivo. Ora, a parte tutti i

(1) LORDI, *Obblig. commerciali*, I, Milano - Roma, 1936, n. 7, e *Istituzioni di dir. comm.*, II, Padova 1943, p. 108) identifica l'opzione col preliminare unilaterale. V. anche DAL VERME, in *Riv. dir. priv.*, 1944, II, p. 40 ss., il quale interpreta l'opzione dell'articolo 1331 come preliminare unilaterale; così anche CIOTOLA, *Le obbligazioni nel fallimento*, Milano, 1936, p. 209.

In giurisprudenza, come esempio della lamentata confusione tra preliminare ed opzione, v. la sent. 12 febbraio 1944, n. 91, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, n. 19 (con nota di PESCATORE).

(2) MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, Padova, 1943, configura il preliminare unilaterale come un tipo di opzione e cioè come un "contratto unilateralmente vincolante". Successivamente però (*Dottrina cit.*, p. 168, nota 2) lo stesso a. osserva: "In verità l'art. 1331 si riferisce ad un'ipotesi diversa... una situazione nella quale non vi è ancora un contratto (preliminare o definitivo che sia)". Ora, che non vi sia un contratto definitivo, e cioè la vendita, è esatto; e che non vi sia un contratto preliminare è altrettanto esatto, ove si assuma questo concetto in senso tecnico. Certo è però che un contratto c'è, e cioè il "patto d'opzione". Evidentemente l'illustre a. avverte le due ipotesi di contratto preparatorio unilaterale, e cioè l'opzione (in senso tecnico) ed il preliminare (in senso tecnico), senza peraltro trarne le dovute conseguenze.

Quanto al termine "contratto unilateralmente vincolante", se da un lato possiamo riconoscergli una certa efficacia espressiva, nel senso di mettere in evidenza la struttura provvisoria e strumentale di tali particolari figure contrattuali, d'altro lato esprimiamo qualche riserva sul suo valore tecnico, perchè, in sostanza, il concetto in esso racchiuso non può non coincidere con quello di contratto "unilaterale". Così anche L. COVIELLO, *Contr. prel. cit.*, p. 100, e MOSCHELLA, *op. cit.*, n. 7.

dubbi che si possano sollevare sulla effettiva natura dell'opzione, un fatto è certo: che basta la dichiarazione unilaterale del promissario a produrre gli effetti definitivi. Questo effetto, al contrario, non può mai derivare da un contratto preliminare, almeno fino a quando resti ferma l'affermazione (oggi *ius receptum*) che la figura del preliminare presuppone sempre e necessariamente a contenuto della prestazione un *facere*, più precisamente una successiva manifestazione di consenso di ambo le parti (1).

3. - Vero è che, se da un lato l'espressa valutazione legislativa contenuta nell'art. 1331 vincola oggi l'interprete nella determinazione della struttura e degli effetti dell'opzione, tale vincolo non sussiste nei confronti del contratto preliminare. Non si deve quindi *a priori* escludere la possibilità, per la dottrina, di pervenire alla elaborazione di un concetto più ampio di preliminare, nel cui schema possa venire inquadrata anche l'ipotesi dell'opzione (2). Risultato in sè possibile e forse anche augurabile, ma che implicherebbe, evidentemente, l'abbandono di un carattere fondamentale del preliminare quale l'*obbligo di una manifestazione di consenso*. Non sarebbe però forse temerario il sospetto di chi si domandasse che cosa, in questo caso, rimarrebbe della fisionomia tradizionale del preliminare, o *pactum de contrahendo* (3).

(1) Cfr. BARASSI, *op. e vol. cit.*, p. 406; MESSINEO, *Dottrina*, cit., p. 172; COVIELLO, *Contr. prel.*, cit., p. 129; MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 25; ROTH, *op. cit.*, p. 286.

In giurisprudenza v. la recente sent. Cass., 12 febbraio 1946, n. 130, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I, p. 325, e v. anche l'ampia rassegna del DE MARTINI, *op. cit.*, p. 217.

Ha espresso recentemente un dubbio sulla natura della prestazione del preliminare unilaterale come prestazione di "facere", il DAL MARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 232 ss.

(2) Il WALSMANN (*Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung*, nei *herings Jahrbücher*, LIV [1909], p. 224) distingue infatti due tipi di preliminare, uno "normale", e cioè quello diretto alla conclusione di un contratto, e l'altro, quello per mezzo del quale viene concesso un diritto di formazione, e cioè, sostanzialmente, un'opzione.

(3) Significativa la posizione del ROTH, il quale, sebbene postuli un concetto ampio di preliminare (o "*Geschäftserrichtungsvertrag*", desunto, come egli dice (*op. cit.*, p. 383) dalla *ratio* dell'art. 22 O. R., si da ricomprendervi sostanzialmente anche l'ipotesi dell'opzione, rimane tuttavia fermo alla nozione tradizionale del preliminare come contratto diretto a costituire l'impegno a stipulare un contratto futuro e, in particolare, "*zur Abgabe von Willenserklärungen zwecks Abschlusses eines seiner Art nach beliebigen Vertrages*", (p. 353). Lo stesso art. 22 O. R. del resto dice: "Mediante contratto si può assumere l'obbligazione di stipulare un contratto futuro",.

4. - Rimane quindi accertato che opzione e preliminare unilaterale, assunti questi due concetti in senso tecnico (1), sebbene in pratica approdino a risultati sostanzialmente equivalenti, dal punto di vista sistematico debbono tenersi rigorosamente distinti, sia per quanto attiene alla struttura, sia per quanto attiene agli effetti giuridici.

Altro problema, e certamente non lieve, è poi quello interpretativo, quello cioè di distinguere, nelle singole ipotesi concrete, un preliminare unilaterale da un'opzione. Pensiamo che valgano, a questo proposito, i criteri pratici che servono a distinguere preliminare bilaterale da contratto definitivo. Certo, nel nostro caso, la difficoltà sarà resa ancora maggiore dal fatto che, mentre per distinguere tra preliminare bilaterale e contratto definitivo, si potrà indagare se le parti abbiano voluto o no che si producessero sin da quel momento gli effetti definitivi (2), nel caso dell'unilaterale questo criterio sarà invece inapplicabile per l'ovvia considerazione che, tanto se si tratti di opzione quanto di preliminare unilaterale, gli effetti definitivi rimangono sempre sospesi.

Con ciò, bisogna ammetterlo, non sempre il problema avrà fatto un passo verso la soluzione, essendo tali principi piuttosto incerti e non sempre suscettibili di applicazione generale. Chiaro è però come il valore sistematico di una distinzione non risulti infirmato, ma venga reso anzi più urgente da difficoltà d'ordine interpretativo. (3)

PAOLO FORCHIELLI

(1) È infatti appena il caso di avvertire, dopo quanto si è detto, che, ove si assumano questi rispettivi concetti in senso lato, allora possono anche coincidere; onde esattamente può dirsi che il preliminare è "un'opzione in senso lato", e, viceversa, che l'opzione è un "preliminare in senso lato": ciò è possibile perchè evidentemente le due figure hanno in comune il carattere di *contratti strumentali preparatorii*.

Ciò rende ragione del come i termini "preliminare", ed "opzione", possano venire usati promiscuamente. Il DE GREGORIO (voce "Vendita", in *Nuovo Digesto*, p. 895, nota 3) ad es., pur distinguendo nettamente le due ipotesi del preliminare unilaterale e dell'offerta unilateralmente vincolante, ritiene "vera opzione", soltanto il preliminare e non l'offerta vincolante.

Ci si potrebbe anche chiedere se il termine "opzione", sia originariamente nato per designare l'offerta vincolante oppure la promessa unilaterale di contratto. Ci pare però che l'interprete possa senz'altro accogliere la terminologia consacrata dal cod. civ. (art. 1331), riservando il termine opzione alla sola offerta vincolante.

(2) DE MARTINI, *op. cit.*, p. 217.

(3) V., su questo problema interpretativo, le acute osservazioni del DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 895 s.