

**CASSAZIONE CIVILE, sezioni unite,
6 marzo 2015, n. 4628**
Rovelli Presidente – D’ascola Relatore

Preliminare di preliminare di vendita immobiliare – Causa in concreto – Meritevolezza di tutela – Ammissibilità (Codice civile: artt. 1351, 2932).

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex artt. 1351 e 2932 c.c. ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell’esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l’accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell’interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE – 3) Con unico complesso motivo di ricorso i promittenti venditori denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1351, 1362 ss., 1374, 2697, 2932 c.c. e invocano le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendosi alla corrente di pensiero accolta dai giudici di merito, ha riconosciuto “del tutto ammissibile e lecita la figura del preliminare di preliminare”. Sostengono che non può essere negato che sussista un interesse delle parti a creare un “impegno provvisorio”, scindendo la contrattazione preparatoria del contratto definitivo di vendita dell’immobile in due fasi.

Affermano che la Corte di Appello si è erroneamente allineata alle tesi che ritengono nullo per mancanza di causa il c.d. preliminare di prelimi-

nare, le quali ignorano il concreto svolgersi delle negoziazioni immobiliari e le esigenze della pratica.

Ricordano che il contratto per cui è causa, intitolato “Dichiarazione preliminare d’obbligo”, conteneva gli elementi essenziali del negozio e prevedeva la stipula di un “regolare preliminare di vendita”, qualora il Banco di Napoli avesse dato assenso alla liberazione dall’ipoteca.

Parte ricorrente deduce che per “regolare preliminare” doveva intendersi “formale preliminare”, espressione che assume oggi maggior significato in relazione alla possibilità di trascrivere i preliminari redatti “in base alla legge 28 febbraio 1997 n. 30”. Evidenzia la apprezzabilità dell’interesse che le parti avevano a conoscere, nel percorso negoziale di progressivo avvicinamento, le decisioni dell’istituto bancario che vantava l’ipoteca.

Il ricorso, che è concluso da congruo e concreto quesito, redatto ex art. 366 *bis* c.p.c., e completato da altra censura per contraddittorietà della motivazione, è fondato.³) La Seconda Sezione ha ritenuto opportuno interpellare le Sezioni Unite, svolgendo le seguenti considerazioni:

“Il Collegio non ignora che questa S.C. ha già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l’interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione (sent. 2 aprile 2009 n. 8038, seguita, senza ulteriori approfondimenti da Cass. 10 settembre 2009, n. 19557).

Ritiene, tuttavia, che tale orientamento, nella sua assolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi.

In primo luogo, potrebbe dubitarsi della nullità del contratto preliminare il quale si limitasse a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto al verificarsi di determinate circostanze, come nel caso di specie, in cui la stipulazione di un “regolare contratto preliminare” era subordinata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell’ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.

Ma quello che più conta è che il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell’obbligarsi ad obbligarsi, ma contiene – come nel caso di specie – anche l’obbligo ad addivenire alla conclusione del contratto definitivo. Ora, appare difficile, in considerazione del principio generale di cui all’art. 1419, co. 1 c.c., ritenere che la nullità dell’obbligo di concludere un contratto preliminare riproduttivo di un contratto preliminare già perfetto possa travolgere anche l’obbligo, che si potrebbe definire finale, di concludere il contratto definitivo”.

La sentenza 8038/09, alla quale l’ordinanza di rimessione fa riferimento, aveva così argomentato: “l’art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo,

destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi.. ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito.

Né sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l'intermediario che le ha messe in relazione, sicché non riguardano il tema in discussione; per il resto prospettano l'ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio formale, il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del pre preliminare, di cui si è ritenuta in sede di merito l'avvenuta realizzazione nella specie.

Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse si trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della puntuazione, destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio".

Il confronto tra i provvedimenti soprariportati costituisce già eloquente documentazione delle incertezze che da qualche decennio agitano la dottrina e la giurisprudenza in ordine all'ammissibilità del c.d. contratto preliminare di preliminare.

Si contrappongono infatti un orientamento che si può definire tradizionale, rispecchiato da Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, che diffida (di "una certa diffidenza" discute per prima Pret. Bologna, 9 aprile 1996, *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 539 ss.) della configurabilità di un momento contrattuale anteriore al preliminare e un orientamento più possibilista, che considera benevolmente le ipotesi di c.d. "preliminare aperto" e ritiene possibile una tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo.

Un'analisi più approfondita della esperienza giurisprudenziale e dell'evoltersi del dibattito dottrinale può consentire di svelare contrasti solo apparenti, di riavvicinare le posizioni e di delineare senza schematismi i limiti in cui può espandersi l'autonomia privata.

In giurisprudenza viene affermato che:

in tema di minuta o di puntuazione del contratto, qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può' il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando sia questione,

invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del *nomen iuris* e della lettera dell'atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre. (Cass. 2720/09)

Stabilire se la formazione di un accordo che riguardi solo i punti essenziali del contratto di compravendita (Cass. 23949/08; 2473/13; 8810/03; 3856/83) sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932 c.c. è questione di fatto che può risultare di difficile discernimento.

Si rinvengono infatti non poche massime secondo le quali ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori (Cass. 14267/06; 11371/10).

Questo secondo filone giunge ad affermare che anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto (Cass., 910/05; 20701/07).

La questione rimessa oggi alla Corte non riguarda il rilievo della volontà nella conclusione del contratto e se essa sia la sola via per stabilire quando il preliminare venga definitivamente formato: è chiesto invece di indagare sulla dinamica degli accordi contrattuali in tema di compravendita immobiliare. È infatti evidente già da questa prima ricognizione quale sia l'incertezza del confine tra atto preparatorio e contratto preliminare, incertezza alimentata da una accentuata polarizzazione tra contratto preliminare (vincolante) da un lato e diniego di rilevanza negoziale, per difetto della causa, di accordi prodromici al preliminare, i quali al più vengono qualificati semplice "puntuazione". Occorre pertanto stabilire se e in quali limiti sia riconosciuto nell'ordinamento un accordo negoziale che rimandi o obblighi i contraenti a un contratto preliminare propriamente detto.

La problematica risulta affrontata più volte nella giurisprudenza di merito. Il Tribunale di Salerno, con sentenza del 23 luglio 1948 (*Dir. giur.*, 1949, 101), ebbe ad affermare che la legge, nel fissare i due tipi fondamentali di contratti (preliminare e definitivo), esclude l'esistenza di un contratto preliminare relativo ad altro preliminare, il quale dovrebbe comunque rispettare il requisito di forma di cui all'art. 1351 c.c. Il Tribunale di Napoli (23.11.1982 in *Giust. civ.* 1983, 1, 283; 21.2.1985 n. 1480 *Dir. giur.* 1985, 725) ha aggiunto che il contratto con cui le parti si impe-

gnano a stipulare un futuro contratto preliminare di analogo contenuto è nullo per mancanza di causa, "difettando di ogni funzione economica meritevole di tutela". La trattatistica censisce vari altri casi (tra i quali: App. Genova 21.2.2006, *Obbl. contr.*, 2006, 648; App. Napoli 1.10.2003, *Giur. mer.*, 2004, 63) che riecheggiano queste convinzioni. 4.1.1).

Altre volte la giurisprudenza partenopea si è orientata in senso opposto. App. Napoli 11 ottobre 1967, (*Dir. giur.* 1968, 550) ha ritenuto che "in virtù del principio dell'autonomia negoziale" sia ammissibile un regolamento contrattuale che preveda, dopo la prima intesa scritta, un'ulteriore scansione temporale, con la stipulazione del contratto preliminare, legata al versamento di una caparra (Trib. Napoli 28 febbraio 1995, *Dir. giur.* 1995, 163) muovendo dallo stesso presupposto ha considerato meritevole di tutela "il contratto preliminare del preliminare qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi".

In altri casi i giudici di merito hanno espressamente ritenuto di non avventurarsi nella analisi, poiché hanno ravvisato già nel primo contratto gli elementi sufficienti a qualificare come preliminare ex art. 1351 c.c. L'accordo documentato (Pret. Firenze 19.12.1989, *Giur. mer.*, 1990, 466) ovvero, all'opposto, la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce il perfezionamento della fattispecie negoziale (Trib. Firenze, 10 luglio 1999, *Nuovo dir.*, 2000, 487).

Queste oscillazioni mettono capo, come la giurisprudenza citata sub 3.3, al tema dell'identificazione del contratto preliminare e preannunciano il diffondersi di problematiche relative alla contrattazione in materia di vendita immobiliare, settore che ha segnato la fortuna del contratto preliminare nel nostro ordinamento.

Prima di esaminare le valutazioni dottrinali in questa materia è quindi opportuno stabilire che solo questo è il campo di indagine, restando esclusi - e da salvaguardare - altri istituti di confine.

Intorno al 1970, nel fissare le fondamenta concettuali del contratto preliminare, la dottrina ha avuto cura di distinguerli e di segnalare che il contratto preliminare non è "un recipiente di comodo" in cui inserire gli istituti dagli incerti confini.

Va pertanto esemplificativamente ricordato che: la figura dell'opzione di contratto preliminare, di origine dottrinale (ma v. Cass., 1071/67), è un'ipotesi di "possibile allargamento della sfera di applicazione del patto di opzione" (per la distinzione, cfr. Cass., 8564/12).

Il patto di prelazione ha lo scopo essenziale di impedire che il promittente concluda un contratto con un terzo anziché con il beneficiario del patto: non sembra quindi una figura diretta alla conclusione del contratto, come il preliminare, ma alla scelta del contraente, ancorché in giurisprudenza venga qualificato come preliminare unilaterale (Cass. 3127/12).

Anche il patto di contrarre con il terzo non può essere confuso con le

ipotesi che ci occupano di pattuizione anteriore al preliminare, categoria al quale è estraneo, per il motivo determinante che non vi è ancora - con questo patto - una manifestazione di consenso intorno a un regolamento di interessi, ma una volontà manifestata a un soggetto diverso dal terzo con cui si dovrà in futuro contrarre.

Il vero insorgere della problematica è stato determinato dall'evoluzione della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionalmente gestita. La complessità dei contatti, delle verifiche da effettuare, da un lato per saggiare la serietà dei proponenti, dall'altro per accertarsi della consistenza del bene e dell'affidabilità dei contraenti, hanno di fatto portato a una frequente tripartizione delle fasi contrattuali. Una prima fase in cui, a volte con la formula, almeno dichiarata, della proposta irrevocabile, l'aspirante acquirente offre un certo corrispettivo per l'acquisto del bene, atto che viene riscontrato dalla accettazione o dal rifiuto del proprietario. Una seconda, espressamente prevista, di stipula del contratto preliminare propriamente detto. La terza, costituita dall'indispensabile rogito notarile con il saldo del prezzo.

La pratica degli affari ci consegna una incalcolabile serie di varianti: inseguirle, è stato spiegato, sarebbe ozioso impegno di un giurista da tavolino.

Alla variabilità della modulistica dei mediatori si aggiunge infatti la inesauribile creatività dei contraenti, assistiti o meno da consulenti legali.

Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo.

Si vuol dire che la "scissione", in alcuni casi, dimostra che le parti sono incerte e intendono meglio orientarsi, cosicché essa risponde all'esigenza di "fermare l'affare", ossia di dare vincoli giuridici all'operazione economica condivisa negli elementi essenziali, restando però, per una delle parti (di regola il compratore) l'esigenza di verificare con certezza la praticabilità dell'operazione, prima ancora che di definirla in termini più precisi e articolati.

Ciò può avvenire sovente sui seguenti punti:

A) assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (es., se è imprenditore o comunque persona solvibile; escludere vicinanze "mafiose", etc.). Si tratta di elementi che non potrebbero, ove conosciuti come negativi, essere adottati a motivo di risoluzione di un contratto già concluso o forse neppure essere portati a conoscenza della controparte stessa, ragione per cui è necessario non dare carattere di assolutezza al vincolo.

B) verificare con precisione lo stato della cosa;

C) verificare la situazione urbanistica e svolgere le altre visure e ricerche necessarie.

Il ragionamento al quale si è rifatta Cass. 8038/09, e che nega la validità di un accordo ripetitivo, ha pregio se si ipotizza (come sembra sia stato comunque fatto anche in quel caso) che tra il primo e il secondo preliminare vi sia identità (*bis in idem*). In tal caso, mancando un contenuto nuovo in grado di dar conto dell'interesse delle parti e dell'utilità del contratto, si è parlato di mancanza di causa. La parte di dottrina che è tendenzialmente contraria ad ammettere queste pattuizioni riconosce che nelle trattative complesse il contratto si può formare progressivamente, ma nega che si possa parlare di obbligo a contrarre, preferendo l'aspetto descrittivo dell'obbligazione di contrattare. Nega anche rilievo alla differenziazione basata sulla ricorribilità al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. solo in relazione al secondo contratto.

Si pretende infatti che il rapporto tra i preliminari venga "valutato in termini di contenuto dispositivo e non già di sanzioni".

È già questa una significativa apertura, ancorché sia stata limitata a quelle fattispecie in cui le parti, impegnatesi in sede di primo accordo sui punti essenziali della futura compravendita, abbiano solo voluto rinviare la definizione di punti secondari.

Le Sezioni Unite della Corte intendono cogliere gli aspetti costruttivi di quel moderno orientamento che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali. Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta.

Una definizione di questa corte (Cass. 10490/06) la qualifica come "scopo pratico del negozio..sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

Sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare. L'indagine relativa alla causa concreta, - è stato evidenziato - giova sia come criterio d'interpretazione del contratto sia come criterio di qualificazione dello stesso: "la rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare".

Questa chiave di lettura conduce a riconsiderare gli approdi schematici ai quali sono pervenute in passato dottrina e giurisprudenza.

È singolare, ma non casuale, che il profilo causale del contratto sia stato inteso in dottrina e giurisprudenza come ricerca della utilità del contratto, cioè della sua "complessiva razionalità" ed idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale.

È questo in fondo che la stessa Cass.8038/09 richiede allorquando rileva

che, in caso contrario, l'obbligo di obbligarsi ad ottenere un certo effetto è "una inconcludente superfetazione" priva di "senso pratico".

Le opinioni, pur partendo da prospettive diverse, coincidono dunque nel definire nulla l'intesa che si risolve in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia né possa avere contenuto ulteriore o differenziato. Un secondo punto di convergenza si rinviene allorché l'analisi del primo accordo conduce a ravvisare in esso i tratti del contratto preliminare, in quanto contenente gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali, si osserva, l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo. La presenza della previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante, ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale.

Giovano alcune esemplificazioni:

a) può darsi il caso che nell'accordo raggiunto sia stata semplicemente esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.: si tratta, è stato osservato, di una esclusione convenzionalmente ammessa. La conseguenza sarà che, pur ravvisandosi un contratto "preliminare" in questa scrittura che ipotizzava un successivo accordo, si potrà far luogo, in caso di inadempimento, solo al risarcimento del danno.

b) può presentarsi l'ipotesi in cui la pattuizione della doppia fase risponda all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso, facoltà che può essere convenzionalmente prevista nel contratto preliminare e che può anche accompagnarsi alla prevista perdita di una modesta caparra penitenziale versata dal proponente l'acquisto; si tratta è stato detto, del costo del recesso da un contratto preliminare già concluso.

È ipotizzabile, ed è quanto andrà vagliato con particolare attenzione dai giudici di merito nel giudizio odierno, che le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione.

Tutte queste ipotesi, e le altre che sono immaginabili, sono apparentate da una conclusione che può regolare buona parte della casistica: va escluso che sia nullo il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorché il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare. L'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto.

Dietro la stipulazione contenente la denominazione di "preliminare del preliminare" (nel senso che la conclusione dell'accordo precede la stipula del contratto preliminare) si possono dare situazioni fra loro differenti, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una "causa concreta" meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula di un

contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

Certo è però, che, in linea di massima, la previsione di dover dar vita, in futuro, all'assunzione dell'obbligo contrattuale nascente dal contratto preliminare, può essere sintomatica del fatto che le parti hanno consapevolezza che la situazione non è matura per l'assunzione del vincolo contrattuale vero e proprio. Ciò può dipendere segnatamente in relazione al grado di conoscenza di tutti gli elementi di fatto che occorre aver presenti per manifestare la volontà il cui incontro dà vita all'accordo vincolante consacrato nel contratto preliminare.

Posto, come si è detto prima, che non si può assegnare utilità al "*bis in idem*" in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti, se e quando le parti sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta sembra avere per oggetto non il contrarre, ma il contrattare.

Anche la dottrina più rigorosa riconosce che da gran tempo è stata discussa la formazione progressiva del contratto e sembra ammettere che essa potrebbe atteggiarsi configurando una tripartizione del procedimento di compravendita immobiliare. Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente *ex contractu*.

È stato però osservato che si tratterebbe di ipotesi diversa da quella del preliminare di preliminare, che dovrebbe riguardare l'obbligo, assunto nella prima fase, di contrarre e non di contrattare, come invece avverrebbe quando siano state scandite solo tappe di una trattativa complessa.

Si è quindi manifestata contrarietà all'ipotesi di un "preliminare aperto" - sottoscritto per lo più da parti che ancora non si conoscono o hanno deliberatamente lasciato alla seconda fase la regolazione di alcuni profili contrattuali - seguito da un preliminare chiuso.

Questa ritrosia può essere giustificata in alcuni casi, ma non in tutti. È stato in precedenza sottolineato che va dato peso alla difficoltà di configurare come preliminare propriamente detto un rapporto obbligatorio in cui le parti non si conoscano e non siano in grado quindi di valutare le qualità soggettive dell'altro contraente. Rispetto a questa frequente ipotesi, non sembra corrispondere alle reali esigenze del traffico giuridico qualificare la prima intesa, che pur contenga gli altri elementi essenziali, come contratto preliminare.

Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali "minori", ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante,

sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente.

In altri casi il contraente resta libero da vincoli stringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberatamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui all'art. 2932 c.c.

Una più esauriente determinazione del contenuto contrattuale può essere prevista per meglio realizzare l'interesse delle parti. Se si dovesse invece ricorrere sempre all'opzione preliminare/definitivo si dovrebbero riempire i contenuti rimasti in sospeso con il meccanismo di cui all'art. 1374, integratore rispetto al primo accordo incompleto.

È stato autorevolmente sostenuto che se mancano violazioni di una legge imperativa, non v'è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali gradualmente, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, a una negoziazione consapevole e informata. Le posizioni di coloro che pongono l'alternativa "preliminare o definitivo" amputano le forme dell'autonomia privata, sia quando vogliono rintracciare ad ogni costo il contratto preliminare in qualunque accordo iniziale, sia quando ravvisano nel c.d. preliminare chiuso il contratto definitivo, passibile soltanto di riproduzione notarile.

La procedimentalizzazione della fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a "un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale".

È vero che occorre guardarsi da un uso "poco sorvegliato" dell'espressione preliminare di preliminare", perché l'argomento nominalistico non è neutro. Tuttavia, se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due "sequenze" variabili che si avvicinano:

A) quella delle mere punteggiature in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.

B) quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una punteggiatura vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti. Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.

B1) occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con l'ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione

conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia "bloccare l'affare", anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo.

Ciò che conta chiarire è che, all'interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi *in itinere* che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

È evidente come questa linea interpretativa impone di vagliare caso per caso l'emergere dell'interesse delle parti, di questa loro volontà di rinviare il momento in cui operano sia l'integrazione suppletiva ex art. 1374 c.c. sia la cogenza del meccanismo proprio del preliminare ex art. 1351 e 2932 c.c.

Nella compravendita immobiliare l'ausilio giunge dal formalismo che contraddistingue la materia, sì da potersi di volta in volta cogliere i profili oggettivi non solo di una trattativa e della successiva stipula di un preliminare, ma di una sequenza di atti caratterizzati da un contenuto differenziato e aventi portata contrattuale con le connesse conseguenze.

Alla luce di questi principi il ricorso è da accogliere. I giudici di merito hanno infatti in primo luogo omesso di valutare se il contratto in esame, sebbene prevedesse la stipula di un successivo contratto preliminare, avesse già le caratteristiche di un contratto preliminare completo, soltanto subordinato ad una condizione, cioè al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione parziale dell'ipoteca, ipotesi da loro stessi contemplata (pag. 7 sentenza) ma scartata a causa della previsione dell'impegno a sottoscrivere un futuro preliminare.

Hanno poi omesso di interrogarsi sulla validità del primo contratto, in ipotesi munito di tutti gli elementi essenziali del preliminare, e sulla possibile invalidità, in questo contesto, del secondo accordo, se meramente riproduttivo del primo. In quest'ottica hanno rovesciato la prospettiva che le Sezioni Unite ritengono giuridicamente corretta.

Hanno infine aderito all'orientamento che sanziona come nullo per difetto di causa un contratto che sia propedeutico al "successivo stipulando preliminare" senza verificare la sussistenza di una causa concreta dell'accordo dichiarato nullo tale da renderlo meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto inserito in una sequenza procedimentale differenziata, secondo un programma di interessi realizzato gradualmente.

Discende da quanto esposto l'accoglimento del ricorso.

La sentenza impugnata va cassata e la cognizione rimessa ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli per nuovo esame dell'appello e la

liquidazione delle spese di questo giudizio.

Il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto:

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli, che provvederà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

Un controllo giudiziario dell'autonomia negoziale alla base della meritevolezza del preliminare di preliminare

Considerazioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite n. 4628/2015

Ilaria Marrone

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract The author comments a recent decision of the Joint Civil Chambers of Supreme Court concerning preliminary preliminary sale of real estate, considering the nature of this “pre-contract agreement” and doctrinal thesis that have occurred over time. This paper aims to try to understand if the abstract eligibility of the preliminary preliminary dogmatically can be justified in terms of its usefulness to the parties and, therefore, of worthiness of protection of their interests in according with the art. 1322 c.c.

Sommario 1. Il caso. – 2. L'invalidità del preliminare di preliminare secondo la pregressa giurisprudenza di legittimità. – 3. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. – 4. Meritevolezza del preliminare di preliminare e causa in concreto. – 5. Osservazioni conclusive e problemi aperti.

1 Il caso

La vicenda giudiziaria in esame prendeva le mosse dalla sottoscrizione di una scrittura privata, denominata “Dichiarazione preliminare d'obbligo”, avente ad oggetto la futura stipulazione di un contratto preliminare di compravendita di una porzione di fabbricato, sul quale insisteva garanzia ipotecaria. A tenore di tale atto le parti si impegnavano a stipulare un futuro contratto preliminare di vendita immobiliare, subordinatamente alla verifica positiva di avvenuta cancellazione dell'ipoteca, previo consenso dell'istituto di credito, creditore della parte venditrice.

Le parti non addivenivano alla stipula di tale contratto e, così, emergeva l'esigenza di indagare la natura di tale scrittura privata e il regime di responsabilità consequenziale in caso di violazione di uno degli obblighi in essa sanciti. Per i promittenti venditori, interessati alla conclusione dell'affare, la scrittura privata avrebbe integrato un contratto preliminare già completo nel suo contenuto, comprensivo dell'obbligo di stipulare il successivo contratto definitivo, da attuarsi, in difetto di consenso della controparte, con l'esecuzione in forma specifica, mediante una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. All'opposto, i promissari acquirenti eccepivano che, in alcun modo, la suddetta scrittura privata avrebbe potuto integrare un contratto preliminare, estrinsecando, tutt'al più, un pre-

liminare di preliminare, il quale, in quanto privo di una causa autonoma, avrebbe dovuto essere dichiarato nullo per difetto di uno dei suoi elementi costitutivi, la causa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, co. 2, e 1325 c.c. In alternativa, avrebbe potuto integrare una mera punteggiatura non vincolante e, in quanto tale, priva di efficacia obbligatoria.

In sede di primo e di secondo grado di giudizio il suddetto accordo veniva qualificato dall'organo giudicante come contratto preliminare di preliminare, e poiché, privo di una funzione giuridicamente apprezzabile, era considerato nullo, per assenza di causa.

I promittenti venditori decidevano di ricorrere in Cassazione e la Seconda Sezione, constatata la molteplicità di vedute in dottrina e in giurisprudenza in tema di preliminare di preliminare, ravvisava l'opportunità di un intervento dirimente delle Sezioni Unite. Infatti, di recente, si era andato consolidando un orientamento giurisprudenziale, avallato anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il preliminare di preliminare, quale "superfetazione inconcludente", avrebbe dovuto ritenersi sempre nullo in quanto privo di causa.

Tuttavia, alla Seconda Sezione della Corte tale tesi appariva dalla portata troppo radicale, considerando che il contenuto del preliminare di preliminare può essere di differenti tipi e che, quindi, non necessariamente si esaurisce "nell'obbligarsi a obbligarsi", prevedendo, al contrario, di regola l'obbligo di stipulare il contratto definitivo.

2 L'invalidità del preliminare di preliminare secondo la pregressa giurisprudenza di legittimità

Il preliminare di preliminare (o preliminare "aperto", in quanto precede il preliminare formale o "chiuso" - ossia il contratto preliminare *stricto sensu* inteso) è un contratto atipico mediante il quale due o più parti convengono di disciplinare alcuni elementi di una determinata operazione economica, riservandosi di regolamentare le "altre" condizioni del contratto, generalmente di natura accessoria, in un momento successivo¹.

¹ Con riguardo alle definizioni di preliminare di preliminare è celebre quella secondo la quale «è un contratto che ha per oggetto un futuro contratto obbligatorio» di COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno* (voce), in *Enc. giur.*, III, 3, Milano, 1896, p. 11. In tema di contratto preliminare la dottrina è vastissima; relativamente alle opere di carattere monografico si veda: GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970; GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, Torino, 2011; MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2011; TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014. Si aggiunge, inoltre, che deve ritenersi superata l'impostazione teorica che considerava il preliminare come una categoria unitaria. Dunque, occorre soffermare l'attenzione non

Tale tipologia contrattuale è particolarmente diffusa nella prassi della vendita immobiliare, dove si ravvisa l'esistenza di schemi e *modus procedendi* alternativi alla scansione tradizionale positivizzata "preliminare-definitivo", prevalentemente utilizzati dalla mediazione immobiliare professionale.²

Orbene, nell'ambito della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, si è discusso a lungo della sua ammissibilità.

tanto sul contratto preliminare quanto sulla "contrattazione preliminare", coerentemente con la condivisa esistenza di una particolare modularità dell'obbligo a contrattare in funzione delle peculiari circostanze che caratterizzano la relativa operazione economica. Tra i fautori dell'impostazione tradizionale del preliminare come categoria unitaria si richiama il pensiero di MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, 1972, Milano, p. 555, a cui si rinvia per approfondimenti. La recente teorica della natura pluralista del contratto preliminare è sostenuta dalla dottrina prevalente: DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case di abitazione*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 464; VITALONE, MOSCA, *I contratti preliminari*, Torino, 2014; SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990. Così, si possono distinguere, ad esempio, contratti preliminari "chiusi" e contratti preliminari "aperti" a seconda, rispettivamente, che le parti abbiano o meno maturato un consenso su tutti gli elementi del contratto; contratti preliminari "forti" e "deboli" (a seconda che i medesimi siano o meno assistiti dal meccanismo di cui all'art. 2932 c.c.); preliminare bilaterale e preliminare unilaterale a seconda che il contratto vincoli tutte le parti o una sola parte.

2 Si tratta di procedimentalizzazioni più o meno articolate che si discostano dallo schema bifasico proposto dal Codice civile, consistente nella successione consequenziale tra la stipula di un contratto preliminare e quella di un contratto definitivo. Tale nesso di consequenzialità si evince esplicitamente dal tenore dell'art. 1351 c.c. e dall'esistenza del rimedio dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. che, come noto, consente l'esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre. La prassi della vendita immobiliare tramite intermediazione, dunque, diverge notevolmente dalla procedimentalizzazione tipica prevista dal Codice civile in quanto è scandagliata in "microsequenze" quali: il mandato conferito al mediatore professionale, la proposta di acquisto dell'immobile del potenziale acquirente, l'accettazione di acquisto dell'immobile. La procedura di vendita immobiliare, di prassi, soprattutto quando vede coinvolta la figura di un terzo intermediario, può seguire due percorsi alternativi: 1) proposta di acquisto, accompagnata da una somma di denaro a titolo di caparra, consegnata allo stesso intermediario, che poi convoca le parti per la sottoscrizione del preliminare, a cui segue il definitivo davanti al notaio (c.d. rogito); 2) proposta di acquisto consegnata all'intermediario che, a sua volta, la trasmette al venditore per la sottoscrizione, a cui segue una convocazione delle parti da parte dell'intermediario per la stipula del preliminare e successivamente del definitivo. Si veda GAZZONI, *op. cit.*, p. 53. Quindi, sul piano della vincolatività, il pre preliminare sembra collocarsi in una zona grigia, a metà strada tra le intese precontrattuali (lettere d'intenti, minute o punteggiature) e contratti preliminari. In questi casi, la procedura negoziale assume una configurazione (almeno) trifasica per aver le parti stipulato un primo atto, il pre preliminare, propedeutico alla prosecuzione della contrattazione. In particolare, rispetto alla microfase consistente nella sottoscrizione del formulario/modello predisposto dall'agente immobiliare che contiene lo schema della proposta di acquisto e di accettazione, si pone il problema di capire se: 1) la stessa sia qualificabile come punteggiatura ovvero preliminare di preliminare ovvero preliminare; 2) se la stessa abbia una vera e propria ragion d'essere ossia una causa autonoma che la sorregga e non la riduca a una mera "superfetazione inconcludente".

In particolare, si erano andati formando due contrapposti orientamenti³.

Secondo un primo orientamento, il preliminare di preliminare è inammissibile e l'inammissibilità dipenderebbe dall'assenza di una valida causa giustificatrice. Peraltro, l'inesistenza di una disciplina legislativa *ad hoc* confermerebbe tale *voluntas legis*⁴.

Invero, secondo un altro orientamento giurisprudenziale occorre distinguere in base al tipo di intesa precontrattuale, essendo un mondo, quello delle intese precontrattuali, piuttosto variegato.

Vi sono intese contrattuali nelle quali l'operazione economica risulta disciplinata esaurientemente in ogni singolo aspetto, essenziale e/o accessorio, del contratto. In questo caso, ove la prima fattispecie negoziale risulta precisamente determinata nel suo contenuto si incontrerebbero delle difficoltà a riconoscere l'ammissibilità di una seconda fattispecie negoziale analoga alla prima⁵. Ne consegue che la seconda fattispecie potrebbe essere viziata, in quanto affetta da nullità⁶.

Viceversa, nell'ipotesi in cui nella prima fattispecie contrattuale risultino disciplinati solo alcuni elementi, di regola quelli essenziali, non sembra potersi opinare *tour court* nel senso dell'invalidità della (seconda) fattispecie negoziale⁷. Infatti, secondo un orientamento, il preliminare di preliminare viene stipulato al fine «di consentire un controllo preventivo sulla regolarità delle prestazioni prima di stipulare il definitivo», assolvendo una funzione preventiva, volta, per quanto possibile, a neutralizzare eventuali sopravvenienze⁸.

Di questo avviso, non era la Suprema Corte di Cassazione che, per la

3 V. *Infra*, par. 4.

4 In tal senso una parte della giurisprudenza di merito: Trib. Salerno, 23 luglio 1948.

5 Peraltro, si tratta di un orientamento confermato anche di recente dalla S. C. Si rinvia a: Cass., 9 dicembre 2009, n. 25780, per esteso, in banca dati *De Jure*. Nell'ambito di tale pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto che l'accettazione della proposta di acquisto costituisce (già) un contratto preliminare.

6 Con riguardo alla giurisprudenza di merito si rinvia, in via esemplificativa, a: App. Napoli 11 ottobre 1967; Trib. Napoli 28 febbraio 1995. In tal senso una parte della dottrina ritiene che il secondo preliminare dovrebbe considerarsi inutile, privo di utilità pratica e, conseguentemente, nullo per difetto di causa quando costituisce «una mera ripetizione del primo, finalizzata per disporre di un momento formale per la trascrizione, o di un momento di appoggio, funzionale al passaggio di una più consistente somma di danaro tra le parti». MILITE, *Il preliminare di preliminare*, in *Riv. Giur. Ital.*, 22 Marzo 2001, <http://www.rivistagiuridica.it/>.

7 La *ratio* sottesa all'istituto del preliminare di preliminare consiste nel «rimuovere tutte le difficoltà relative alla solvibilità e alla legittimazione dei contraenti, ma soprattutto alla libertà e idoneità del bene, oggetto della vendita, al fine di stipulare un preliminare 'chiuso', prima della stipula del contratto definitivo». Cfr. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 616 ss.

8 CARBONE, *op. cit.*, p. 620.

prima volta, con la sentenza del 2 aprile 2009, n. 8038, si espresse nel senso della non ammissibilità e, conseguente, invalidità del preliminare di preliminare, aderendo al primo orientamento sopracitato⁹.

Il ragionamento seguito partiva da una precisa promessa di fondo. La tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. postula un collegamento funzionale tra contratto preliminare e contratto definitivo, preordinato alla realizzazione dell'assetto di interessi convenuto dalle parti. Tale collegamento funzionale difettava nei rapporti tra contratto preliminare di preliminare e contratto preliminare¹⁰. Infatti, il preliminare di preliminare era concepito come un contratto ad effetti obbligatori, ossia un contratto dalla cui stipula sarebbe disceso per le parti unicamente l'obbligo di prestare il proprio consenso alla stipula del futuro contratto preliminare.

L'opzione ermeneutica accolta in tale pronuncia era coerente con quella impostazione dottrinale e giurisprudenziale che ravvisava nel contratto preliminare null'altro che una "promessa di consenso", da cui si faceva derivare come logico corollario la sua inammissibilità¹¹.

9 La vicenda *de qua* concerneva la stipula di un pre preliminare di vendita immobiliare a cui avrebbe dovuto seguire la stipula del contratto preliminare entro il termine di 30 giorni. Il successivo preliminare di preliminare non veniva stipulato e, conseguentemente, la parte venditrice agiva in giudizio per chiedere ed ottenere la risoluzione del contratto e la condanna al pagamento della somma a titolo di caparra che era stata convenuta nel pre preliminare. La S. C., con la pronuncia menzionata, dopo aver ritenuto trattarsi di un preliminare di preliminare, ne dichiarava *tout court* l'invalidità. Si tratta di un orientamento confermato anche in successive pronunce: Cass., 10 settembre 2009, n. 19557, in banca dati *Pluris* <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, in banca dati *Pluris* <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

10 Cass., 2 aprile 2009, n. 8038: «La questione che la giurisprudenza di legittimità non ha ancora avuto occasione di affrontare, deve essere risolta in senso opposto a quello propugnato dai ricorrenti. L'art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi.. ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito».

11 L'orientamento tradizionale secondo il quale il preliminare costituisce promessa di consenso appare superato per effetto di alcune pronunce della Cassazione, confortate anche da una parte della dottrina, in base alle quali il preliminare non può più considerarsi come un mero "*pactum de contrahendo*", non consistendo il suo oggetto soltanto in un "*facere*" (tale è l'obbligo di prestare il consenso per la stipula del futuro contratto definitivo), bensì anche in un "*dare*". Pertanto, il contratto preliminare costituisce più propriamente una "promessa di prestazione" in quanto le prestazioni dedotte nel contratto preliminare non «si riducono alla manifestazione del consenso necessario per concludere il definitivo». Cfr. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, p. 622. Le parti si obbligano, con esso, ad eseguire le future prestazioni e, quindi, a porre in essere tutte quelle attività preparatorie propedeutiche alla realizzazione dell'assetto di interessi che sarà attuato con il contratto definitivo. In questi termini, può affermarsi che il preliminare presenta la natura di contratto ad efficacia obbli-

In questa prospettiva, infatti, il preliminare di preliminare altro non avrebbe potuto esprimere che una “promessa di promessa di consenso”, della cui utilità pratica appariva plausibile dubitare. In particolare, la Suprema Corte considerava che il promettere di promettere rappresentasse un’attività negoziale inutile, quindi, immeritevole di tutela, non ravvisandosi alcuna funzione pratica teleologicamente giustificabile ad esso sottesa.

Tale circostanza sembrava ricevere, del resto, una conferma sul piano del diritto positivo, non essendo contemplato (almeno esplicitamente) nell’ordinamento giuridico il preliminare di preliminare, riferendosi il meccanismo della tutela in forma specifica di cui all’art. 2932 c.c. al contratto preliminare. Ne conseguiva che il pre preliminare avrebbe potuto venire in rilievo solo come una mera puntuazione, come tale soggetta, laddove avesse prodotto effetti obbligatori, ai principi generali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.¹².

3 L’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Considerate le diversità di vedute in dottrina e in giurisprudenza in tema di validità del preliminare di preliminare, la Seconda Sezione della Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 5779 del 12 marzo 2014, invitava il Primo Presidente a compiere una valutazione in merito all’opportunità di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, soprattutto in relazione all’orientamento che, da ultimo, si era andato consolidando con la sentenza del 2 aprile 2009 n. 8038.

gatoria complessa. (Cass., SS.UU., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Riv. dir. comm.*, 1986, n. II, p. 303 ss.; Cass., SS.UU., 7 luglio 2004, n. 12505, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass., SS.UU., 18 Maggio 2006, n. 11624, in *Giur. it.*, 2007, p. 2 ss.).

¹² Si trattava di un’impostazione condivisa anche da una parte della dottrina. Alcuni hanno ritenuto che non è l’assenza di causa a determinare l’invalidità del preliminare di preliminare in quanto astrattamente la causa è presente, bensì la circostanza che quest’ultima non è funzionalmente giustificata. Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013, p. 884: «un preliminare di preliminare non sarebbe infatti funzionalmente giustificato, con conseguente nullità». Il difetto di una giustificazione causale costituirebbe un limite alla giuridicizzazione del contratto, che per l’Autore comporta l’applicazione del rimedio della nullità. In altri termini, seguendo questo indirizzo interpretativo è necessario, altresì, un *quid pluris* consistente nella meritevolezza di tutela di tali interessi. Sul punto si rinvia, altresì, per approfondimenti a: ROPPO, *op. cit.*, p. 616; BENEDETTI, *Autonomia di procedimento formativo? La vicenda del preliminare di preliminare*, in *Dir. civ. cont.*, 2015, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/05/autonomia-di-procedimenti-formativi-la-vicenda-del-preliminare-di-preliminare/>; GABRIELLI, *Prassi della vendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell’intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, *Riv. not.*, 1994, p. 24 ss. Tra coloro che negano l’ammissibilità del preliminare di preliminare: DELFINI, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 187 ss.; GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 884; DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, n. V, p. 1064 ss.

L'intervento delle Sezioni Unite non era stato invocato tanto per risolvere un insanabile contrasto tra le sezioni semplici della Cassazione quanto per offrire alla Suprema Corte l'occasione di mitigare l'inflessibilità del richiamato orientamento, mediante una sua rivisitazione in relazione «alle ipotesi che in concreto possono verificarsi» nel mercato della vendita immobiliare¹³.

Orbene, l'idea che tutti i preliminari di preliminari, indistintamente, fossero affetti, per ciò solo, da nullità assoluta appariva, difatti, una tesi troppo radicale, suscettibile di determinare un'indebita amputazione dell'autonomia negoziale¹⁴.

In particolare, la Seconda Sezione aveva manifestato delle perplessità in ordine a due profili che, in concreto, sarebbero potuti venire in rilievo.

In primo luogo, era stato sollevato il dubbio dell'opportunità di una stigmatizzazione del preliminare di preliminare nel caso in cui le parti si fossero avvalse del medesimo al fine di regolamentare specifiche circostanze ritenute dalle medesime di pregnante rilevanza, rinviando ad un momento successivo la regolamentazione degli aspetti residuali.

Il secondo aspetto che aveva destato perplessità concerneva la circostanza secondo la quale la Suprema Corte, negando cittadinanza al preliminare di preliminare, non avrebbe tenuto in considerazione la natura del contratto preliminare, ormai pacificamente riconosciuta in dottrina e

13 RESTIVO, *Le Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sulla validità del preliminare di preliminare*, in *Diritto Civile. Contemporaneo*, 2014, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/09/le-sezioniunite-chiamate-a-pronunciarsi-sulla-validità-del-preliminare-di-preliminare/>. Si evidenzia, in particolare, la perplessità manifestata dall'Autore nel rilevare come la Seconda Sezione impropriamente abbia utilizzato il termine "principio generale" nel richiamare il contenuto della prescrizione di cui all'art. 1419 c.c.

14 Anche in dottrina si erano registrate delle critiche nei confronti di tale orientamento giurisprudenziale. In particolare, la principale critica che si era mossa all'orientamento accolto nella pronuncia Cass., 2 Aprile 2009, n. 8038 consisteva nel fatto che il medesimo sembra essere espressione di quella tendenza dottrinale del passato che, nell'ottica dirigista dello Stato, sovrapponeva le due nozioni, quella di meritevolezza e quella di validità, affinché venissero considerati meritevoli di tutela solo i contratti tipici, così autorizzando il giudice a svolgere un controllo sul contenuto del contratto in un'ottica etico-sociale. Cfr. FESTI, *Il contratto di preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 629. La necessità per l'interprete di ricondurre ogni fattispecie negoziale atipica, elaborata nella prassi commerciale, ai tipi contrattuali legali al fine di consentire il superamento del c.d. vaglio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. venne definita da una parte della dottrina "metodo decisionale della tipizzazione". Cfr. MILITE, *ibidem*. Invero, tale dottrina critica l'orientamento che ritiene affetto da nullità assoluta il preliminare di preliminare e preferisce inquadrarlo come contratto atipico a effetti obbligatori ex art. 1322 c.c., in quanto negandosi l'ammissibilità si finisce per ignorare «la profonda duttilità dello strumento negoziale in esame». Giova rilevare come tale metodo si presenta ostativo al recepimento e, dunque, all'ammissibilità di nuove fattispecie contrattuali quali, ad esempio, proprio quella del preliminare di preliminare. In tal senso, pur con dei correttivi in merito alla nozione di autonomia negoziale procedimentale: BENEDETTI, *ibidem*.

in giurisprudenza, quale “promessa di prestazione”¹⁵. In relazione a tale profilo, la Seconda Sezione aveva ritenuto non condivisibile la tesi dell’operatività della nullità assoluta e totale ai sensi dell’art. 1418, co. 2, c.c. (la c.d. nullità strutturale). Infatti, il preliminare di preliminare esprime pur sempre «una rilevanza programmatica ed effettuale», ineliminabile proprio in relazione alla previsione dell’obbligo di stipulare il contratto definitivo¹⁶.

Quindi, ammettere l’applicabilità dell’art. 1418, co. 2, c.c., significherebbe travolgere anche tale parte valida del contratto¹⁷. Conseguentemente, aveva ritenuto preferibile l’applicazione della nullità parziale di cui all’art. 1419 c.c.¹⁸.

Tuttavia, tale proposta aveva suscitato delle critiche in quanto trascurava che il problema della validità del preliminare di preliminare concerneva un elemento non suscettibile di frammentazione: la causa¹⁹. Quindi, se si optava per il rimedio della nullità, quest’ultima avrebbe potuto essere soltanto la nullità totale ai sensi dell’art. 1418, co. 2, c.

15 Il preliminare di preliminare è, infatti, funzionale anche alla stipula del contratto definitivo. In tal senso è orientata pacificamente la giurisprudenza di legittimità. Cass., SS. UU., 18 maggio 2006, n. 11624: «Il contratto preliminare non è più visto come un semplice *pactum de contrahendo*, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un, sia pure futuro, dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono, pur senza confondersi, ma nel caso dell’altruità rimangono distinti, appunto perché lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall’essere stato - o non - a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela».

16 Espressione utilizzata dalla S. C. nella pronuncia in commento.

17 In tal senso si è espresso anche TOSCHI VESPASIANI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul preliminare di preliminare*, in *Questione Giustizia*, 20 Marzo 2015, <http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-sezioni-unite-si-pronunciano-sul-preliminare-di-preliminare20-032015.php>.

18 La tesi dell’operatività della nullità parziale è stata sostenuta in dottrina anche da: TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014, p. 20.

19 Cfr. RESTIVO, *ibidem*.

4 Meritevolezza del preliminare di preliminare e causa in concreto

Le Sezioni Unite della Cassazione vengono chiamate, dunque, a indagare, sotto un profilo dinamico, gli accordi contrattuali in tema di vendita immobiliare, con riguardo alla fase antecedente alla stipula dell'atto traslativo finale²⁰.

Dopo aver preso atto dell'evoluzione della contrattazione immobiliare, in relazione alla vendita tramite intermediazione, che si esprime, il più delle volte, in una tripartizione delle fasi contrattuali, la Suprema Corte, con un'operazione ricognitiva, ha rammentato l'esistenza di diversi e contrapposti orientamenti in tema di validità del preliminare di preliminare: l'uno tradizionale, che diffida dell'ammissibilità del preliminare di preliminare, l'altro "possibilista", che guarda con maggiore favore al "preliminare aperto"²¹.

Secondo un indirizzo interpretativo favorevole all'ammissibilità del preliminare di preliminare, la sua meritevolezza si giustifica con la circostanza che il medesimo "non contiene un semplice obbligo a obbligarsi, quanto invece l'obbligo (meritevole di tutela) di pervenire alla conclusione di un contratto definitivo (seppur tramite un altro contratto)"²².

In base ad un'altra ricostruzione, di matrice dottrinale, la meritevolezza del preliminare si giustificherebbe in relazione alla nozione di causa concreta che lo sorregge, ossia in relazione a quella sintesi di interessi concreti che, in una determinata situazione concreta, spinge le parti a concludere tale contratto²³.

Secondo altri, il preliminare di preliminare non solleva alcun problema di *bis in idem* in ragione della diversità contenutistica e funzionale esistente tra il primo preliminare e il secondo preliminare: in particolare, il

20 Di seguito un passo della sentenza che individua le ragioni dell'indagine: «Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo».

21 L'orientamento possibilista è condiviso generalmente da quanti sostengono il carattere pluralista del contratto preliminare: SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1003 ss. Invece, secondo le Sezioni Unite, l'orientamento negazionista origina da una certa diffidenza maturata nei confronti della "contrattazione" antecedente al contratto preliminare.

22 LEO, *Un apprezzabile sforzo ricostruttivo non esente da critiche*, in *Guida Dir.*, 2015, n. XIV, p. 51 ss., richiamando un orientamento giurisprudenziale che si era formato nell'ambito della giurisprudenza di merito partenopea (Trib. Napoli, 11 Novembre 1994; App. Napoli 11 Ottobre 1967).

23 LEO, *op. cit.*, p. 51. Questo è stato l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite, suffragando un indirizzo interpretativo di una parte della giurisprudenza di merito: Appello Napoli, 11 Ottobre 1967; Trib. Napoli 28 Febbraio 1995.

secondo preliminare presenterebbe delle pattuizioni dettagliate e puntuali che investono tutti gli elementi del futuro contratto definitivo, mentre il primo preliminare si limiterebbe a disciplinare gli elementi essenziali del contratto, svolgendo l'essenziale funzione di "fermare l'affare", senza creare la "vincolatività" di cui all'art. 1372 c.c.²⁴. In base a una variante di questa impostazione, il primo e il secondo preliminare divergerebbero anche per il grado di vincolatività che li assiste.

Infatti, se la violazione delle clausole contenute nel primo preliminare può dare luogo esclusivamente ad un problema di responsabilità precontrattuale della parte, le clausole contenute nel secondo preliminare presentano una pregnante forza cogente assistita (salvo esclusione) dal meccanismo dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932, co. 1, c.c.²⁵.

Pertanto, i tratti differenziali sopra richiamati, intercorrenti tra il primo e il secondo preliminare, escludono che possa profilarsi una successione di fattispecie contrattuali identiche con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*. Inoltre, si nota come un problema di meritevolezza non potrebbe investire, in ogni caso, il primo preliminare stipulato dalle parti. Infatti, questo fungerebbe più che altro da termine di paragone per valutare l'avvenuta violazione del suddetto principio da parte del secondo²⁶.

Infine, secondo un altro orientamento, un indice dell'ammissibilità del preliminare di preliminare nell'ambito del nostro ordinamento sarebbe integrato dalla circostanza dell'assenza di una disciplina completa del preliminare. Dai pochi aspetti disciplinati positivamente si evince l'intenzione del legislatore di rimettere all'autonomia negoziale varianti tipologiche del preliminare che, dunque, presenterebbero una "struttura polimorfa" in ragione dei diversi interessi perseguiti dalle parti²⁷.

Orbene, le Sezioni Unite della Cassazione, ritenendo tali contrasti giurisprudenziali solo apparenti prospetta un loro possibile superamento, attraverso un'interpretazione che tiene conto degli effettivi limiti dell'autonomia negoziale in materia di contrattazione immobiliare.

Segnatamente, la Suprema Corte ritiene opportuno andare al di là del *nomen juris* dell'atto negoziale, ritenendo preminente un'indagine sulla "comune intenzione" delle parti, mediante il ricorso ai criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c.

24 SALVADORI, *op. cit.*, p. 1003.

25 LEO, *op. cit.*, p. 51.

26 Sul punto convergono anche le Sezioni Unite, con la pronuncia in commento, le quali esplicitamente affermano che «l'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto».

27 Di «struttura polimorfa» parla LEO, *op. cit.*, p. 51. Tuttavia, si precisa, come anche ribadito dalle Sezioni Unite, che l'istituto del contratto preliminare non è un "recipiente di comodo" in cui porre tutti gli istituti dagli incerti confini (ad esempio, l'opzione di definitivo).

In particolare, le Sezioni Unite hanno sostenuto, ricorrendo alla nozione di causa in concreto del contratto, l'ammissibilità di procedimenti negoziali atipici e distanti dalla classica scansione procedimentale contratto preliminare/contratto definitivo: il procedimento negoziale può presentare un'intensità progressiva e "graduata" se, in questo modo, le parti hanno inteso determinarsi²⁸.

Il preliminare di preliminare si inserirebbe all'interno di tale (atipica) sequenza procedimentale ed è meritevole di tutela in quanto sorretto da una causa in concreto che, in questi termini, costituisce fondamento e limite dell'autonomia negoziale, non essendo sufficiente che l'atto negoziale sia provvisto di una causa in astratto richiedendosi, altresì, che questa sia tesa al soddisfacimento di interessi meritevoli e concretamente perseguibili²⁹. Tale deve ritenersi l'interesse della parte ad una «negozia-

28 Si osserva una particolarità in relazione al ruolo assunto dalle parti. La proposta irrevocabile di acquisto (a cui si accompagna la dazione contestuale di una parte del prezzo a titolo di caparra) proviene dal potenziale acquirente e viene trasmessa alla parte venditrice che, quindi, assume il ruolo di oblatore, sebbene sia quest'ultima ad aver offerto il bene al mercato, incaricando l'intermediario. In senso critico all'assunzione della posizione di oblatore da parte del venditore. Cfr. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto di preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. V; ID., *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. I, p. 83: «è facile notare come questo sistema possa pregiudicare l'affidamento del potenziale acquirente, il quale resta del tutto estraneo, pur percependo spesso di esserne vittima, al gioco economico attuato dalla potenziale controparte e dall'intermediario, a tutto vantaggio di colui che intende vendere, sperando di ottenere condizioni più favorevoli, e del mediatore, che cerca di trarre dall'affare una maggiore provvigione».

29 È noto che la causa del contratto abbia avuto diverse stagioni. Prima dell'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 la causa del contratto era stata concepita in senso soggettivo come "*causa obbligandi*" rappresentando i motivi che inducono un determinato soggetto alla conclusione del contratto (l'art. 1104 Codice civile 1865 individuava tra i requisiti essenziali per la validità di un contratto "la causa lecita per obbligarsi"). Con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942 si è abbandonata la concezione soggettiva di causa e si è accolta una concezione oggettiva corrispondendo la causa alla funzione economico-sociale del contratto ovvero a una «minima unità effettuale». V. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁷, Napoli, 2008, p. 375. Tuttavia, tale impostazione oggettiva di causa aveva sollevato dei problemi in quanto tale nozione di causa finiva per sovrapporsi al tipo, sebbene in realtà siano nozioni distinte, l'una rappresentando un elemento costitutivo del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c., la seconda individuandone lo schema legale. Sulla base di questa obiezione di fondo si è fatta strada, prima, in dottrina e, poi, in giurisprudenza l'idea che la causa debba rispondere ad una funzione diversa da quella economico - sociale e si è sostenuto come la stessa integrasse la funzione economico-individuale del contratto, costituendo la sintesi degli interessi concreti perseguiti dalle parti. Tale impostazione consente di differenziare la causa dal tipo, con la conseguenza che l'indagine (giudiziale) sulla causa del contratto si pone tanto rispetto ai contratti atipici, per i quali il vaglio di meritevolezza è espressamente previsto *ex lege*, quanto per i contratti tipici. Sul tema della causa del contratto la dottrina è vastissima. *Ex multis*: DIMAJO, *Causa del negozio giuridico* (voce), in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 1994; BRECCIA, *La causa*, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1999; BIANCA, *Il contratto*², in *Dir. civ.*, Milano, 2000; CAMARDI, *Le istituzioni di diritto privato contemporaneo*², Napoli, 2007; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968; ID.,

zione consapevole e informata»³⁰.

La Suprema Corte ha affermato, quindi, l'ammissibilità del preliminare di preliminare, valorizzando l'autonomia negoziale nel procedimento di formazione del consenso, così stemperando la rigidità di quell'impostazione teorica che considerava aprioristicamente nullo il preliminare di preliminare per difetto di causa³¹.

Invero, il Supremo Consesso non ha ignorato le intrinseche problematiche connesse al preliminare di preliminare in relazione alle possibili violazioni del principio del *ne bis in idem*, con riguardo alla *causa obligandi*.

Tuttavia, rifuggendo da considerazioni aprioristiche, le Sezioni Unite hanno ritenuto imprescindibile procedere caso per caso ad un'indagine giudiziale sulla causa del contratto, ponendo a confronto il contratto di preliminare di preliminare e il contratto preliminare, al fine di verificare la sussistenza o meno di eterogeneità degli interessi concreti perseguiti dalle parti (a cui corrisponde una diversità del contenuto negoziale).

Tali interessi concreti, che giustificano una formazione progressiva del contratto, possono consistere, ad esempio, per la parte venditrice, nell'esigenza di compiere accertamenti sulla persona della controparte (ad esempio, in ordine alla sua solvibilità ovvero alla provenienza lecita della sua prestazione, ecc.), per la parte acquirente, invece, nell'esigenza di verificare, ad esempio, lo stato urbanistico dell'immobile ovvero la presenza di eventuali vizi.

Quindi, solo un vaglio (giudiziale) di meritevolezza avente ad oggetto la causa del contratto (o, per meglio dire, dei due contratti) consentirebbe

L'“invisibile” presenza della causa del contratto, in Europa e dir. priv., 2002, p. 900 ss.; ID, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997; NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi, L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, n. I; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto Civile, Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951, p. 105 ss.; ROLL, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2001; SACCO, *La causa*, in *Tratt. Dir. Civ.*, Torino, 2004; SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. It.*, 2011, n. X, p. 2044.

30 Nella pratica degli affari, può verificarsi che le parti (soprattutto, il compratore), sentano l'esigenza di acquisire una maggiore sicurezza in ordine alla praticabilità dell'operazione economica, mediante verifiche e acquisizioni di informazioni, riguardanti la persona della controparte (ad esempio, la verifica dell'inesistenza di contiguità mafiose) ovvero lo stato dell'immobile e il suo regime urbanistico. Pertanto, il preliminare di preliminare assolverebbe alla funzione di controllo delle sopravvenienze, coerentemente con l'indirizzo interpretativo contenuto nella sentenza della Cass., SS.UU., 1 ottobre 2009, n. 21045. Nell'ambito di tale pronuncia le Sezioni Unite, pur riferendosi al contratto preliminare, hanno affermato il principio per cui la finalità del contratto preliminare consiste nel «consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento». In tal senso anche DE MATTEIS, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-preliminare_\(Diritto_on_line\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-preliminare_(Diritto_on_line)).

31 Il riferimento è alla Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, poc'anzi esaminata.

di scongiurare possibili violazioni del principio in relazione alla *eadem causa obligandi*³². Ne consegue che l'elemento causale rileva in termini di criterio di utilità del contratto secondo «un'obiettiva e ragionevole visione dei traffici commerciali»³³.

In relazione al caso di specie, la causa in concreto sarebbe integrata, dunque, «dall'interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali», essendo volto, il preliminare di preliminare concluso, a consentire una verifica (assurgendo a strumento di controllo delle sopravvenienze) dell'avvenuta cancellazione dell'ipoteca, senza la quale la parte acquirente verosimilmente non avrebbe concluso l'affare³⁴.

32 Si tratta, dunque, di una soluzione che conferma la nozione di causa del contratto come causa in concreto accolta dalla Cassazione a partire dal 2006. Nell'ambito di tale pronuncia si era affermato che la causa concreta del contratto consiste nello «scopo pratico del negozio» ossia «nella sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato» (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490). Sul tema le Sezioni Unite si sono pronunciate, di recente, sia con la sentenza n. 6538/2010 (Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538) in tema di adempimento del terzo, attribuendo a quest'ultimo la natura di negozio con una causa in concreto suscettibile di essere variamente individuata a seconda delle circostanze concrete, sia con la sentenza n. 3947/2010 (Cass., SSUU, 18 febbraio 2010, n. 3947) elevandolo a criterio discrezionale per distinguere la polizza fideiussoria con clausola a prima richiesta dal contratto autonomo di garanzia. Sul punto, una parte della dottrina ha osservato come il contratto preliminare non sia tanto un contratto tipico quanto uno strumento la cui astratta funzione causale è determinata di volta in volta a seconda delle circostanze concrete (al pari della polizza fideiussoria e dell'adempimento del terzo). Cfr. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 98 ss.

33 In questi termini: NAPOLI, *Il contratto di preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. I, p. 94. In tal senso si sono espresse anche le Sezioni Unite della Cassazione ritenendo che il contratto è meritevole di tutela solo se è idoneo «ad espletare una funzione commisurata agli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale». Conseguentemente, la causa del contratto sembra rispondere ad una duplice funzione: 1) criterio di interpretazione del contratto; 2) criterio di qualificazione del contratto.

34 Così, testualmente, la S. C. Peraltro, la definizione di formazione progressiva del contratto, richiamata dalla Cassazione, è assai distante da quella di carnelluttiana memoria in quanto la condizione da cui sarebbe dipesa nel caso di specie la stipula del contratto definitivo non è meramente potestativa. Infatti, l'espressione «formazione progressiva del contratto», coniata da CARNELUTTI, era utilizzata per descrivere l'ipotesi in cui «il contratto, per la coincidenza della volontà sugli elementi essenziali, si forma bensì, ma è condizionato sospensivamente: l'evento dedotto in condizione sospensiva consiste precisamente nel fatto futuro ed incerto che le parti riescano ad accordarsi su quella o su quella clausola accessoria. Soltanto, perché ciò sia, deve essere chiaramente manifestata la volontà di subordinare l'efficacia del contratto, ormai formato, all'avverarsi di tale condizione». Quindi, si configura ogni volta che la parte si riserva di decidere in ordine al contenuto di determinati termini contrattuali, così posponendo la definitiva conclusione del contratto. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, n. II, p. 318 ss. È abissale la differenza che corre, allora, con la formazione istantanea del contratto. Quest'ultima si

Il Supremo Consesso aderisce così all'indirizzo interpretativo "possibilista" e assegna, attraverso il viatico della causa in concreto, un ruolo centrale all'interprete chiamato a verificare se tale contratto abbia ad oggetto un obbligo a contrarre ovvero un obbligo di contrattare.

In particolare, nel caso in cui il giudice ritenga che il preliminare di preliminare sia imperniato esclusivamente su un obbligo a contrarre, il medesimo assume una rilevanza pratica di cui è lecito e comprensibile dubitare, essendo asservito alla stipulazione di un contratto, il preliminare vero e proprio, avente analogo contenuto, configurandosi una realistica violazione del principio del *ne bis idem*. Infatti, in questo caso, il preliminare di preliminare costituirebbe una mera ripetizione o, per usare un'espressione ormai nota, una "inconcludente superfetazione"³⁵.

Diverso è il caso in cui il preliminare di preliminare abbia ad oggetto "il contrattare". Tale circostanza si verifica quando le parti, con la stipula del preliminare di preliminare, avendo interesse alla formazione progressiva del contratto, manifestano la disponibilità a modificare il contenuto del loro (futuro) negoziare. In tal caso, oggetto dell'obbligazione assunta con il preliminare di preliminare è la negoziazione, il contrattare, che integra, a detta delle Sezioni Unite, una funzione utile, quindi meritevole di tutela, del contratto. Con tale contratto le parti si obbligano esclusivamente a proseguire nelle trattative, con conseguente astratta applicabilità degli artt. 1337 e 1338 c.c. Infatti, le parti, consapevoli dei rischi connessi alla contrattazione, segmentano il procedimento di formazione del contratto, al fine di espletare un controllo sulle sopravvenienze, conseguentemente graduando il trasferimento degli obblighi derivanti dal contratto definitivo, sia sul piano temporale sia sul piano del loro grado di intensità³⁶.

configura quando tra le parti vi è un immediato accordo su tutti gli elementi del contratto per cui si intravede l'assenza di ogni forma di trattativa, per esser la proposta di una parte oggetto di completa adesione da parte dell'altra come, ad esempio, per la contrattazione di massa. Peraltro, il Codice civile del 1942 (come anche il previgente Codice Pisanelli) esclude che le condizioni meramente potestative possano produrre effetti, in quanto invalide ai sensi dell'art. 1355 c.c. Infatti, la condizione deve riferirsi ad un "evento" (oggettivo) futuro e incerto. Nel caso di specie, la condizione non era meramente potestativa, consistendo nell'assenso dell'istituto di credito alla cancellazione dell'ipoteca limitatamente alla porzione di immobile oggetto del contratto di vendita.

35 L'espressione "inconcludente superfetazione" è stata utilizzata dalla Cass., 2 aprile 2009, n. 8038. V. *supra*, par. 2. Secondo le Sezioni Unite non è possibile «assegnare utilità al *bis in idem* in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti», costituendo una "superfetazione inutile".

36 GABRIELLI, *op. cit.*, p. 152. Tale controllo sulle sopravvenienze non è tanto teso ad una rinnovazione del giudizio soggettivo di opportunità e di convenienza di conclusione del negozio, quanto ad una verifica della regolarizzazione di determinati aspetti (circostanza che, peraltro, si è verificata proprio nel caso sottoposto allo scrutinio della Suprema Corte). Come le Sezioni Unite hanno affermato esplicitamente «la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde "ad

La Suprema Corte ha ritenuto, quindi, che «la proceduralizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale», così eliminando gli ostacoli concettuali che rendevano ardua la riconduzione del procedimento formativo come tale all'autonomia negoziale³⁷. In questo modo, il preliminare di preliminare acquisisce una sua autonoma rilevanza quale "accordo procedimentale" stipulato dalle parti per regolamentare la formazione progressiva del loro contrattare.

Invero, in relazione alle intese precontrattuali, in cui è compreso anche il pre preliminare, si rende opportuno distinguere le due seguenti ipotesi: 1) la puntuazione non vincolante, con la quale le parti iniziano a discutere di un possibile affare, che sono prive di efficacia obbligatoria (ad esempio, le dichiarazioni di intenti); 2) la puntuazione vincolante, avente efficacia obbligatoria.

La puntuazione non vincolante si configura all'inizio della contrattazione e l'eventuale recesso dalle trattative non genera alcuna forma di responsabilità, salva l'applicabilità dei principi generali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.

La puntuazione vincolante si configura quando le parti hanno negoziato in modo irrevocabile alcuni profili del contratto.³⁸

Per quanto concerne quest'ultima, che poi altro non configura che un preliminare di preliminare, la Suprema Corte ravvisa l'opportunità di distinguere ulteriormente tra: 1) puntuazioni vincolanti con cui le parti fissano irrevocabilmente gli elementi essenziali dell'accordo che, in questo modo, può definirsi completo, riservandosi di dettare la disciplina degli

un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale», così richiamando testualmente BIANCA, *op. cit.*, p. 452. Vero è che l'effetto di "rinviare" l'attuazione del regolamento contrattuale ad un momento successivo potrebbe essere perseguito anche apponendo un elemento accidentale al contratto come una condizione sospensiva. Le ragioni che possono spingere le parti a preferire un contratto preliminare ad un contratto sottoposto a condizione sospensiva possono consistere, ad esempio, nell'esigenza di valutare nel tempo un perdurante reciproco interesse alla conclusione dell'affare, di riservarsi uno spazio ulteriore di controllo per la verifica dell'esistenza di eventuali vizi del bene, di compiere specifiche attività anche di natura tecnica ovvero amministrativa (ad esempio, l'acquisizione del certificato di efficienza energetica o il certificato di agibilità o il certificato di sicurezza, qualora il venditore non ne sia in possesso al momento della stipula del contratto). Cfr. TORRENTE, SCHLENSINGER, *Manuale di diritto privato*¹⁷, Milano, 2004, p. 482 ss. Si osserva, altresì, come il "contratto condizionale" non produce l'effetto di "fermare l'affare" (a differenza di quanto avviene con il contratto preliminare). Infatti, esso determina in via definitiva e immediata l'assunzione dell'obbligo contrattuale, salvo rinviare la produzione degli effetti al verificarsi dell'evento futuro e incerto dedotto in condizione.

³⁷ Così, testualmente la S. C. nella pronuncia in commento. Cfr. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, V, p. 1064.

³⁸ Cfr. LEO, *op. cit.*, p. 54.

altri elementi (accidentali) in un momento successivo; 2) punteggiamenti vincolanti incomplete, in quanto sottoscritte dalle parti al solo ed esclusivo fine di “bloccare l'affare”.

In ogni caso, secondo la Suprema Corte, dalla violazione degli obblighi in esse sanciti discende una responsabilità di tipo contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c., così configurando il “preliminare di preliminare” un quasi-contratto.³⁹

Ne consegue che, a detta delle Sezioni Unite, il *modus procedendi* seguito dall'orientamento tradizionale, frutto dell'adesione ad un'impostazione formalistica, basata sulla procedura bifasica preliminare/definitivo, è fallace in quanto “amputa” l'autonomia negoziale (procedimentale)⁴⁰.

Da qui l'importanza dell'interpretazione della “comune intenzione” delle parti, alla quale esclusivamente l'interprete dovrà appellarsi per com-

39 Ritiene il preliminare di preliminare un quasi-contratto PLAIA, *Da inconcludente superfezione a quasi contratto: la parabola ascendente del preliminare di preliminare*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2015, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/05/da-inconcludente-superfezione-a-quasi-contratto-la-parabola-ascendente-del-preliminare-di-preliminare/>. In particolare, secondo l'Autore, l'obbligo del cui inadempimento o violazione si discute non nascerebbe dunque da contratto, ma dalla legge, cioè da un “quasi contratto” ex art. 1173 c.c., «in quanto ricompreso tra gli altri atti o fatti conformi all'ordinamento giuridico. Pertanto, «la verifica volta a valutare la meritevolezza dell'accordo (non contrattuale) sarebbe correlata alla sussistenza della causa concreta del suddetto quasi-contratto».

40 Si rileva come, la tipologia di autonomia negoziale considerata in questa sede non sia la generica autonomia negoziale, ma una sua particolare *species*: l'autonomia negoziale procedimentale, che concerne specificatamente il piano procedimentale, consistendo nella possibilità per le parti di scandire, adeguandolo alle proprie esigenze, il procedimento di formazione del contratto. Nel senso che da tale pronuncia si ricaverebbe l'esistenza della c.d. autonomia negoziale procedimentale per un approfondimento si rinvia a: BENEDETTI, *ibidem*; ID., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002. In senso critico al percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte, pur apprezzando la distinzione tra obblighi procedimentali derivanti dal preliminare di preliminare e obblighi sostanziale derivanti dal contratto preliminare, si rinvia a PALERMO, *op. cit.*, p. 1064. Mi pare che si esprima criticamente alla configurazione del preliminare di preliminare anche DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 5, 2015, p. 1064. L'Autore manifesta delle perplessità rispetto alla configurazione del preliminare di preliminare, dubitando che possa atteggiarsi a causa del contratto la differenziazione dei contenuti negoziali: «Di talché non è chi non veda come il contratto preliminare (che si immagina) n. 1, a cui dovrebbe seguire un preliminare n. 2, non è tale in realtà ma solo manifestazione dell'interesse delle parti a predisporre così una prima *tranche* di materiale normativo, ma privo di ogni forma vincolante come tale. E a ciò poco giova l'emersione di un interesse delle parti a predisporre gradualmente il contenuto del contratto, perché si tratta di interesse “di mero fatto” ma privo di ogni *vestmentum* giuridico. Questo può essere rappresentato solo dalla volontà di ritenersi vincolati “alle condizioni”(essenziali) recate dall'accordo, così come fissate dall'art. 1325 c.c., anche se nella forma dell'obbligo a contrarre». Quindi, riprendendo le parole dell'Autore, la causa concreta del contratto non può considerarsi un «*pass partout* per delegare alle parti un controllo che spetta pur sempre all'ordinamento, quale giudizio sulla compatibilità tra l'atto di autonomia e i valori di esso». In tal senso, anche GALGANO, *Il contratto*², Padova, 2011, p. 154.

prendere se l'atto negoziale rientri tra i "vincoli obbligatori a carattere prenegoziale", per i quali opera il regime di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. ovvero tra le "figure contrattuali atipiche", che denotano l'arrivo ad uno stadio prenegoziale molto avanzato per le quali la Suprema Corte ritiene integrato un regime di responsabilità contrattuale, seppur nei limiti dell'interesse negativo⁴¹.

5 Osservazioni conclusive e profili critici

In via preliminare, si osserva come l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia in commento non abbia integrato un vero e proprio *overruling* giurisprudenziale, in quanto si limita ad apportare un temperamento ai principi espressi con la sentenza del 2 aprile 2009, n. 8038.

L'esistenza di una linea di continuità con la sentenza richiamata sembra essere confermata dall'utilizzo dell'avverbio «soltanto»⁴². Ne consegue che, a detta della Suprema Corte, il preliminare di preliminare non è valido *ex se*, ma solo nella misura in cui ("soltanto") presenti una causa concreta consistente nell'interesse delle parti ad una formazione progressiva dell'accordo e dalla quale, come conseguenza, derivi l'eterogeneità dei contenuti negoziali.

Infatti, la dinamica funzionale del contratto può richiedere che siano inseriti "momenti" ulteriori nel procedimento negoziale, che costituiscono "occasione di riflessione" per le parti con riguardo all'esame e alla risoluzione di determinate questioni.

Tali "fasi" procedurali aggiuntive alterano la scansione tradizionale tipica, contratto preliminare-contratto definitivo, dando origine ad una struttura (almeno) tripartita atipica del procedimento negoziale.

La meritevolezza sociale dell'interesse (procedimentale) ai sensi dell'art. 1322 c.c. deve misurarsi in relazione all'esistenza o meno di un fine pratico utilmente perseguibile.

Nel caso di specie, lo scopo pratico perseguito dalla parte promissaria

⁴¹ In questi termini, il vaglio di meritevolezza del preliminare di preliminare rimesso al giudice si traduce in un compito tutt'altro che agevole, dovendo verificare in prima battuta se tale accordo integra una puntuazione, un preliminare ovvero un preliminare di preliminare, e in quest'ultimo caso di verificare se il medesimo sia meritevole di tutela in quanto fondato su un interesse concreto delle parti alla formazione progressiva dell'accordo.

⁴² «Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare».

acquirente consisteva nella necessità di verificare, prima della sottoscrizione del contratto preliminare, che la parte venditrice avesse provveduto ad ottenere la cancellazione di un'ipoteca gravante sull'immobile, oggetto di vendita. Nella prospettiva della promissaria acquirente la cancellazione dell'ipoteca ovvero la sua permanenza, riflettendosi sullo stato di libertà da vincoli e pesi del bene, avrebbe inciso radicalmente sull'*an* della conclusione dell'affare.

Del resto, rientra nella libertà contrattuale della parte il diritto di scegliere di acquistare beni che soddisfino precise esigenze e, quindi, di riservarsi di verificare la rispondenza delle caratteristiche del bene al suo effettivo stato prima della conclusione del contratto preliminare in senso proprio. Tale "scopo pratico" integra un interesse concreto meritevole di protezione per la Suprema Corte. Un interesse che, inserendosi nel procedimento negoziale, altera la sua "tipica" dinamica funzionale legittimando la creazione di «vincoli obbligatori a carattere prenegoziale»⁴³.

Con l'elaborazione della nozione di causa in concreto, pertanto, si è attribuita rilevanza al possibile mutare del contesto economico e sociale che involge una determinata realtà sociale nel corso del tempo. La causa concreta rappresenta uno strumento fondamentale in quanto consente all'interprete di modellare gli spigoli di un rigido schematismo che, talvolta, caratterizza il diritto. Lo scopo è adeguarlo alle esigenze della prassi e dell'esperienza sociale, sullo sfondo di un auspicabile transito dalla mera astrazione alla razionalità dell'ordinamento giuridico quando tra l'una e l'altra si crei uno scollamento che si traduca in una *deminutio* di tutela per i consociati⁴⁴.

L'indirizzo interpretativo seguito dalla Suprema Corte è coerente con la natura di "promessa di prestazione" del contratto preliminare, sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità, fin dal 1985, e dalla dottrina prevalente, della quale con la pronuncia in commento sono stati recepiti gli approdi interpretativi e teoretici⁴⁵.

43 Espressione utilizzata dalla S.C.

44 Con riguardo alla bibliografia in tema di causa in concreto si rinvia *supra*, nt.31.

45 Con la pronuncia Cass., SS.UU, del 27 febbraio 1985, n. 1720 si è affermato il principio secondo il quale anche nel caso di preliminare puro (e non solo di preliminare complesso) assumono rilevanza le inesattezze e vizi relativi al bene successivamente palesatisi, con conseguente possibilità di richiedere la riduzione del prezzo. Di seguito, la massima: «nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre derivante da preliminare di vendita può farsi valere anche la domanda diretta ad ottenere una riduzione di prezzo a fronte di consegna di un bene che sia difforme da quello oggetto di previsione (ad esempio riduzione di superfici) purché tale difformità non concretizzi un *aliud pro alio*». Si rinvia per approfondimenti a: CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto civile 2013*, Roma, 2014, p. 578; DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, 1985, VI, p. 1636 ss.; GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. Comm.*, 1986, n. II, p. 303 ss.

La pronuncia in commento, pur presentando un'indubbia rilevanza per aver aperto il varco all'ammissibilità del preliminare di preliminare, recedendo gli orientamenti della dottrina prevalente, non è immune da profili di ambiguità che pure si ritiene opportuno, in questa sede, segnalare.

In primo luogo, le Sezioni Unite, nel sancire l'ammissibilità del preliminare di preliminare, non hanno compiuto una precisa distinzione tra profilo di meritevolezza e profilo di validità, quasi a sostenerne un'omogeneità sostanziale, suffragata dal richiamo alla nozione di causa in concreto del contratto. Tale *modus procedendi* solleva delle perplessità, in quanto alle due categorie corrispondono meccanismi distinti sul piano teoretico e applicativo.

In relazione alla categoria della validità, o meglio invalidità, la medesima viene in rilievo, come noto, in relazione a ipotesi di causa assente ovvero illecita.

La meritevolezza (di tutela), invece, rinvia al concetto di conformità all'ordinamento giuridico, e quindi di utilità in senso oggettivo (non soggettivo) dell'atto negoziale per le parti, in assenza della quale è preclusa la sua giuridicizzazione e, con essa, ogni tutela giuridica. Ben potrebbe accadere che un accordo presenti una causa in concreto, per cui è valido e, allo stesso tempo, possa comunque sollevare perplessità in merito alla sua utilità.

Dunque, si ritiene condivisibile l'opinione di quanti ritengono che in ordine al preliminare di preliminare «non venga in questione la validità dell'atto, ma la sua riconoscibilità quale strumento giuridico idoneo a comporre un effettivo contrasto di interessi economici».⁴⁶

Sarebbe stata certamente apprezzabile una distinzione da parte delle Sezioni Unite secondo cui il preliminare di preliminare può essere considerato: 1) valido, in quanto "munito" di causa concreta; 2) meritevole di tutela e, quindi, giuridicizzabile, in quanto "utile"⁴⁷.

Un altro aspetto intorno al quale si annida una certa ambiguità riguarda la natura degli obblighi discendenti dal preliminare di preliminare e il conseguente regime di responsabilità. Obblighi che le Sezioni Unite ritengono

La dottrina orientata in senso favorevole all'ammissibilità del preliminare di preliminare è vastissima. *Ex multis* si rinvia a: CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Riv. not.*, 2010, n. 1, p. 42; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, p. 50 (mi pare che l'Autore non dubiti della validità del pre preliminare, bensì della sua giuridicizzabilità); D'AMBROSIO, *Riv. not.*, 1980, n. VI, p. 1555 ss.; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*³, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, p. 275; TOSCHI VESPASIANI, *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata"*, in *Contratti*, 2009, p. 991; CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 614; FESTI, *op. cit.*, p. 626.

46 GAZZONI, *op. cit.*, p. 50.

47 FESTI, *op. cit.*, p. 630; TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014, p. 17; GAZZONI, *op. cit.*, pag. 50: in relazione al pre preliminare «non viene in questione la validità dell'atto, ma la sua riconoscibilità quale strumento giuridico idoneo a comporre un effettivo contrasto di interessi economici»; più in generale, anche GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 152.

di comprendere tra “gli altri atti o fatti idonei” di cui all’art. 1173 c.c.

Le Sezioni Unite, inquadrando il preliminare di preliminare nell’ambito di tale terza categoria di fonti (“gli altri atti e fatti idonei conformi all’ordinamento giuridico” ex art. 1173 c.c.), dimostrano di ritenerlo estraneo alla categoria del contratto propriamente inteso e confermano la tesi secondo la quale il medesimo si colloca a metà strada tra un’intesa precontrattuale e un contratto in senso proprio, integrando un “quasi-contratto”⁴⁸. Se così è, allora inevitabilmente si pongono dei problemi di coerenza con il regime di responsabilità individuato dalla Suprema Corte.

In particolare, la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale da inadempimento di un’obbligazione riconducibile al *tertium genus* degli “altri atti o fatti” di cui all’art. 1173 c.c. costituisce il *punctum dolens* della sentenza in commento.

Il riferimento alla “responsabilità contrattuale” è suscettibile di essere interpretato secondo una duplice lettura ricostruttiva.

Secondo una prima possibile ricostruzione, dalla violazione degli obblighi del preliminare di preliminare può discendere solo una forma di responsabilità precontrattuale ai sensi dell’ art. 1337 c.c.: pertanto, la Suprema Corte, richiamando la “responsabilità contrattuale”, avrebbe semplicemente inteso prendere posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale⁴⁹.

Viceversa, secondo un’altra tesi, la Suprema Corte ha inteso riferirsi propriamente al modello di responsabilità contrattuale di cui all’art. 1218 c.c.⁵⁰. La premessa alla base di tale riflessione sarebbe l’implicita attribuzione della natura di vero e proprio contratto ex art. 1321 c.c. al preliminare di preliminare che, tuttavia, non appare evincersi *de plano* dal tenore della pronuncia in commento⁵¹.

48 La paternità dell’espressione «quasi-contratto» in relazione al preliminare di preliminare è da attribuirsi ad PLAIA, *ibidem*, secondo il quale «a questo punto, però, andrebbe chiarito ed affermato, senza ambiguità, che il “preliminare di preliminare” - nella ricostruzione fattane dalle Sezioni Unite e condivisa dalla dottrina citata - non è un contratto, ma un quasi contratto». Tale Autore riconosce il merito a tale pronuncia di aver restituito «una qualche rilevanza giuridica alla vicenda del preliminare di preliminare». Peraltro, tale qualificazione rimanda a quella particolare fonte che, nel sistema (chiuso) delle fonti delle obbligazioni previsto dal Codice Pisanelli, era per l’appunto così denominata.

49 FESTI, *op. cit.*, p. 628. Peraltro, in modo divergente da quanto affermato dalla giurisprudenza prevalente e da una parte della dottrina, che sostengono la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale. In dottrina *ex multis*: BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000; *Il contratto*².

50 CARBONE, *op. cit.*, p. 624; BENEDETTI, *ibidem*.

51 «Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un’obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto

Invero, delle ambiguità si annidano, su un piano tassonomico, anche intorno al tentativo di catalogazione delle punteggiamenti o minute compiuto dalla Suprema Corte.

Invero, secondo la nomenclatura dalla medesima suggerita, occorre distinguere tra “mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”. In entrambi casi tanto più dettagliato è il loro contenuto quanto più ci si avvicina al contratto preliminare. Mentre nel primo caso non si configurano vincoli obbligatori a carattere prenegoziale, nel secondo sì. Inoltre, la puntuazione vincolante può essere preordinata anche “solo” a bloccare l’affare ovvero a disciplinare singoli profili che le parti reputano più o meno essenziali ai fini della prosecuzione della contrattazione.

Orbene, non è chiaro, sul piano pratico, in cosa si traduca questa distinzione e quali siano gli elementi “sintomatici” che consentono di ritenere di essere al cospetto di una puntuazione vincolante. Infatti, nel momento in cui le parti avviano le trattative di un affare di un certo rilievo economico, come spesso accade per gli acquisti di beni immobili, iniziano a determinarsi rispetto a determinati elementi dell’affare.

Quindi, premesso che uno *step* imprescindibile sarà integrato da un’indagine avente ad oggetto la “comune intenzione” delle parti, non è ben chiaro il *discrimen* tra l’una e l’altra.

A *fortiori ratione*, il problema si pone quando una parte abbia sottoscritto un generico accordo al fine di “fermare” l’affare. La genericità del contenuto dell’accordo pre preliminare, considerato di per sé, non depone in senso favorevole alla possibile configurazione della sua natura vincolante. Ne consegue che, verosimilmente, sarà questa l’ipotesi in cui più frequentemente delle altre potranno ravvisarsi possibili violazioni con il principio del *ne bis in idem*, in relazione all’inutilità dell’introduzione di una fase procedimentale ulteriore priva di uno scopo pratico specificatamente individuato.

(n.d.a. ossia un’obbligazione ai sensi dell’art. 1173 c.c.) e non propriamente *ex contractu*». Secondo una ricostruzione dottrinale, la Suprema Corte avrebbe potuto cogliere l’occasione di sottrarre il preliminare di preliminare al “mondo” delle intese precontrattuali al fine di valorizzarne la forza cogente, così facendo scaturire dalla sua violazione una forma di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. Nel senso di considerare il preliminare di preliminare come un vero e proprio contratto procedimentale, ossia un accordo avente ad oggetto la formazione progressiva del contratto, ossia il contrattare v. BENEDETTI, *ibidem*. L’Autore sostiene, inoltre, la natura contrattuale della responsabilità derivante dalla violazione del pre preliminare anche se nei limiti dell’interesse negativo. Anche PLAIA analizza criticamente la pronuncia in commento in quanto con l’attribuzione della qualifica di contratto al pre preliminare si sarebbe potuto procedere alla seguente *magna divisio* tra puntuazione (vincolante e non vincolante) e preliminare di preliminare. Dalla violazione degli obblighi discendenti dalla prima sarebbe discesa una responsabilità precontrattuale con conseguente diritto al risarcimento del danno nei limiti dell’interesse negativo. La violazione di obblighi compresi nel contratto di preliminare di preliminare (o preliminare-aperto) sarebbe stato fonte di responsabilità contrattuale con risarcimento dell’interesse positivo. V. PLAIA, *ibidem*.

Infine, un ultimo rilievo critico, che la pronuncia in commento sembra suggerire, attiene al ristretto ambito di ammissibilità del preliminare di preliminare. La Suprema Corte non ha attribuito, infatti, una valenza generalizzata al principio di diritto espresso⁵². Pertanto, problemi continueranno a porsi al di fuori del settore della vendita immobiliare: ad esempio, per il preliminare di appalto, per il preliminare del contratto di lavoro, per il preliminare di società.

Al di là dei profili critici rilevati, con tale pronuncia si assiste, dunque, coerentemente con il *trend* degli ultimi anni, a un'esaltazione dell'autonomia negoziale (procedimentale), che non può essere limitata quando la stessa miri alla realizzazione di interessi economici delle parti, quand'anche siffatti interessi si concretano nella mera ed esclusiva dilatazione dei tempi di conclusione del contratto, da cui discende, altresì, l'ammissibilità di procedimenti negoziali atipici⁵³. Un'autonomia privata che, tuttavia, si ritiene debba trovare un limite in sé stessa laddove si traduca in un "abuso", in quanto non sia tesa alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, concretandosi, al contrario, in duplicazioni contrattuali inutili, sanzionate dall'ordinamento giuridico con l'inefficacia.⁵⁴

52 LEO, *op. cit.*, p. 54.

53 BENEDETTI, LAZZARO, *Sulla compravendita: questioni pratiche e soluzioni giurisprudenziali*, Milano, 2015, p. 287.

54 STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il preliminare di preliminare è valido; anzi no*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2, 2015, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/06/secondo-le-sezioni-unite-il-preliminare-di-preliminare-e-valido-anzi-no/>.