

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPAIA - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Configurabilità e validità della figura del "preliminare di preliminare": la questione va alle Sezioni Unite.

Nota a [Cass. civ., sez. II, 12 Marzo 2014, n. 5779](#)

di **Giovanni ALESSI**

Da sempre discussa, in dottrina e giurisprudenza, è l'ammissibilità del c.d. "preliminare di preliminare", atto in forza del quale le parti si obbligano alla futura stipulazione non di un contratto definitivo, bensì di un contratto preliminare.

Si è soliti nella prassi ricorrere al contratto preliminare quando, dopo aver individuato i termini essenziali di un determinato affare, si intende "cristallizzarlo" in vista della futura conclusione di un contratto definitivo. Questo interesse al rinvio si ha generalmente in due situazioni.

In primo luogo, quando almeno una delle parti, pur essendo giunta ad una valutazione definitiva sulla convenienza economica dell'affare, ritiene opportuno compiere determinati accertamenti e controlli sui presupposti di validità e di regolarità del contratto.

In secondo luogo, l'interesse delle parti alla stipula di un preliminare si realizza quando le stesse, una volta raggiunto l'accordo su alcuni elementi essenziali, intendono vincolarsi alla conclusione dell'affare, al momento non realizzabile.

Alla luce di tali sintetiche considerazioni si può dunque affermare che la funzione economica riconosciuta al contratto preliminare (vincolare le parti alla futura conclusione di un contratto definitivo) non giustificerebbe la creazione

di un contratto, anch'esso preliminare, che impegni le parti alla stipula non di un definito, bensì di un nuovo preliminare.

Proprio per tale motivo in dottrina e giurisprudenza (prima della pronuncia oggetto della presente riflessione¹) si è sostenuto con sempre maggior forza la nullità per difetto di causa di tale tipo di pattuizione.

Inizialmente si è tentato di fornire una giustificazione causale alla stipulazione di un "preliminare di preliminare". In virtù del principio dell'autonomia della volontà negoziale (art. 1322 c.c.), è stato affermato che la figura in esame deve ritenersi ammissibile e meritevole di tutela nel nostro ordinamento qualora la stessa costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento d'interessi².

In un momento successivo, la giurisprudenza di legittimità ha sancito la nullità per difetto di causa del *"contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare), non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione"*³.

La stessa Corte di Cassazione ha poi affermato il principio secondo cui *"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"*⁴.

In altri termini, secondo tale orientamento, non è possibile impegnarsi vicendevolmente a concludere un contratto attraverso cui ancora ci si obblighi all'acquisto di un bene.

Una simile pattuizione sarebbe nulla per mancanza di causa, non avendo senso pratico promettere ora di promettere ancora in futuro.

Pertanto, il "preliminare di preliminare" non potrebbe mai avere efficacia vincolante per le parti, potendo al più riconoscersi in esso, qualora sia redatto per iscritto, come accade nelle transazioni immobiliari, una mera "minuta di contratto" o puntuazione.

Anche dottrina maggioritaria si è mostrata contraria alla possibilità di ricorrere alla figura del "preliminare di preliminare".

Se infatti si è già formato un accordo in ordine agli elementi essenziali del contratto e sussiste solo un margine di dubbio in ordine all'opportunità di procedere effettivamente alla stipulazione concordata, si potrà essere di fronte, rispettivamente, ad un preliminare vero e proprio ovvero ad un'intesa

¹ Cass., Sez. II, 12 marzo 2014, n. 5779.

² Ben potendo le parti, secondo tale orientamento, *"dapprima addivenire ad un contratto in cui siano precisati i soli elementi strettamente essenziali della stipulanda vendita (cosa, prezzo, modalità di pagamento, etc.), indi ad un contratto che, pur non costituendo vendita definitiva, puntualizzi dettagliatamente e con precisione tutti gli elementi della stessa per poi, infine, giungere alla stipula della vendita definitiva con effetti reali"*. Si vedano, in particolare: Trib. di Napoli, 28 febbraio 1995, n.2039; Trib. di Napoli, 11 gennaio 1994; Trib. di Napoli, 8 maggio 1991; Trib. di Napoli, 19 febbraio 1992; Trib. di Napoli, 19 dicembre 1986, n.595/87; App. di Napoli, n.1796/1990; App. di Napoli, 11 ottobre 1967.

³ Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038.

⁴ Cass. civ., sez. II, 10 settembre 2009, n. 19557.

precontrattuale, a seconda che sussista o meno la concreta volontà di obbligarsi alla conclusione del contratto, ma una mera duplicazione dello stesso sarebbe priva di giustificazione causale⁵.

Tale orientamento, come detto è prevalente, rischia però, secondo la prospettiva di altra parte della dottrina⁶ nonché del recentissimo indirizzo giurisprudenziale in esame⁷, di non tenere nel dovuto conto l'effettiva volontà manifestata dalle parti, che hanno espresso l'intenzione di volersi impegnare alla sottoscrizione non di un contratto definitivo, bensì di un preliminare.

La Suprema Corte infatti, chiamata a pronunciarsi sulla postulata nullità di un contratto preliminare relativo alla vendita di una porzione di fabbricato, in cui si prevedeva la stipulazione di un "*regolare preliminare di compravendita ove, entro un certo termine, il Banco di Napoli avesse dato il suo assenso alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) su tale porzione immobiliare*", decidendo di rimettere la questione alle Sezioni Unite sottolinea l'importanza di una serie di questioni rimaste aperte.

In primo luogo "*potrebbe dubitarsi della nullità del contratto preliminare il*

⁵ Da un lato, facendo leva sulla funzione che il preliminare mira a raggiungere, alcuni autori hanno affermato che il contratto preliminare, quale contratto meramente obbligatorio avente ad oggetto la stipulazione d'un futuro contratto, in tanto può avere una funzione in quanto il contratto di cui prevede la stipulazione sia idoneo a produrre effetti diversi, più intensi o più specifici di quelli offerti dal preliminare stesso, cosa che non si verifica allorché il secondo contratto abbia l'identica portata obbligatoria del primo (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 826; A. MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 78). Dall'altro, altri autori, temperando la suesposta teoria, hanno ammesso la possibilità che un contratto preliminare preveda la conclusione di un'altra fattispecie preliminare che determini a sua volta un'intensificazione del vincolo tra le parti, in prospettiva di un futuro e pieno soddisfacimento dei rispettivi interessi finali. Pertanto, secondo la tesi negativa, una successione di contratti preliminari non potrebbe mai corrispondere ad un interesse concreto delle parti e non troverebbe riscontro nella realtà del traffico giuridico ma, al contrario, sminuirebbe la irrevocabilità dell'impegno di concludere il definitivo e ridurrebbe lo stesso preliminare a poco più di una dichiarazione di trattativa (E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 124; A. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 683). Altri autori ancora, pur vedendo nella figura in esame un'inutile tappa intermedia dell'attività di negoziazione, hanno cercato di offrire un'interpretazione che consentisse in qualche modo la conservazione del contratto. All'uopo, si è affermato che il difetto della causa tipica riscontrabile nella fattispecie non deve portare automaticamente alla nullità definitiva ed assoluta del contratto medesimo, potendosi prevedere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1424 c.c. e in ossequio al principio sancito dall'art. 1367 c.c., la conversione in un contratto preliminare ordinario (G. GABRIELLI, *Contratto preliminare. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. div.*, 1987, vol. II, p. 422; P. CARBONE, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, in *Diritto e giur.*, 1995, p. 464; Pret. Firenze, 19 dicembre 1989, in *Giur. Merito*, 1990, p. 466). Infine, in una differente prospettiva, si è ipotizzato che il secondo preliminare, quello c.d. chiuso, sia previsto solo come riproduzione del preliminare c.d. aperto, che verrebbe, quindi, a porsi come l'unico vero preliminare, nel quale sono contestualmente previsti due obblighi: l'obbligo di concludere un contratto definitivo e l'obbligo di ripetere nella forma dell'atto pubblico il preliminare concluso (Pret. Bologna, 9 aprile 1996, in *Giur. It.*, 1996, vol. 1, II, p. 540, con nota conforme di F.A. MAGNI, *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*).

⁶ Infatti, già parte della dottrina, facendo proprio leva sul principio di autonomia contrattuale sancito dall'art. 1322 c.c., ha sostenuto che non vi sarebbero limiti all'autonomia delle parti, le quali ben potrebbero configurare un primo accordo obbligatorio, non suscettibile di esecuzione in forma specifica, che solo una volta integrato con ulteriori successive pattuizioni conduca ad un secondo accordo, suscettibile di tale forma di attuazione. Secondo tale prospettiva, il contratto in tal modo perfezionato, comunque, non sarebbe un vero e proprio preliminare ma un contratto atipico a contenuto obbligatorio.

⁷ Cass., Sez. II, 12 marzo 2014, n. 5779.

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 subordinatamente condizionata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.

In aggiunta, prosegue la Suprema Corte, *"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”.*

Pertanto, alla luce del principio generale previsto dall'art. 1419, co. 1, c.c.⁸, *"appare difficile [...] 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”.*

Tale ricostruzione apre dunque alla possibilità che un accordo tra le parti che preveda l'obbligo di stipulare un contratto preliminare possa essere riconosciuto come valido ed inquadrato nell'ambito dei contratti atipici, con efficacia obbligatoria meritevole di tutela ex art. 1322 c.c.

Nella soluzione ravvisata dalla Corte di Cassazione si percepisce la profonda duttilità che la figura del "preliminare di preliminare" presenta, nonché la capacità di soddisfare interessi concreti delle parti, sprovvisti di uno schema tipico in grado di tutelarli, il tutto in ossequio ai principi di conservazione degli effetti giuridici del contratto e, soprattutto, di salvaguardia dell'autonomia negoziale, laddove sussistano delle particolari condizioni che rendano meritevoli di tutela gli interessi delle parti.

Alla luce di tali considerazioni, rilevando la necessità di un'analisi fondata sul caso concreto, il Supremo Collegio ha dunque rimesso la soluzione di tale accesso dibattito all'attenzione delle Sezioni Unite.

⁸ Secondo il quale una nullità parziale comporta la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte.