
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - 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) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - 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) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - 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, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Cassazione civile, Sez. Un., n. [4628/2015](#) e funzione economico-individuale del "preliminare di preliminare": validità ed esecuzione in forma specifica se sorretto da un interesse meritevole di tutela.

Articolo di **Giulia CIVIERO**

Le [Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione](#) sono state di recente chiamate a pronunciarsi ancora una volta sulla nullità o meno del c.d. "preliminare di preliminare".

La II sezione civile, che ha investito le Sezioni Unite della questione con l'ordinanza di rimessione del 12 aprile 2014, è ben conscia della tradizionale e consolidata – almeno nella giurisprudenza di legittimità – posizione circa la nullità di tale tipologia contrattuale per difetto di causa. Infatti, secondo l'indirizzo della Cassazione prevalente fino al 6 marzo scorso, quello di

“*obligarsi ad obligarsi*” non sarebbe un interesse meritevole di tutela in quanto produttivo di una inutile complicazione¹.

La sezione rimettente ha tuttavia ritenuto che la suddetta soluzione non fosse da considerarsi assolutamente e aprioristicamente valida per qualsiasi ipotesi realizzabile nella prassi dei negozi preceduti da un preliminare. Pertanto la sezione semplice ha sollecitato le Sezioni Unite a una più approfondita analisi della questione, sottolineando anche il fatto che la questione non pareva così del tutto pacifica in dottrina e in giurisprudenza di merito, e che un intervento della Suprema Corte in funzione nomofilattica sarebbe stato altresì opportuno in quanto mai avvenuto fino a quel momento.

Il c.d. “preliminare di preliminare” è tipologia contrattuale molto comune nella pratica delle compravendite immobiliari, anche per questo motivo la pronuncia in commento risulta di particolare rilievo.

Più nello specifico, il preliminare di preliminare consiste in un contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo e ulteriore contratto ad effetti obbligatori, cioè un secondo contratto preliminare che le vincoli a stipulare in un terzo momento il contratto definitivo².

Tenuto pur fermo tale assunto, non si può tralasciare che, nella realtà dei fatti, alla definizione di “preliminare di preliminare” possono essere ricondotte soluzioni differenti: figure contrattuali atipiche ovvero stadi precontrattuali molto avanzati, a cui corrisponde un vincolo obbligatorio ancora, appunto, prenegoziale³, governato dall'obbligo di buona fede ex art. 1337 c.c.

Il fatto di cui si è occupata la Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza in analisi ha avuto origine con la conclusione di un accordo, definito dalle parti “contratto preliminare d'obbligo”, avvenuto il 9 luglio 1996 per la compravendita di una porzione di fabbricato sita in Avellino. Tale pattuizione conteneva l'impegno a stipulare un contratto preliminare di compravendita nel momento in cui l'istituto di credito, che vantava un diritto reale di garanzia sull'immobile, avesse dato assenso all'esclusione dell'ipoteca che gravava sull'intero fabbricato dalla porzione oggetto di trattativa.

I promittenti venditori agirono, nel novembre del 1996, ai sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ma i promissari acquirenti si difesero in giudizio adducendo la natura di mera minuta o puntuazione⁴ dell'accordo in questione.

¹ In tali termini si è espressa Cass. Civ., n. 8038/2009 (e, in maniera identica, anche 19557/2009), pronunce che verranno in seguito analizzate in maniera più approfondita.

² Definizione che si riscontra in Cass. Civ., n. 8038/2009, Cass. Civ., n. 19557/2009 e nell'Ordinanza di rimessione n. 5779/2014.

³ Cass., Sez. Un., n. 4628/2015.

⁴ Minuta (o puntuazione) consiste nella precisazione scritta dei punti essenziali sui quali si dovrà basare la stipulazione di un contratto o di una convenzione e per i quali è stato già raggiunto un accordo di massima.

Voce *Puntuazione*, in *Vocabolario della lingua italiana Treccani*, III***, Milano, 1991, p. 1210.

Stabilire se si tratti di un contratto preliminare vero e proprio o di una minuta o puntuazione è una valutazione di fatto cui è chiamato il Giudice. Elemento distintivo del contratto preliminare è certamente il raggiungimento di un accordo tra le parti su tutti gli elementi essenziali del rapporto, anche se la determinazione di elementi accessori può essere rimandata ad un momento successivo. Il vero elemento discrezionale però è la volontà delle parti e, a prescindere dal *nomen iuris*, il Giudice dovrà accertarla utilizzando i tradizionali criteri ermeneutici.

Sul punto si vedano: Cass. Civ., 910/2005 e 20701/2007.

Il Tribunale di Avellino, in primo grado, respinse la domanda degli attori ritenendo l'accordo azionato in giudizio un "preliminare di preliminare", come tale nullo per difetto di causa.

Anche la Corte d'Appello di Napoli, successivamente adita, si conformò alla decisione del Tribunale di prima istanza, sottolineando però che il "preliminare di preliminare" può avere una funzione giuridicamente apprezzabile, e pertanto sfuggire alla scure della nullità, laddove produttivo di effetti diversi da quelli del vero e proprio contratto preliminare. Nel caso di specie, però, tale diversità di effetti non parve sussistere e quindi il "preliminare di preliminare" fu dichiarato nullo perché privo di causa.

I promittenti venditori, allora, hanno proposto ricorso per Cassazione per violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1351, 1362 e seg., 1374, 2697 e 2932 c.c.

Gli argomenti dei ricorrenti si basano principalmente su quelle opinioni dottrinali e giurisprudenziali che ammettono il "preliminare di preliminare" nei casi in cui le parti abbiano un concreto, reale e meritevole di tutela interesse ad addivenire alla stipula del contratto definitivo in tre fasi. Nel caso concreto, tale interesse sussisteva sicuramente, poiché i promissari acquirenti avevano necessità di conoscere la decisione dell'istituto bancario sull'ipoteca.

Inoltre, la difesa dei ricorrenti non manca di precisare che il regolare preliminare d'acquisto, da stipularsi a seguito dell'assenso della Banca alla riduzione dell'ipoteca, fosse da intendersi quale formale preliminare, anche ai fini della possibilità di trascrizione ex art. 2645 bis c.c.⁵

Nell'ordinanza di remissione, la seconda sezione della Cassazione dimostra di propendere per un ripensamento della categorica soluzione della nullità di questo tipo di contratti, come sostenuto dai ricorrenti; nella pratica contrattuale, infatti, molteplici e "multi-sfaccettate" possono essere le concrete soluzioni dei paciscenti, alle quali a volte può corrispondere un interesse meritevole di tutela.

I Giudici remittenti non ritengono peraltro coerente che la nullità dei "preliminari di preliminari", ex art. 1419, co. 1, c.c. possa travolgere anche l'obbligo finale di stipula del definitivo. Sul punto però si precisa che, ad opinione di chi scrive, non si vede come la tesi della nullità del "preliminare di preliminare" potrebbe ovviare a tale inconveniente: si tratta di una nullità che investe la causa, e quindi non può non travolgere l'intera pattuizione.

Mancando un'espressa previsione da parte del Legislatore o comunque indici legislativi, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate pertanto sulla validità della figura in questione.

Le precedenti pronunce della Suprema Corte in tema di "preliminare di preliminare" - Cass. Civ., n. 8038/2009 e, negli stessi termini, anche Cass. Civ., n. 19557/2009 - lo definiscono quale *"includente 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,*

⁵ Tale facoltà di trascrizione è stata introdotta con introdotta dall'art. 3, co. 1, del D.l. 669/1996 (datato 31 dicembre 1996, mentre l'accordo oggetto della controversia era stato stipulato il 9 luglio dello stesso anno, n.d.r.), convertito con modificazioni nella l. 30/1997.

anziché prometterlo subito"⁶.

In altri termini, se vi è identità di contenuto tra i due contratti difetta una causa giustificativa: ciò significa che non si potrà mai parlare di obbligo a contrarre nascente dal "preliminare di preliminare".

Di conseguenza, in base a tale ricostruzione va esclusa la possibilità di un'azione ex art. 2932 c.c. per l'esecuzione in forma specifica perché quest'ultima "instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e il definitivo"⁷.

La dottrina tuttavia non ha sempre condiviso l'affermazione della Cassazione. Varie tesi si sono sviluppate a riguardo.

Una prima posizione, abbracciata dall'Ordinanza di rimessione del 2014 e dalla sentenza in commento, ritiene che il preliminare meramente obbligatorio - che obbliga alla stipula di un successivo contratto preliminare - sia valido ed efficace nella misura in cui il secondo contratto produca effetti diversi e sia riconducibile a un interesse meritevole di tutela, ciò non si verifica qualora il primo contratto abbia identica portata obbligatoria del primo⁸.

Una seconda e più isolata opinione, invece, ammette la possibilità di un identico contenuto obbligatorio dei due contratti, qualora il secondo consista in un'intensificazione del vincolo tra le parti.

Sostenuta da un autorevole scuola di pensiero è emersa anche una terza tesi, per la quale il difetto di causa tipica non dovrebbe comportare *tout court* la nullità del "preliminare di preliminare", ben potendo convertirsi quest'ultimo in un preliminare vero e proprio ai sensi degli artt. 1424 e 1367 c.c.⁹

Secondo una quarta corrente di pensiero¹⁰, il secondo preliminare (detto "chiuso") sarebbe previsto dalle parti come mera riproduzione del preliminare "aperto" - il primo - il quale conterrebbe quindi l'obbligo di riprodurre in una forma diversa il patto, eventualmente ai fini della trascrizione ex art. 2645 bis c.c.¹¹

Non si può poi trascurare, in dottrina, la posizione dei sostenitori¹² della tesi della nullità del "preliminare di preliminare", i quali affermano che mai sussisterebbe un interesse meritevole di tutela delle parti riscontrabile nella realtà del traffico giuridico. Secondo quest'ultima tesi un siffatto contratto snaturerebbe peraltro il vero e proprio preliminare, riducendolo a una mera "dichiarazione di trattativa".¹³

⁶ In tali termini si è pronunciata, in particolare, Cass. Civ., n. 8083/2009.

⁷ *Ibidem*.

⁸ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 826; MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 78.

⁹ CARBONE P., *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, in *Diritto e Giurisprudenza*, Napoli, 1995, p. 464; GABRIELLI G., *Contratto preliminare (Sintesi di informazione)*, in *Rivista di diritto civile*, II, Padova, 1993, p. 225.

¹⁰ MAGNI F.A., *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*, nota a sent. Pret. di Bologna 9 aprile 1996, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 1, II, Milano, 1996, p. 540.

¹¹ L'art. 2645 bis c.c. prevede che i contratti preliminari aventi a oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643 c.c., anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

¹² PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 124; SACCO A., *Il contratto*, Torino, 1975, p. 683.

¹³ Per un'analisi più approfondita delle tesi dottrinali si veda: ALESSI G., [Configurabilità e](#)

La giurisprudenza di merito - soprattutto partenopea - non è stata sempre concorde con la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione nelle due sentenze del 2009. Numerose, anche se risalenti, sono infatti le pronunce che riconoscono cittadinanza, nel nostro ordinamento, al "preliminare di preliminare"¹⁴: esso è "meritevole di tutela qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi"¹⁵.

In altre occasioni, i Giudici di prima istanza hanno evitato di analizzare la natura del "preliminare di preliminare" ritenendo che nei casi di specie l'accordo potesse essere considerato vero e proprio preliminare a tutti gli effetti¹⁶ ovvero in altri casi contratto sospensivamente condizionato¹⁷.

Come molte volte accade, la questione del "preliminare di preliminare" è sorta a seguito dell'evoluzione della contrattazione immobiliare gestita da mediatori professionisti.

Tale contrattazione, come spiega la Suprema Corte, abitualmente si articola in tre fasi. Nella prima fase domanda e offerta si incontrano, ossia l'alienante offre il bene in vendita e l'acquirente accetta l'offerta. Nella seconda fase le parti stipulano il vero e proprio contratto preliminare incontrandosi solitamente in uno studio notarile per riprodurre il contenuto dell'accordo stipulato nella prima fase ed eventualmente aggiungere clausole più particolareggiate. Nella terza fase avviene la stipula del contratto definitivo tramite il rogito notarile, con versamento del relativo prezzo¹⁸.

Spesso, con il tramite di un'agenzia immobiliare, la prima fase si svolge "a distanza" - cioè con l'accettazione di una proposta scritta - senza che le parti si incontrino personalmente; la seconda fase rappresenta quindi la prima occasione nella quale i contraenti si "mettono attorno a un tavolo", il primo reale contatto tra loro¹⁹.

Così, nella pratica immobiliare, il primo contratto "preliminare di preliminare" ha il compito di "fermare l'affare"²⁰, delineandolo nei suoi tratti essenziali e senza curarsi troppo degli elementi accessori, con lo scopo di permettere a una delle parti di verificare la praticabilità dell'operazione.

Naturalmente, le singole ipotesi concrete possono divergere dallo schema appena esposto e la varietà delle metodologie utilizzate dai mediatori professionisti rende la realtà molto diversificata, a seconda delle singole esigenze dei contraenti.

E' proprio in ragione della realtà immobiliare che i Giudici della II sezione della Suprema Corte e - soprattutto - le Sezioni Unite hanno ripensato all'istituto in esame ipotizzandone un margine di validità.

[validità della figura del "preliminare di preliminare": la questione va alle Sezioni Unite, 27.03.2014](http://www.lanuovaproceduracivile.com), in www.lanuovaproceduracivile.com.

¹⁴ App. Napoli, 11 ottobre 1967; Trib. Napoli, 28 febbraio 1995.

¹⁵ Trib. Napoli, 28 febbraio 1995.

¹⁶ Pret. Firenze, 12 dicembre 1989.

¹⁷ Trib. Firenze, 10 luglio 1999.

¹⁸ Per una prospettiva illuminante e dal taglio pratico sul punto: BUSANI A., *Cassazione sulla proposta d'acquisto: è valido il «preliminare del preliminare»*, in www.casa24.ilsole24ore.com.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ In questi termini: Cass., Sez. Un., n. 4628/2015.

Premessa del ragionamento della Cassazione è la teoria della causa in concreto, prospettata per la prima volta in dottrina da Ferri e abbracciata nel 2006 anche dagli Ermellini. Se la causa è la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a perseguire obiettivamente nella singola pattuizione, cioè la c.d. funzione economico-individuale²¹, essa deve giovare sia come criterio interpretativo del contratto sia come suo criterio di qualificazione. Ciò significa che il Giudice è chiamato a valutare se il contratto realizzi in concreto gli interessi meritevoli di tutela delle parti, concretizzando un'utilità per le stesse in un'ottica di complessiva razionalità.

Conseguentemente, non in tutti i casi il "preliminare di preliminare" è un'inconcludente superfetazione. Ad esempio, esso potrebbe permettere alle parti l'esercizio di un diritto di recesso, ovvero prevedere una condizione, ecc... Non è quindi possibile stabilire la nullità *tout court* della figura contrattuale in analisi qualora le parti non violino, tramite la pattuizione, norme imperative. Se il "preliminare di preliminare" ha autonoma causa - intesa in concreto - e persegue interessi delle parti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, non sarà nullo e potrà godere dell'azione per l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c.

Le Sezioni Unite, così argomentando, hanno accolto il ricorso dei promittenti venditori, cassando con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Napoli.

La Corte di Cassazione ha inoltre posto, tra le righe, la questione della possibile assenza di causa del secondo contratto, il preliminare vero e proprio. Se il primo accordo contiene già tutti gli elementi essenziali e gli estremi del preliminare, è eventualmente il secondo a essere privo di causa perché meramente ripetitivo del primo, con la conseguenza che il rimedio dell'art. 2932 c.c. sarebbe azionabile per ottenere l'esecuzione in forma specifica del "preliminare di preliminare", divenuto per i motivi appena esposti contratto preliminare vero e proprio.

Coerentemente con il ragionamento svolto, il principio di diritto che la sentenza in commento enuncia è il seguente:

"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

²¹ La concezione economico-individuale della causa in concreto si contrappone alla funzione economico-sociale della causa in astratto, teorizzata quest'ultima in dottrina da Betti, tesi che aveva il limite di essere vevole solo per i contratti tipici. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 166 e seg.

Per un approfondimento sulla teoria della causa in concreto si vedano: BIANCA C.M., *Diritto Civile*, vol. 3: *Il contratto*, Milano, 1987, p. 425 e seg.; FERRI G.B., *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1965; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 808.

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”.

La Nuova Procedura Civile

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA

Editrice
