

Cass. civ., sezioni unite, 6 marzo 2015, n. 4628

Contratto in genere, atto e negozio giuridico – Contratto preliminare di preliminare – Validità – Obblighi del giudice .

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 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.

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Svolgimento del processo. — 1. - Gli odierni ricorrenti agirono nel novembre 1996 proclamandosi promittenti venditori di una porzione di fabbricato sita in Avellino.

Chiesero l'esecuzione in forma specifica dell'accordo preliminare concluso il 9 luglio 1996 con i promissari acquirenti, i coniugi Giovannino Freda e Maria Fierro.

I convenuti resistettero sostenendo che la scrittura privata del 9 luglio costituiva una semplice puntuazione, priva di efficacia obbligatoria, insuscettibile di esecuzione ex [art. 2932 c.c.](#)

Il Tribunale di Avellino rilevò che il contratto conteneva l'impegno a stipulare il contratto preliminare di compravendita, allorquando il Banco di Napoli avesse dato assenso all'esclusione della porzione venduta dall'ipoteca gravante sul fabbricato.

Il tribunale ritenne che il contratto stipulato fosse da qualificare come «preliminare di preliminare» e che fosse nullo per difetto originario di causa.

Pertanto respinse la domanda.

Anche la Corte d'appello di Napoli ha ritenuto che al contratto preliminare può riconoscersi funzione giuridicamente apprezzabile solo se è idoneo a produrre effetti diversi da quelli del contratto preparatorio; che nella specie il secondo preliminare previsto dalle parti avrebbe prodotto gli stessi effetti di impegnarsi a stipulare alle medesime condizioni e sul medesimo bene; che pertanto l'accordo del 1996 era nullo, per difetto di causa autonoma rispetto al contratto preliminare da stipulare.

Ha rigettato quindi la domanda di risoluzione e risarcimento danni, introdotta nel corso del giudizio di primo grado ex art. 1453, 2° comma, c.c.

Avverso questa sentenza, i promittenti venditori sig. Melchionna-Staglianò hanno proposto ricorso per cassazione con unico motivo.

Gli intimati inizialmente non hanno svolto attività difensiva.

In vista della pubblica udienza, Maria Fierro si è costituita con «memoria difensiva» del difensore nominato con procura speciale notarile.

Con ordinanza interlocutoria n. 5779 del 12 marzo 2014 (Foro it., Le banche dati, archivio Cassazione civile) della seconda sezione civile, la causa è stata rimessa al primo presidente, il quale l'ha assegnata alle sezioni unite della corte.

Le parti costituite hanno depositato memorie.

Motivi della decisione. — 2. - Preliminarmente, con riferimento alla costituzione tardiva dell'intimata, va rilevato che la parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddirvi, deve farlo mediante controricorso contenente, ai sensi dell'[art. 366 c.p.c.](#) (richiamato dall'art. 370, 2° comma, stesso codice), l'esposizione delle ragioni atte a dimostrare l'infondatezza delle censure mosse alla sentenza impugnata dal ricorrente. In mancanza di tale atto, essa non può presentare memoria, ma solamente partecipare alla discussione orale (Cass. 6222/12, id., Rep. 2012, voce Cassazione civile, n. 150; 1737/05, id., Rep. 2005, voce cit., n. 166).

2.1. - Con unico complesso motivo di ricorso i promittenti venditori denunciano violazione e falsa applicazione degli art. [1321](#), [1322](#), [1324](#), [1351](#), [1362 ss.](#), [1374](#), [2697](#), [2932](#) c.c.

Invocano le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendosi alla corrente di pensiero accolta dai giudici di merito, hanno 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 d'appello si è erroneamente allineata alle tesi che ritengono nullo per mancanza di causa il c.d. preliminare di preliminare, 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 [l. 28 febbraio 1997 n. 30](#)».

Evidenzia l'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 Suprema corte 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, id., Rep. 2009, voce Contratto in genere, n. 383, seguita, senza ulteriori approfondimenti, da Cass. 10 settembre 2009 n. 19557, ibid., n. 384).

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, 1° comma, 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».

3.1. - La sentenza 8038/09, cit., 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 un'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, la 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».

3.2. - 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. 8038/09, cit., che diffida (di «una certa diffidenza» discute per prima Pret. Bologna 9 aprile 1996, id., Rep. 1997, voce cit., n. 456) 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 dell'esperienza giurisprudenziale e dell'evolversi 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.

3.3. - 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 [art. 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, id., 2010, voce cit., n. 366).

Stabilire se la formazione di un accordo che riguardi solo i punti essenziali del contratto di compravendita (Cass. 23949/08, id., Rep. 2009, voce cit., n. 363; 2473/13, id., Rep. 2013, voce cit., n. 430; 8810/03, id., Rep. 2003, voce cit., n. 466; 3856/83, id., Rep. 1985, voce cit., n. 145) 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, id., Rep. 2006, voce cit., n. 383; 11371/10, id., Rep. 2010, voce cit., n. 418).

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 (910/05, id., Rep. 2006, voce cit., n. 384; 20701/07, id., Rep. 2007, voce Prova civile in genere, n. 42).

4. - 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 un'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 od obblighi i contraenti a un contratto preliminare propriamente detto.

4.1. - La problematica risulta affrontata più volte nella giurisprudenza di merito.

Trib. Salerno 23 luglio 1948 (id., Rep. 1949, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 105) 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 novembre 1982, id., Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 256; 21 febbraio 1985, id., Rep. 1986, voce cit., n. 302) ha aggiunto che il contratto con cui le parti si impegnano 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 febbraio 2006; App. Napoli 1° ottobre 2003) che riecheggiano queste convinzioni.

4.1.1. - Altre volte la giurisprudenza partenopea si è orientata in senso opposto.

App. Napoli 11 ottobre 1967 (id., Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 54) 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 (id., Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 354), 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 nell'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 dicembre 1989, id., Rep. 1990, voce cit., n. 317) ovvero, all'opposto, la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce il perfezionamento della fattispecie negoziale (Trib. Firenze 10 luglio 1999, id., Rep. 2000, voce *Mediazione*, n. 35).

4.2. - 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, id., Rep. 1967, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 99), è un'ipotesi di «possibile allargamento della sfera di applicazione del patto di opzione» (per la distinzione, cfr. Cass. 8564/12, id., Rep. 2012, voce *Procedimento civile*, n. 178).

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, *ibid.*, voce Contratto in genere, n. 419).

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.

4.3. - 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 dall'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 l'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», ecc). 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.

5. - Il ragionamento al quale si è rifatta Cass. 8038/09, *cit.*, 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.

5.1. - 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, id., Rep. 2006, voce cit., n. 438) 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, cit., richiede allorché rileva che, in caso contrario, l'obbligo di obbligarsi ad ottenere un certo effetto è «una inconcludente superfetazione» priva di «senso pratico».

5.2. - Le opinioni, pur partendo da prospettive diverse, coincidono dunque nel definire nulla l'intesa che si risolva 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.

c) 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.

6. - 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.

6.1. - 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.

6.2. - 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 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».

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 lett. 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.

6.2.1. - È evidente come questa linea interpretativa imponga 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.

7. - 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 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 d'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 obbligino 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.