

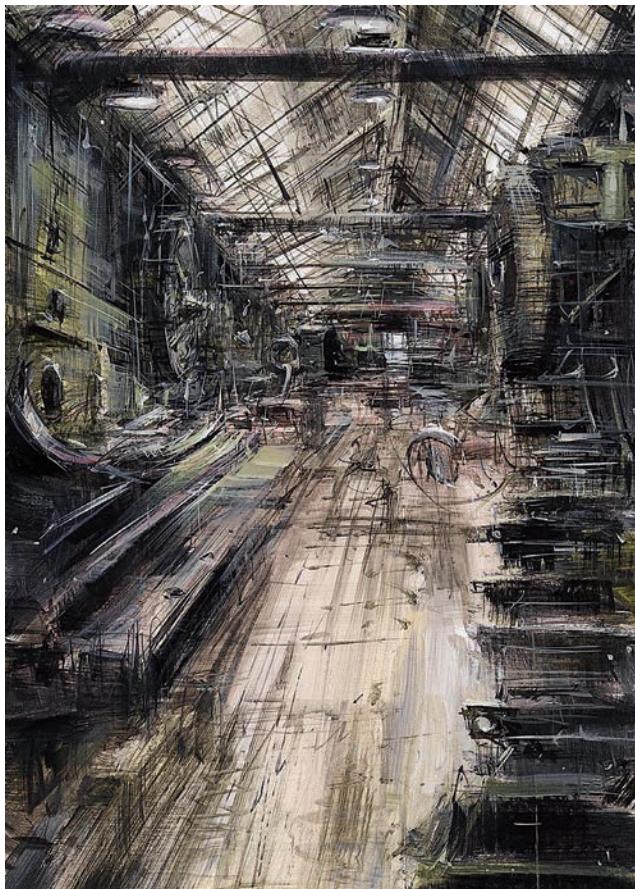
GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

MADDALENA SEMERARO

Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	234
PAOLO GROSSI	
<i>L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte</i>	237
SALVATORE PATTI	
<i>Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale</i>	241
ENRICO QUADRI	
<i>Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione</i>	255
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Beni artificialmente creati nei settori agroalimentare e dell'energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati</i>	283
MADDALENA SEMERARO	
<i>Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto</i>	333
NICCOLÒ ABRIANI	
<i>Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari</i>	365
FELICE MANNA	
<i>Rilievo ed effetti dell'incompetenza in appello (a proposito di Cass., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 24856)</i>	401
CLARICE DELLE DONNE	
<i>Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari</i>	417

Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto

Molto si è discusso sulla validità del c.d. preliminare di preliminare. Al fine di sciogliere il nodo della sua ammissibilità, non sembra rivestire un ruolo centrale il profilo del quantum di autonomia che hanno le parti nel programmare il loro assetto di interessi, atteso che, se fosse vero il contrario, vi sarebbe da sottolineare che non è l'esistenza di un patto a rendere di per sé meritevole l'interesse programmato, poiché la causa è anzitutto uno strumento di controllo dell'atto di autonomia. Centrale è invece il profilo della qualificazione, in quanto l'ammissibilità della figura dipende dalla tipologia degli effetti a essa specificamente ascrivibili.

333

The debate about the validity of the so-called “preliminare di preliminare” has been lively in the past few years. To this extent, it is not important to exactly assess the “amount” of power borne by the contracting parties in programming their affairs, because the very existence of an agreement is not by itself enough to witness the formation of a binding contract. On the contrary, what is key to the legal system’s oversight on contractual autonomy is the concrete goal pursued by the parties, which is reflected on the qualification of the pact.

Sommario: 1. La questione giuridica e l'orientamento della giurisprudenza. – 2. La posizione delle Sezioni unite. – 3. Preliminare di preliminare e sue qualificazioni. Della qualificazione (e della relativa validità) di un preliminare di altro preliminare con riferimento alla completezza del suo contenuto in rapporto al definitivo. Le costruzioni che gli riconducono l'effetto costitutivo dell'obbligo a contrarre. – 4. a) Sequenza di preliminari seguiti dal definitivo. Assenza di un interesse giuridicamente rilevante alla doppia stipulazione nel caso in cui il primo preliminare indichi tutti gli elementi essenziali del definitivo. Necessaria, relativa qualificazione alla stregua di un preliminare c.d. chiuso. – 5. (Segue): b) Preliminare di vendita obbligatoria. Utilità della scissione tra *titulus* e *modus adquirendi* e inutilità della contrattazione preliminare a essa apposta. – 6. (Segue): c) Immeritevolezza dell'accordo preliminare al preliminare nell'ipotesi di incompletezza del relativo contenuto minimo in rapporto al definitivo. 7. – Conclusione con riferimento al presupposto di ammissibilità di accordi prodromici alla contrattazione preliminare: incompletezza dell'accordo. Corollari in ordine alla relativa efficacia: dall'obbligo a contrarre all'obbligo a contrattare. – 8. Natura di tali accordi. Obbligo a contrattare, a trattare e dovere di buona fede.

1. - La questione giuridica e l'orientamento della giurisprudenza.

Dal preliminare puro al preliminare complesso, da quello c.d. chiuso a quello aperto: a fronte di una disciplina positiva poco generosa, la prassi offre diverse varianti della classica sequenza preliminare – definitivo, che hanno assai spesso impegnato sia la dottrina¹ sia la giurisprudenza² quanto alla relativa qualificazione.

¹ Per una descrizione analitica delle molteplici modalità di utilizzo del contratto preliminare v. A. LUMINOSO, *La vendita*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, 649 ss.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case di abitazione*, in *Contr. impr.*, 2012, 464 ss.; G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 546; E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. impr.*, 1999, 98 ss.; G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, con postilla di aggiornamento del 1997.

² In particolare, le posizioni assunte dalla giurisprudenza in materia di preliminare hanno segnato l'evoluzione diacronica della figura in coerenza con le esigenze espresse a livello della prassi: *ex multis*, Cass., Sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Gust. civ.*, 1985, I, 1630 ss., che riconosce al promissario acquirente di un immobile da costruire la legittimazione ad agire per la riduzione del prezzo e, più di recente, Cass., Sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3038 ss., con riguardo all'oggetto dell'obbligazione nascente dal preliminare; Cass., Sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Riv. not.*, 2007, 175, in materia di contratto preliminare di vendita di cosa altrui; Cass., Sez. un., 11 novembre 2011, n. 23825, in *Vita not.*, 2010, I, 269 ss., che consente al promissario acquirente, in caso di inadempimento dell'altra parte, di produrre nel corso del giudizio *ex art.* 2932 c.c. i documenti attestanti la regolarità urbanistica dell'immobile o di rendere egli stesso la dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui all'art. 40 l. 28 febbraio 1985 n. 47.

Mai, a dire il vero, si è fatta questione della meritevolezza degli accordi confezionati da promittente e promissario³. Al centro del dibattito – si pensi ad esempio al contratto preliminare a effetti anticipati⁴ – v’è stato piuttosto l’ampliamento delle tutele del promissario; tutele le quali, con il passare del tempo, hanno assunto sempre più carattere satisfattorio⁵.

³ Oggetto di attenzione è stato piuttosto il rapporto tra preliminare e definitivo. La questione è classica e ha occupato la dottrina sin dai tempi a cavallo tra la vecchia e la nuova codificazione; dottrina alla ricerca soprattutto degli esatti contorni dell’interesse sostanziale atto a giustificare la scissione. Dalle costruzioni più radicali, che hanno negato autonomia al definitivo rispetto al preliminare, si da degradare il primo a mero atto dovuto e che, in alcune varianti, hanno riconosciuto natura meramente formale al menzionato interesse (seppure in prospettive differenti v. S. Satta, *L’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 73 ss.; L. Montesano, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 1173 ss. e, da ultimo, F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, Torino, 2002, spec. 20 ss., il quale ricostruisce il preliminare sulla falsariga di una vendita obbligatoria) a quelle che, invece, hanno riconosciuto in esso la coesistenza di due cause – l’una, interna, l’altra *solutionis* –, salvo poi dividersi sul peso da assegnare a ciascuna (attribuisce a entrambe lo stesso peso e discorre di doppia causa del definitivo L. Cariota Ferrara, *L’obbligo di trasferire*, in *Annuario dir. comp.*, 1950, XXXVI, 211 ss.; valorizza invece la causa interna del definitivo relegando a un ruolo secondario quella *solutionis*, G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, cit., 214 ss., il quale individua nel controllo delle sopravvenienze l’oggetto dell’interesse sottostante al differimento della entrata in vigore del regolamento contrattuale definitivo), epicentro del dibattito sono state esattamente l’autonomia del contratto definitivo rispetto al preliminare sul piano causale, l’individuazione del contenuto dell’obbligazione nascente da quest’ultimo e, con esse, la sua stessa natura contrattuale [per una sintesi efficace delle molte costruzioni v., tra gli altri, D. Poletti, *Contratto preliminare*, in E. Navarretta-A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario al codice civile*, II, 2011, 152 ss. e A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, 281 ss. Ciò, laddove le principali ricadute applicative sono apprezzabili in punto di individuazione dei rimedi esperibili nei confronti del definitivo in caso di invalidità del preliminare: in argomento, per tutti, R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, in R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, II, Torino, 2004, 292 ss.

⁴ Sul preliminare a effetti anticipati, da ultimo Cass., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3156, che definitivamente qualifica la posizione del promissario acquirente nei confronti dell’immobile consegnato in via anticipata in termini di detenzione. È con riferimento a tale tipologia di preliminare che la giurisprudenza ha per la prima volta riconosciuto in capo al promissario acquirente la legittimazione ad agire in sede di esecuzione forzata dell’obbligo a contrarre per l’esatto adempimento o la riduzione del prezzo: Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669 ss., con nota di A. Lener, *Contratto «preliminare», esecuzione anticipata del «definitivo» e rapporto intermedio*, che supera il dogma dell’intangibilità del contratto preliminare. L’orientamento è stato poi esteso al preliminare puro: Cass., Sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit., annotata da A. Di Maio, *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo*, in *Giust. civ.*, II, 1985, 1636 ss.; Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1080.

⁵ La questione della individuazione dei rimedi a tutela della parte adempiente è concettualmente legata a quella più generale della individuazione dell’oggetto dell’obbligazione nascente dal preliminare. L’apertura di parte della giurisprudenza a forme di tutela satisfattoria è coincisa con l’abbandono della più tradizionale prospettiva che faceva del consenso l’oggetto della menzionata obbligazione: Cass., Sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, cit., ove si

Superato il più classico e tradizionale orientamento che considerava alla stregua di un *vulnus* al principio della tipicità dei diritti reali il riconoscimento ai privati della facoltà di incidere sulle regole di circolazione dei diritti mediante la scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*⁶, la sequenza cui il contratto preliminare dà avvio è stata progressivamente avvicinata a una vendita obbligatoria, fonte dell'obbligazione di fare acquistare la proprietà del bene in essa rappresentato, quale referente oggettivo dell'interesse alla cui attuazione il programma contrattuale è posto⁷.

afferma che «con il preliminare le parti si impegnano non solo e non tanto allo scambio dei consensi per la stipula del definitivo, ma anche e piuttosto alla realizzazione di una operazione economica complessa, rispetto alla quale il contratto definitivo assume un rilievo meramente strumentale, inserendosi in un più ampio procedimento unitario di cui peraltro non costituisce neppure un momento imprescindibile, potendo essere surrogato da una pronuncia giudiziale “che produca gli effetti del contratto non concluso”». Nessun problema alla suddetta apertura per le costruzioni che assimilano il preliminare a una vendita obbligatoria e che perciò guardano a esso come alla fonte di una vera e propria obbligazione di dare: F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., spec. 26 ss.; A. CHIANALE, *Preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Riv. not.*, 2010, 42 ss.

⁶ Classico è l'*incipit* di qualunque trattazione in materia di preliminare volto a ricordare le origini storiche di tale contratto, secondo alcuni destinato a reintrodurre la scissione tra *titulus* e *modus adquirenti*, che le codificazioni ottocentesche italiana e francese, con l'introduzione del principio consensualistico, avevano rimosso: R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 265 ss. L'adesione a sì fatta prospettiva presuppone risolte a valle, e in termini affermativi, le questioni relative alla derogabilità da parte della autonomia privata del principio consensualistico (già risolto in senso affermativo dalla dottrina più risalente: per tutti, G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 938 ss.) e ai rapporti tra pagamento traslativo e principio causalistico: da ultimo, su tali temi, per un quadro generale, A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 42 ss. Con particolare riguardo al pagamento traslativo M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss.; E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 828 ss.

⁷ Sull'inquadramento del preliminare in termini di vendita obbligatoria v., in prospettive diametralmente opposte, F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., spec. 20 ss. e G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 137 ss.; il quale ricava dalla funzione di controllo delle sopravvenienze attribuita al preliminare la netta autonomia tra il medesimo preliminare e il contratto definitivo. In giurisprudenza, ricostruiscono il contratto preliminare quale fonte di una obbligazione di dare soprattutto le pronunce in materia di preliminare di vendita di cosa altrui: v., per tutte, Cass., 21 febbraio 1986, n. 1052, in *Giur. it.*, 1986, I, 674 ss., la quale statuisce che «nel caso di preliminare di vendita di cosa altrui, l'obbligazione del promittente alienante di fare acquistare la proprietà della cosa al promissario acquirente può essere adempiuta non solo mediante l'acquisto della cosa da parte del promittente, e il suo successivo trasferimento a detto promissario, ma anche inducendo il vero proprietario a prestare il suo consenso al trasferimento della proprietà della cosa al promissario stesso»; Cass., Sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Contratti*, 2006, 977 e Cass., 10 giugno 2010, n. 13987, in *Giust. civ.*, 2011, I, 160 ss. Cfr. le osservazioni di G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, agg., cit., 6, ove l'a. mette in guardia sulla reale portata delle massime giurisprudenziali in materia di preliminare di vendita di cosa altrui, con riferimento all'inquadramento del rapporto tra preliminare di vendita e definitivo. Indubbio è il superamento da parte delle prevalenti

Mai, quindi, si è fatta questione di meritevolezza; mai sino a quando nella prassi è comparso un ulteriore segmento ad arricchire la detta sequenza: il c.d. preliminare di preliminare.

Il procedimento cui esso dà avvio è grosso modo il seguente: il promittente acquirente firma una proposta irrevocabile con la quale si obbliga a stipulare un successivo preliminare; il promissario venditore accetta; segue la stipula del preliminare e poi quella del definitivo, nella forma solenne necessaria ai fini della trascrizione. Quanto alla efficacia perciò, il preliminare di preliminare dovrebbe obbligare a obbligarsi. Una funzione assai poco convincente a detta di parte della giurisprudenza ⁸: che senso avrebbe obbligarsi a obbligarsi quando ci si può obbligare subito?

Della sua validità, in effetti, si discute da tempo ⁹. E il dibattito si è svolto per lo più con riferimento alla causa. Le costruzioni che l'hanno negata si sono risolte per la relativa assenza ¹⁰. Quelle che l'hanno affermata, lo

costruzioni della qualificazione del preliminare alla stregua di un *pactum de contrahendo*, ciò nel senso che è oramai acquisizione comune che il preliminare obbliga non soltanto a un fare ma anche a un dare; resta ciò nondimeno controversa la natura dell'atto attraverso il quale si trasferisce la proprietà: se contratto, appunto, o pagamento traslativo. Ed è esattamente sulla individuazione della menzionata natura che si dividono le costruzioni prevalenti (v. retro, nota 3). Al fondo v'è la più ampia questione della distinzione tra obbligazione di fare acquistare la proprietà e obbligazione di dare in senso stretto: in argomento, per tutti, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 95 ss.

337

⁸ Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Guida dir.*, 2009, 64.

⁹ Sulla questione, seppure con esiti diversi, in particolare F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 190 ss.; G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare e agg.*, cit., 1 ss.; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 285. Più di recente, E. MARMOCCHI (a cura di), *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale (analisi di una prassi immobiliare)*, in *Quaderni del notariato*, Milano, 1995; G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 23 ss.; A. DI MAJO, *La normalizzazione del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 131; F. FERRO-LUZZI, *Una modesta proposta*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 147; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 48 ss.; A. CHIANALE, *Preliminare di preliminare: intento certo sese obligandi?*, cit., 42 ss.; G. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 88 ss.; O. CLARIZZA, *Il "preliminare di preliminare" e il diritto del mediatore alla provvigione*, in *Foro nap.*, 2012, 596 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 971 s.; R. MARINI, *Brevi note in tema di preliminare di preliminare (aspettando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione)*, in *Giustiziacivile.com*, 10 settembre 2014; G. CALAMARO, *Appunti sul preliminare di preliminare*, ivi, 2014.

¹⁰ G. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 48 ss.; G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in E. MARMOCCHI (a cura di), *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, cit., spec. 134 ss., il quale tuttavia, opta per una riqualificazione del fatto in termini di preliminare c.d. chiuso. Nello stesso senso, P. CARBONE, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, in *Diritto e giur.*, 1995, 464.

hanno fatto sostenendo che se i privati a tanto si obbligano vuol dire che vi hanno interesse¹¹; ancora, che meglio sarebbe dare il giusto peso alla causa in concreto piuttosto che a quella in astratto¹² e che, infine, a fronte dell'art. 1322 c.c. sarebbe ben strano limitare la loro autonomia quando un sì fatto interesse sussiste¹³.

Da un lato, dunque, chi allarga le maglie della autonomia negoziale; dall'altro chi le restringe.

Identico è stato l'approccio della giurisprudenza: comuni i percorsi argomentativi seguiti. Se i giudici di legittimità nelle due decisioni che hanno preceduto quella delle Sezioni Unite si sono pronunciati per l'invalidità del preliminare di preliminare per difetto di causa¹⁴, una parte dei giudici di merito ha ammesso la sua configurabilità esattamente sulla falsariga della posizione favorevole della dottrina, affermando che è meritevole di tutela «il contratto preliminare di preliminare, qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'“iter” progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi»¹⁵.

¹¹ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 275 s.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 971 s.

¹² V. ROPPO, *Causa concreta*, o.l.u.c.

¹³ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, o.l.u.c.

¹⁴ Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 4, 571; Cass., 10 settembre 2009, n. 19577, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 9, 1295: «riconoscere come possibile funzione» del preliminare «anche quella di obbligarsi (...) ad obbligarsi a ottenere quell'effetto» hanno affermato «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 avrebbe «senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito». Dunque, assenza di causa.

¹⁵ Trib. Napoli, 10 gennaio 1994, in *Dir. giur.*, 1996, 501 ss., ove si afferma in particolare che le parti potrebbero «addivenire dapprima ad un contratto in cui siano precisati i soli elementi essenziali della futura vendita, e poi ad un contratto che, pur non costituendo ancora vendita definitiva, puntualizzi con precisione tutti gli elementi della stessa, giungendo infine alla stipulazione della vendita definitiva con effetti reali». Nello stesso senso Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 283. Dichiara invece la nullità del preliminare di preliminare per mancanza di causa Trib. Napoli, 21 febbraio 1985, in *Dir. giur.*, 1985, 725. Nella medesima prospettiva Pret. Bologna, 9 aprile 1996, in *Giur. it.*, 1997, c. 540 ss., che nel caso di specie qualifica l'accordo con il quale le parti, fissando tutti gli elementi essenziali del futuro contratto, si impegnano a stipulare un successivo preliminare «come contratto preliminare “formale” (o “chiuso”), non rilevando in contrario che sia anche prevista la necessità di sottoscrivere un successivo preliminare (o “compromesso”) notarile, dovendosi ritenere che quest'ultimo ha natura meramente riproduttiva di un accordo già completo». Egualmente, qualifica il primo accordo in termini di preliminare chiuso, Trib. Nola, 11 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2011, 76.

Nuovamente, da un lato v'è chi allarga le maglie dell'autonomia negoziale, dall'altro, chi le restringe.

2. - La posizione delle Sezioni unite.

A rinvigorire il dibattito è intervenuta una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite¹⁶. Il senso e la portata dell'arresto sembra risiedere in ciò: che obbligarsi a obbligarsi si può giustificare se il contenuto della obbligazione assunta è a contrattare e non a contrarre. Il fulcro della argomentazione si sposta così dalla causa al procedimento di formazione dell'accordo, tanto da aprire a una sua ulteriore frammentazione ove sussista un interesse delle parti concretamente configurabile.

L'iter argomentativo è in tal modo strutturato. Dapprima si constata la rilevanza delle costruzioni sulla causa in concreto e la relativa utilità ai fini della soluzione della *quaestio iuris*; si osserva appresso che va esclusa la nullità di un «contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorquando il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare»¹⁷ e si aggiunge che in questo caso è il secondo contratto a essere nullo per difetto di causa e non anche il primo. Poi, la seguente precisazione: «non si può assegnare utilità al “bis in idem” in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto»; quando le parti, però, «sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta sembra avere a oggetto non il contrarre, ma il contrattare»¹⁸.

Dunque, i privati potrebbero avere interesse a obbligarsi a continuare nella contrattazione.

339

¹⁶ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, 2015, 192 ss., sulla quale v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia dei procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Riv. dir. civ. cont.*, www.dirittocivilecontemporaneo.it, 2015; U. STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il “preliminare di preliminare” è valido, anzi no*, ivi; A. PLAIA, *Da “inconcludente superfetazione” a quasi contratto: la parabola ascendente del “preliminare di preliminare”*, ivi; G. TARANTINO, *È ammmissibile il preliminare di preliminare solo se conforme all’interesse delle parti*, in *Dir. giust.*, 2015, 45 ss.; F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, 609 ss. ; O. CLARIZIA e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare? (a proposito di una pronuncia delle Sezioni Unite)*, in *Contr. impr.*, 2015, 874 ss.; D. PITTELLA, *Il Preliminare (ancora) nel limbo tra trattativa e contratto*, in *giustiziacivile.com*, 2015.

¹⁷ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, *l.c.*

¹⁸ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, *l.c.*

Il preliminare, tuttavia, è fonte di una obbligazione a contrarre; ed è fonte di una tale obbligazione pure se qualificabile alla stregua di un preliminare aperto.

Il dato non sfugge alla Corte la quale, dopo avere affermato che alcune costruzioni sono contrarie ad ammettere il preliminare aperto esattamente in ragione del tipo di effetto che dovrebbe essergli riconducibile, osserva che tale ritrosia non è giustificata nell'ipotesi in cui le parti, sebbene non ancora giunte a un accordo su tutti gli elementi essenziali del contratto, vogliano bloccare l'affare e pertanto si obblighino ad andare avanti nella contrattazione, impegnandosi a non ritornare sui punti già fissati. In questo modo, continuano le Sezioni Unite, le medesime parti otterrebbero il risultato 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.»¹⁹.

A completare il quadro v'è poi il passaggio finale della pronuncia: l'obbligazione nascente da un sì fatto accordo, il cui inadempimento darebbe luogo a una ipotesi di responsabilità contrattuale, sarebbe 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»²⁰.

A caldo, vi sarebbe subito da osservare che se il preliminare di preliminare è esso stesso un preliminare, dovrebbe essergli applicabile la disciplina dettata per tale figura contrattuale. Nessuna ulteriore specificazione in ordine alla natura (contrattuale) del rimedio risarcitorio nell'ipotesi di suo inadempimento dovrebbe essere perciò necessaria e, ancora prima, in ordine alla qualificazione del fatto dal quale la medesima obbligazione a contrarre (o a contrattare?) trae origine. Se di preliminare si tratta, la qualificazione dovrebbe tradursi nel rinvio alla disciplina di tale tipo di contratto, salvo ovviamente la sua ulteriore integrazione in ragione del concreto assetto di interessi esistente. A meno che l'accordo mediante il quale le parti si vincolano alla futura contrattazione, impegnandosi sol-

¹⁹ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, *l.c.*

²⁰ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, *l.c.*

tanto a non rimettere in discussione quanto già pattuito, non sia in effetti un vero e proprio preliminare.

3. - Preliminare di preliminare e sue qualificazioni. Della qualificazione (e della relativa validità) di un preliminare di altro preliminare con riferimento alla completezza del suo contenuto in rapporto al definitivo. Le costruzioni che gli riconducono l'effetto costitutivo dell'obbligo a contrarre.

A scanso di equivoci è bene premettere sin da subito che sembrano nel giusto quella parte della dottrina²¹ e della giurisprudenza²² che reputano meritevole di tutela il c.d. preliminare di preliminare; cioè, tuttavia, a patto che ci si intenda sulla sua qualificazione.

Segnatamente, centrale al fine di sciogliere il nodo sotteso al riconoscimento della validità di tale accordo non è tanto il profilo del *quantum* di autonomia che hanno le parti nel programmare il loro assetto di interessi, anche perché, se fosse vero il contrario, vi sarebbe subito da sottolineare che non è l'esistenza di un patto a rendere di per sé meritevole l'interesse programmato²³, atteso che la causa, in quanto giustificazione delle attribuzioni patrimoniali tra privati²⁴, è anzitutto uno strumento di controllo dell'autonomia negoziale da parte dell'ordinamento²⁵. E che, ancora,

341

²¹ R. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 275 s.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 971 s. Da ultimo, G. PALERMO, *Preliminare – L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, 1064 ss.

²² Trib. Napoli, 10 gennaio 1994, in *Dir. giur.*, 1996, 501 ss.; Trib. Napoli, 23 novembre 1982, cit., 283.

²³ M. SEMERARO, *Le Sezioni unite sull'oggetto del c.d. preliminare di preliminare: dall'obbligo a contrarre all'obbligo a trattare*, in *giustiziacivile.com*, 2015, 5; O. CLARIZIA-G. CARAPEZZA FIGLIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare?*, cit., 874 ss.

²⁴ Per tutti G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 371.

²⁵ Il passaggio dalle teoriche sulla causa in astratto a quelle sulla causa in concreto, d'altronde, è pure apprezzabile in tale prospettiva, cioè con riferimento al *quantum* del controllo: M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., 561 s.; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 112 ss. Tale passaggio infatti segna l'evoluzione del sistema in stretta aderenza all'evoluzione del contesto storico e, con esso, delle strutture portanti della società (G.B. FERRI, *o.c.*, cit., 361). È espressione, insomma, di un capovolgimento dei rapporti tra Stato e cittadino e perciò apprezzabile sul piano delle modalità di controllo dell'autonomia dei privati a opera dell'ordinamento. Delle modalità di controllo, però, e non del controllo in sé, atteso che la causa – pure quando prefigurata come causa in astratto – ha sempre ricoperto il ruolo, in alternativa alla forma, di strumento di controllo degli atti di autonomia privata (R. DI RAIMO, *Autonomia e dinamiche del consenso*,

qualora dall'accordo emerga effettivamente la volontà dei contraenti di obbligarsi a obbligarsi a contrarre, con una certa probabilità non sarebbe nel torto neppure quella giurisprudenza²⁶ che considera immeritevole un sì fatto interesse. Non lo sarebbe, non in ragione del supposto difetto di un elemento essenziale qual è la causa²⁷, ma in quanto un tale interesse non sarebbe degno di essere tutelato da parte dell'ordinamento per le ragioni che si diranno²⁸.

Centrale è invece il profilo della qualificazione, nel senso che il riconoscimento della validità del c.d. preliminare di preliminare dipende anzitutto dalla individuazione del tipo di rilievo giuridico da dare all'interesse espresso dall'accordo; meglio, dal significato normativo che si vuole di attribuire al fatto²⁹.

Sulla qualificazione di questi accordi la dottrina è divisa. Alcune costruzioni riconducono il preliminare di preliminare al preliminare vero e proprio, sì da applicare al primo la disciplina dettata per il secondo³⁰. Le posizioni assunte nell'ambito di tale filone sono molteplici e tra esse v'è anche quella di chi salva la corrispondente prassi negoziale qualificandola in termini di preliminare di vendita obbligatoria, a sua volta rappresentata dal secondo contratto della sequenza procedimentale³¹. Altre costruzioni, invece, escludono a priori che il preliminare c.d. aperto costituisca una ipotesi di vero e proprio preliminare; identificano il primo con gli accordi che le parti possono concludere nell'ambito delle trattative, perciò pro-

Napoli, 2003, 22 ss.). Di recente, sulla essenzialità dell'elemento causale pure a fronte delle tendenze della disciplina di derivazione europea a farne a meno, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 1025 1 ss.

²⁶ Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, cit., 571; Cass., 10 settembre 2009, n. 19577, cit., 1295

²⁷ Sembra risolutiva in punto di meritevolezza di un simile accordo anzitutto la completezza del relativo contenuto con riferimento agli elementi essenziali del contratto alla cui successiva conclusione ci si obbliga. Ove infatti siano individuati tutti gli elementi (in concreto) essenziali del secondo contratto, l'accordo, lungi dall'essere immeritevole per difetto di causa, andrebbe qualificato esso stesso alla stregua di un preliminare c.d. chiuso: cfr., G. GABRIELLI, *I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 585 ss. Sull'argomento, *infra*, §§ successivi.

²⁸ *Infra*, §§ successivi.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili della individuazione normativa*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 5 ss.

³⁰ In questo senso G. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., 100 ss.; R. MARINI, *Brevi note in tema di preliminare di preliminare*, cit., 4; F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, cit., 609 ss.

³¹ In particolare A. CHIANALE, *Preliminare di preliminare*, in *Notariato*, I, 2010, 40 ss.

dromici anche alla stipulazione preliminare e negano la riferibilità a essi della disciplina dettata dall'art. 2932 c.c. ³².

Data per buona la prima costruzione, dirimente con riferimento all'esito del giudizio sulla loro validità è il contenuto minimo che tali accordi dovrebbero esprimere in relazione all'effetto che da essi si vorrebbe fare discendere: ossia, quello costitutivo dell'obbligazione di concludere il successivo contratto.

La dottrina maggioritaria identifica la funzione del preliminare c.d. chiuso nel controllo dei presupposti giuridici e materiali della contrattazione definitiva ³³. Pur avendo le parti uno spiccato interesse alla conclusione dell'affare – si afferma – esse non reputano ancora maturi i tempi per la stipulazione del definitivo. Le ragioni per rinviare tale ultima stipulazione possono essere molteplici: dalla necessità di reperire il danaro da versare quale corrispettivo a quella di controllare l'idoneità fisica e giuridica del bene al soddisfacimento del proprio interesse. Con la pattuizione del preliminare, pertanto, le medesime parti bloccano l'affare e rinviano a un momento successivo la conclusione del definitivo. Tutto ciò sulla base del presupposto – si è osservato – che è molto meglio «impedire l'introduzione del nuovo regolamento di interessi, anziché essere costretti a reagire (...) contro un regolamento già posto» ³⁴.

Resta fermo che con il preliminare i contraenti devono comunque individuare tutti gli elementi essenziali del futuro contratto, compresi quelli considerabili tali in ragione delle peculiarità dei loro interessi: quindi, sicuramente l'oggetto del trasferimento e il prezzo nel caso di preliminare di vendita, come pure i termini di pagamento se essenziali ai fini della attuazione della utilità programmata. La ragione è assai chiara: per il

343

³² Seppure con diversità di sfumature, A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1994, 35 s.; R. DE MATTEIS, *Il preliminare di vendita*, in V. BUONOCORE-A. LUMINOSO-C. MIRAGLIA (a cura di), *Codice della vendita*, Milano, 2012, 90 ss. e 103 ss.; EAD., *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione*, cit., 4469 ss., ove si distinguono più tipologie di preliminare, secondo che obblighino a contrarre, a trattare o a trasferire. Consequenziale, in tale prospettiva, è la specificità della funzione di controllo riconducibile a ciascuna tipologia. Con particolare riferimento ai preliminari che obbligano a trattare, che si caratterizzerebbero per l'esclusione pattizia dell'azione di esecuzione forzata dell'obbligo a contrarre, tale funzione si tradurrebbe nell'esclusivo controllo della convenienza economica dell'affare.

³³ Per tutti, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 152 ss.

³⁴ G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 3.

tramite del preliminare ci si obbliga a concludere il definitivo, così consumando al riguardo la propria autonomia negoziale³⁵. Un accordo incompleto sul piano degli elementi essenziali andrebbe perciò qualificato al più in termini di minuta o puntuazione³⁶.

La necessità di determinare per il tramite del preliminare tutti gli elementi essenziali del definitivo, poi, si riflette direttamente sulla selezione delle cause di esclusione della responsabilità nell'ipotesi in cui uno dei due contraenti non intenda più procedere oltre; ciò nel senso che, di là dalla impossibilità sopravvenuta non imputabile e, secondo taluni, dalla eccessiva onerosità³⁷, chi rifiuta la successiva stipulazione va esente da responsabilità esclusivamente qualora l'utilità programmata sia differente da quella che in concreto verrebbe conseguita con la conclusione del secondo contratto³⁸.

Se questo è vero per il preliminare c.d. chiuso, lo è parimenti per quello c.d. aperto, ove a quest'ultimo si voglia ricondurre l'effetto costitutivo dell'obbligazione a contrarre. Promittente e promissario, pertanto, dovrebbero anzitutto individuare gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretto; ossia, gli elementi essenziali del preliminare c.d. chiuso.

Un'altra soluzione sul piano della individuazione del contenuto minimo non è prospettabile, visto che la sequenza preliminare aperto e preliminare chiuso, alla luce della natura dell'effetto che si vorrebbe ricondurre al primo accordo, non lascia alcun margine di discrezionalità in ordine alla successiva stipulazione: la qualificazione del primo atto in termini di preliminare comporta l'applicabilità della relativa disciplina, con la conseguenza che a fronte del rifiuto della successiva stipulazione diventerebbe proponibile l'azione di esecuzione forzata in forma specifica del-

³⁵ R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione*, cit., 465 s.

³⁶ V. *infra*, § 5 s.

³⁷ Sulla impugnabilità del solo preliminare e non anche del definitivo per la sopravvenuta onerosità nelle more della conclusione del secondo contratto G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 7.

³⁸ Cfr. le osservazioni di R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 290, i quali chiaramente affermano che «chi stipula il preliminare ha certo il diritto di controllare, ma il controllo si estende, secondo logica, al presente; il rischio futuro graverà sul soggetto che se lo è caricato mediante il preliminare», salve le due seguenti eccezioni: a) che le parti abbiano pattuito una differente distribuzione dei rischi; b) che «la prestazione che è in gioco al momento della conclusione del definitivo è un'altra (...) rispetto a quella promessa».

l'obbligo a contrarre, alla quale è possibile sottrarsi, si ripete, esclusivamente nell'ipotesi di divergenza tra l'utilità programmata e quella in concreto conseguibile attraverso il definitivo. Salva, ovviamente, l'ulteriore ipotesi dell'esclusione pattizia.

I termini del ragionamento non mutano pure nel caso in cui si voglia propendere per l'esclusione della disciplina dettata dall'art. 2932 c.c., sì da limitare le tutele del contraente che subisce l'inadempimento al risarcimento del danno per equivalente. A dare la misura dell'assenza di discrezionalità – e la notazione pare implicita in quanto già affermato – è infatti anzitutto l'oggetto dell'obbligazione – dal quale dipende peraltro la selezione delle menzionate cause di esclusione della responsabilità – che si assume per il tramite della prima stipulazione: ossia la conclusione del secondo contratto.

In apice c'è che con la conclusione di un preliminare, pure se di altro preliminare, le parti che si obbligano consumano la loro autonomia negoziale con riferimento alla scelta sul se concludere l'affare. A tal fine, presupposto imprescindibile è esattamente la completezza dell'accordo con riferimento a tutti gli elementi essenziali del futuro contratto e a quelli che, seppure non tali in astratto, lo diventano in concreto in quanto a questa stregua considerabili alla luce degli interessi delle parti.

345

4. - a) Sequenza di preliminari seguiti dal definitivo. Assenza di un interesse giuridicamente rilevante alla doppia stipulazione nel caso in cui il primo preliminare indichi tutti gli elementi essenziali del definitivo. Necessaria, relativa qualificazione alla stregua di un preliminare c.d. chiuso.

Quanto osservato sul contenuto minimo apre a una alternativa soltanto in punto di giudizio sulla validità del preliminare di preliminare qualora lo si voglia inquadrare in termini di preliminare vero e proprio. Delle due l'una, insomma: o il primo preliminare è completo con riferimento agli elementi essenziali del secondo contratto oppure non lo è. Nel primo caso può considerarsi pienamente valido ed efficace in quanto costituente esso

stesso un preliminare c.d. chiuso ³⁹. Nel secondo, invece, stante l'incompletezza del regolamento nulla sembra poterlo sottrarre a una valutazione in termini di immergevolezza ⁴⁰.

Con riguardo alla prima opzione, verso la qualificazione del fatto, ove ovviamente non ricorra una chiara volontà contraria delle stesse parti, in termini di preliminare che obbliga alla conclusione del definitivo dirige essenzialmente l'assenza di un interesse giuridicamente rilevante alla conclusione di un accordo che obbliga a contrarre un successivo preliminare. Su tale piano significativo è il grado di autonomia dell'utilità che per il tramite di un preliminare di preliminare le parti possono conseguire rispetto a quanto otterrebbero dalla pattuizione di un preliminare chiuso. Autonomia, la ricorrenza della quale sembra presupporre esattamente una riqualificazione del fatto ⁴¹, si ripete, ove il contenuto del primo regolamento indichi tutti gli elementi essenziali del secondo contratto.

L'assenza di un sì fatto interesse è facilmente dimostrabile ponendo mente ai rimedi a disposizione dei contraenti in caso di inadempimento. Segnatamente, la qualificazione del primo degli accordi a efficacia obbligatoria che costituiscono la sequenza procedimentale in termini di preliminare dovrebbe tradursi nella applicazione della relativa disciplina; a fronte dell'inadempimento di uno dei due contraenti, l'altro dovrebbe essere legittimato perciò a chiedere l'esecuzione forzata dell'obbligo legale a contrarre o, in caso di esclusione pattizialmente stabilita di tale azione, il risarcimento del danno ⁴². Nella prima ipotesi, la sentenza terrebbe luogo del preliminare chiuso in ragione del quale sorge la successiva obbligazione a contrarre, questa volta il definitivo. Nella seconda, il procedimento

³⁹ Questa è la soluzione offerta da una buona parte delle costruzioni in materia: per tutti G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, cit., spec. 134 ss., il quale, tuttavia, opta per una riqualificazione del fatto in termini di preliminare c.d. chiuso.

⁴⁰ Sulla qualificazione di tali accordi, cfr., R. MAZZARIOL, *Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 10735 ss.

⁴¹ Sulle ragioni di tale diversa qualificazione v. *infra*.

⁴² Cfr. le osservazioni di G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., 136, con riferimento alla applicabilità dell'art. 2932 c.c., salvo l'ipotesi della esclusione pattizia dell'esecuzione forzata dell'obbligo a contrarre.

si fermerebbe; nulla di più, pertanto, di quanto si sarebbe ottenuto con la conclusione sin da subito di un preliminare chiuso⁴³.

Continuando a immaginare i possibili sviluppi della prima ipotesi, l'alternativa è la seguente: o la parte inadempiente continua a esserlo anche rispetto alla successiva obbligazione a contrarre resa attuale dalla sentenza emessa *ex art.* 2932 c.c. oppure cambia idea e decide di stipulare il contratto definitivo, eventualmente colmando le lacune sui punti non essenziali del regolamento pattizio presenti nel primo contratto.

Nel primo caso, il risultato finale è lo stesso che si sarebbe raggiunto ove si fosse qualificato il primo contratto in termini di preliminare chiuso; quindi, nessuna utilità diversa e/o ulteriore verrebbe alla controparte adempiente rispetto a quanto le sarebbe spettato se avesse concluso da subito una tale specie di preliminare. Nel secondo caso, l'effetto finale è parzialmente differente, attesa la non operatività del meccanismo di integrazione dell'efficacia di cui all'*art.* 1374 c.c.: promittente e promissario, infatti, semplicemente colmano le lacune del primo regolamento.

È forse quest'ultima l'utilità sulla quale si appunta l'interesse giuridicamente rilevante che specifica la causa in concreto del preliminare c.d. aperto e che lo rende prospettabile quale figura autonoma dal preliminare c.d. chiuso?

La risposta sembra essere negativa e tale resta sia che si intraveda nel procedimento null'altro che una sequenza di contratti aventi una loro propria autonomia, sia che si riduca il definitivo a mero atto di adempimento di una obbligazione di dare⁴⁴. In un caso e nell'altro ciò che orienta in tal senso è l'identità della funzione assolta dai due preliminari; identità la quale pare esprimere l'assenza di un interesse giuridicamente rilevante alla doppia stipulazione e, di conseguenza, l'inutilità dell'ulteriore scissione del procedimento di formazione del contratto che per mezzo dei due preliminari viene a realizzarsi.

Nella prospettiva della sequenza di contratti, l'identità di funzione riconducibile ai due preliminari esclude di per sé l'esistenza di un interesse

⁴³ Nulla di più, sempre che si reputi necessaria l'individuazione per il tramite di tale contratto degli elementi essenziali del definitivo. Individuazione che la sua stessa qualificazione in termini di preliminare, seppure di preliminare, deve presupporre: in argomento v. *infra*.

⁴⁴ Per tale ultima costruzione v. il § successivo.

concreto alla doppia stipulazione obbligatoria. In tale prospettiva, infatti, l'utilità sulla quale dovrebbe appuntarsi l'interesse delle parti è quella derivante dai singoli accordi considerati isolatamente. Sicché nel preliminare di preliminare essa sarebbe costituita dalla successiva stipulazione obbligatoria: promittente e promissario per il suo tramite bloccano l'affare; si vincolano alla futura contrattazione e rinviano il completamento del contenuto del regolamento (per i profili non essenziali, si intende). Ciò laddove, nel preliminare chiuso la menzionata utilità dovrebbe risiedere nel continuare a bloccare l'affare, vincolandosi questa volta alla conclusione del definitivo.

A volere ipotizzare un interesse della parte che subisce l'inadempimento dell'altra – che poi dovrebbe essere l'interesse che l'ordinamento intende tutelare – sembra assai plausibile riferirlo all'immediata vigenza del regolamento definitivo. Il primo inadempimento è indubbiamente in grado di incrinare il rapporto di fiducia tra promittente e promissario; ciò nonostante, l'esercizio della azione di esecuzione forzata in forma specifica testimonia della persistenza dell'interesse alla stipulazione anzitutto del definitivo dal lato di chi tale inadempimento subisce. Dato il ricorrere di detto inadempimento infatti, con una certa probabilità la parte che persiste nel voler proseguire la contrattazione preferirebbe potere agire *ex art.* 2932 al fine di ottenere gli effetti del definitivo e non già di un preliminare che, seppure chiuso, esporrebbe al pericolo di un nuovo inadempimento e di un nuovo contenzioso. Verrebbe così a configurarsi, in sede di tutela, un interesse concreto del contraente adempiente opposto a quello che la sequenza preliminare aperto – preliminare chiuso – definitivo dovrebbe sottendere.

5. - (Segue): b) Preliminare di vendita obbligatoria. Utilità della scissione tra *titulus* e *modus adquirendi* e inutilità della contrattazione preliminare a essa apposta.

Poco cambia qualora si voglia costruire la sequenza alla stregua di un preliminare di vendita obbligatoria⁴⁵. Tale costruzione prende le mosse

⁴⁵ A. CHIANALE, *Preliminare di preliminare*, cit., 40 ss.

dall'orientamento che attribuisce alla introduzione di una espressa disciplina in materia di contrattazione preliminare il merito di avere contribuito al definitivo accantonamento della regola di derivazione francese in virtù della quale la promessa di vendita vale vendita, sì da aprire alla scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*⁴⁶. Si osserva, in particolare, che il primo accordo andrebbe qualificato in termini di vero e proprio preliminare con funzione anzitutto di controllo delle sopravvenienze, secondo i più classici orientamenti in argomento, mentre il secondo quale vendita obbligatoria il cui adempimento troverebbe attuazione per mezzo del successivo contratto definitivo⁴⁷. A conferma della bontà della costruzione è portato, poi, l'esempio del *Vorvertrag* di tradizione tedesca, ammesso anche per le vendite immobiliari; vendite che, in quel sistema, sono per definizione obbligatorie⁴⁸.

È noto che le elaborazioni dottrinali favorevoli al preliminare più risalenti, affermatesi alla vigilia dell'entrata in vigore del codice del 1942, avallarono la sua introduzione anche al fine di assecondare le esigenze espresse a livello di prassi⁴⁹. La ricezione della regola francese in materia di promessa di vendita avrebbe ingabbiato eccessivamente l'autonomia dei privati, impedendole di rinviare il trasferimento della proprietà, le volte in cui ciò fosse stato necessario al fine di agevolare la contrattazione immobiliare.

⁴⁶ Ampiamente *retro*, note 6 e 7.

⁴⁷ A. CHIALE, *o.l.u.c.*

⁴⁸ Si tratta di una figura di elaborazione giurisprudenziale in origine introdotta al fine precipuo di ampliare la maglie della responsabilità precontrattuale, assai ristrette in quel sistema. È però figura ben poco diffusa nella prassi delle compravendite immobiliari. Tra le ragioni di tale minima diffusione si annovera il contenuto minimo richiesto ai fini della sua validità: tutti gli elementi essenziali del contratto sono già contenuti nel preliminare. Senza contare che nel sistema tedesco la vendita è contratto a efficacia obbligatoria: R. SPECIALE, *Il «Vorvertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, 46 ss.; D. HENRICH, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 697, ove si afferma che «Il fondamento per cui in Italia ad un contratto di compravendita relativo a un immobile si fa quasi sempre precedere la stipulazione di un preliminare – e cioè il fatto che le parti desiderano (...) controllare presupposti e sopravvenienze prima che si perfezioni l'effetto reale – in Germania non ha ragion d'essere. Se le parti vogliono differire il momento in cui la proprietà si trasferisce non hanno alcun bisogno di ricorrere al preliminare, dal momento che a seguito della conclusione del contratto di compravendita nulla è mutato per quanto attiene ai rapporti reali».

⁴⁹ Nota è l'affermazione contenuta in L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, Milano, 1902, 68 ss., sulla utilità del preliminare «nei casi in cui non si può, da una parte, concludere il contratto definitivo, senza certe autorizzazioni che richiedono tempo, e non si vuole rimanere, come suol dirsi, con le mosche in mano».

Di là dalle opzioni interpretative in ordine al rapporto corrente tra preliminare e definitivo⁵⁰, è un fatto che con l'introduzione della figura del preliminare si ottiene proprio il risultato di postergare il trasferimento a un momento successivo rispetto a quello dell'assunzione dell'obbligazione avente a oggetto il trasferimento medesimo⁵¹. Non che le divergenze riscontrabili tra le varie ricostruzioni del menzionato rapporto siano indifferenti sul piano della individuazione della disciplina applicabile. Non lo sono con riferimento a molteplici profili⁵². Lo sono tuttavia sicuramente con riguardo alle conseguenze che discendono dalla separazione dei due momenti (obbligatorio e traslativo) in punto di controllo dei presupposti di fatto e di diritto della contrattazione⁵³. Anche chi, insomma, costruisce la sequenza preliminare – definitivo alla stregua di una vendita obbligatoria, non esclude la legittimità del rifiuto della seconda stipulazione in ipotesi di sopravvenienze o di difetto dei presupposti giuridici o materiali fondanti la scelta di acquistare⁵⁴.

Mutando angolo visuale, è parimenti un fatto che il principale corollario che segue alla scelta tra principio consensualistico e regola della scissione tra *titulus* e *modus adquirendi* è apprezzabile sul piano della stabilità dell'acquisto, ossia sul piano della certezza della circolazione dei diritti⁵⁵. Nella maggioranza degli ordinamenti che hanno mantenuto detta scissione, come quello tedesco, l'atto di trasferimento è acausale, con la conseguenza che su di esso non si ripercuotono le vicende che interessano il rapporto

⁵⁰ V. *retro*, note 1 ss.

⁵¹ Attraverso il preliminare, nella sostanza, le parti programmano l'acquisto futuro. La funzione di programmazione assolta per il suo tramite è evidente ove lo si metta a confronto con la vendita a termine. Sulle differenze correnti tra le due fattispecie v. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 146 ss.

⁵² Non lo sono, ad esempio, con riguardo alle ricadute di eventuali vizi del preliminare sul definitivo e, in particolare, alla scelta in ordine alla autonoma impugnabilità dello stesso definitivo una volta prescrittasi la corrispondente azione da esercitare nei confronti del preliminare: *amplius*, F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 102 ss.

⁵³ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 270 s.

⁵⁴ F. GAZZONI, *o.l.u.c.* D'altronde, in questo senso depone anche l'orientamento giurisprudenziale che ha aperto proprio con riferimento al preliminare a effetti anticipati – preliminare vieppiù costruito in termini di vendita obbligatoria (così, lo stesso A. CHIAALE, *o.l.u.c.*) – ai rimedi di carattere satisfattorio quali la riduzione del prezzo e l'eliminazione dei vizi: v. *retro*, note 4 s.

⁵⁵ M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007.

fondamentale. Sicché, nell'ipotesi di nullità del contratto obbligatorio, il terzo acquirente dall'avente causa è sempre preferito al dante causa, spettando a quest'ultimo esclusivamente l'azione personale di ripetizione.

Nel nostro sistema, il riconoscimento ai privati della facoltà di derogare al principio consensualistico⁵⁶ attraverso la conclusione di una vendita obbligatoria non si traduce nella ammissibilità di un atto di trasferimento astratto⁵⁷. Che si reputi necessaria oppure no la c.d. *expressio causae* in questo atto, resta imprescindibile ai fini della stabilità dell'acquisto la validità del contratto che costituisce la fonte dell'obbligazione di trasferire la proprietà⁵⁸. Sul piano delle tutele del dante causa, la soluzione è perciò inversa a quella accolta nel sistema tedesco: il dante causa è nella sostanza quasi sempre preferito al terzo acquirente dall'avente causa, conservando la titolarità della azione di rivendica.

I vantaggi della scissione, pertanto, restano apprezzabili nel nostro ordinamento anzitutto con riguardo al potere dei contraenti di controllare la corrispondenza tra l'oggetto della contrattazione e la realtà materiale sulla quale la contrattazione stessa è destinata a incidere in via definitiva soltanto dopo il trasferimento del diritto⁵⁹. Tanto basta ad affermare l'inutilità, anche nella evocata prospettiva, della doppia contrattazione obbligatoria. Si ripete: se la finalità principale in vista della quale si preferisce postergare il trasferimento del diritto a un momento successivo è di svolgere indagini più approfondite sui presupposti di fatto o sulla conformità del bene rispetto a quanto rappresentato nel contratto e se la relativa realizzazione è assicurata già dalla conclusione del primo preliminare, il secondo contratto obbligatorio si rivela un inutile doppione idoneo soltanto ad appesantire il procedimento volto al trasferimento del diritto.

Nuovamente, è la fase patologica del primo rapporto a orientare in tal senso. Una volta verificatosi il primo inadempimento, la parte che lo subisce – si è detto – potrebbe o perdere interesse alla prosecuzione della contrattazione – con la conseguenza di limitarsi a chiedere il risarcimento

⁵⁶ Sulla facoltà dei privati di derogare al principio consensualistico v. *retro*, nota 6.

⁵⁷ Cfr. M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., 566 ss.

⁵⁸ Cfr. le osservazioni di E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 823 ss.

⁵⁹ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 155 ss.

del danno – oppure agire per l'esecuzione forzata dell'obbligo a contrarre. In quest'ultima ipotesi è chiaro che, stante il pericolo di un secondo inadempimento, il contraente adempiente dovrebbe avere interesse alla immediata realizzazione dell'effetto finale, rispetto al quale l'atto intermedio – ossia il preliminare chiuso – si rivela vieppiù superfluo. Gli elementi essenziali del contratto definitivo sono già stati individuati in sede di stipula del primo preliminare e per quanto riguarda quelli accessori c'è comunque l'art. 1374 c.c.

Resta che il ragionamento appena articolato presuppone l'esistenza della chiara volontà delle parti di obbligarsi a contrarre, che ha quale diretta conseguenza proprio la consumazione della facoltà di scegliere se concludere oppure no il secondo contratto. Ove tale volontà manchi, invero, non ci sarebbe neppure da discutere sulla possibilità di qualificare simili accordi in termini di preliminari veri e propri⁶⁰. È questione che attiene alla interpretazione del regolamento contrattuale, con ogni probabilità destinata a risolversi con la qualificazione del medesimo accordo in termini di semplice minuta o puntuazione⁶¹.

352

6. - (Segue): c) Immeritevolezza dell'accordo preliminare al preliminare nell'ipotesi di incompletezza del relativo contenuto minimo in rapporto al definitivo.

La soluzione della questione della validità del c.d. preliminare di preliminare, sempre che lo si voglia ricondurre alla classica figura del preliminare, sarebbe molto diversa nel caso in cui l'accordo non indichi tutti gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretto. In tale evenienza, infatti, niente sembra poterlo sottrarre alla nullità per immeritevolezza dell'interesse perseguito⁶².

⁶⁰ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 227 ss.

⁶¹ Sul punto v. *infra*, §§ successivi.

⁶² Si può, inoltre, osservare che nel caso di incompletezza dell'accordo con riguardo agli elementi essenziali del secondo contratto sarebbe irragionevole prospettare la stessa ricorrenza di un interesse giuridicamente rilevante alla assunzione della menzionata obbligazione; assai più ragionevole sarebbe supporre, invece, l'esistenza di un interesse comune a entrambe le parti alla prosecuzione delle trattative secondo le regole della correttezza. Perché rischiare di essere convenuti per inadempimento quando i termini dell'affare per la cui esecuzione si è chiamati in giudizio non sono neppure stati individuati?

La spiegazione sta in particolare nel tipo di effetto a esso riconducibile: costitutivo dell'obbligazione non a contrattare, bensì a contrarre. Ciò, laddove la differenza tra le due obbligazioni è assai rilevante anzitutto sul piano del regime della responsabilità in ipotesi di inadempimento di uno dei contraenti.

Si diceva che chi conclude un preliminare, così assumendo l'obbligazione a contrarre, di là dal caso della impossibilità sopravvenuta e, secondo alcuni, della eccessiva onerosità, può considerarsi liberato dal vincolo soltanto nella ipotesi in cui il bene in concreto non corrisponda al bene promesso; quando, cioè, ci sia divergenza – ovviamente non imputabile – tra l'utilità programmata e quella conseguita⁶³.

Classico è l'insegnamento che nega ogni utilità all'obbligazione risarcitoria nella individuazione degli elementi fisionomici dell'obbligazione avente a oggetto la prestazione inadempita⁶⁴. Vero è però che quest'ultima è funzionale all'attuazione dell'interesse creditorio e che è proprio alla lesione di tale interesse che va parametrato il danno. Ciò per dire che anche dall'oggetto della prestazione inadempita (*rectius*, dall'oggetto dell'obbligazione) dipende la disciplina applicabile in seguito all'inadempimento, con particolare riferimento altresì alla selezione delle cause di esonero della stessa responsabilità.

La scelta del regime della responsabilità in caso di inadempimento di un preliminare è coerente con l'oggetto dell'obbligazione a esso riconducibile; presupposto della assunzione di tale specie di obbligazione è proprio il suo contenuto minimo. Dunque, le parti potrebbero assumere validamente l'obbligazione a contrarre – dalla quale, peraltro, possono svincolarsi esclusivamente a date condizioni in quanto l'utilità finale è già definitivamente programmata nello stesso contratto preliminare – soltanto ove si accordino su tutti gli elementi considerati essenziali del futuro contratto⁶⁵.

⁶³ V. *retro*, § 3.

⁶⁴ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 23 ss. e 213 ss.

⁶⁵ L'orientamento della giurisprudenza è abbastanza restrittivo: Trib. Teramo, 18 settembre 2015, in *dejure*, il quale esclude la legittimità del rifiuto a concludere il definitivo allorquando si possa affermare che «non sussistevano rilevanti difformità dell'immobile non conosciute dal primo e dallo stesso non accettate o comunque tali da non potere essere eliminate con un minimo costo»; nonché, Trib. Messina, 14 maggio 2015, *ivi*; Trib. Parma, 5 febbraio 2014, *ivi*; Trib. Genova, 26 giugno 2013, *ivi*.

Sul punto, d'altronde, la giurisprudenza è assai chiara: se è vero che ciò che distingue la minuta o la puntuazione dal preliminare è anzitutto la ricorrenza della volontà dei contraenti di vincolarsi alla conclusione del successivo contratto⁶⁶, è anche vero che l'individuazione del contenuto minimo del contratto può – a date circostanze, quale può essere il mancato rinvio ad altra sede della definizione degli elementi accessori – fare presumere l'esistenza di una tale volontà⁶⁷. Affinché possa reputarsi raggiunto un accordo idoneo a obbligare a contrarre è necessaria l'individuazione degli elementi essenziali (in concreto) del definitivo⁶⁸.

A questa stregua, qualificare un patto che non individua tutti gli elementi essenziali del futuro contratto – che altro non sono che quelli del definitivo – in termini di preliminare, sì da ricondurgli egualmente l'effetto costitutivo dell'obbligo a contrarre, porterebbe all'applicazione di un regime di responsabilità che suscita non poche perplessità. I contraenti, in definitiva, finirebbero per consumare la loro autonomia negoziale con riguardo alla conclusione del successivo contratto pur essendo ancora in via di definizione, e quindi di programmazione, la stessa utilità finale cui tendono.

354

A fronte di un accordo incompleto, le cause di esonero dalla responsabilità devono identificarsi con il ventaglio di ipotesi in cui il rifiuto della successiva stipulazione non sia sorretto da alcun giustificato motivo⁶⁹. Giustificato è il rifiuto, ad esempio, quando la proposta di dettaglio formulata da

⁶⁶ Sul rilievo della volontà spec. Trib. Padova, 11 settembre 2006, in *Jusexplorer*.

⁶⁷ Cass., 4 agosto 1990, n. 7871, in *Jusexplorer*; Trib. Genova, 15 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2011, 82; in prospettiva assai simile v., pure, Trib. Bologna, 23 aprile 2007, in *Il civilista*, 2008, 86; Trib. Milano, 10 maggio 2006, *ivi*, ove si dà rilievo ai fini della distinzione tra minuta e accordo vincolante al rinvio operato dai contraenti al successivo accordo necessario per la definizione degli elementi accessori (dunque, perciò tali soltanto in astratto) del regolamento contrattuale.

⁶⁸ Sulle regole di formazione del vincolo contrattuale e, in particolare, sulla c.d. formazione progressiva la letteratura è molto ampia. Per tutti G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 199 ss.; Id., *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, spec. 73 ss.; L. RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1668 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2^a ed., Milano 2000, 228 ss.; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, I, Torino 2006, 177 ss.

⁶⁹ Il rinvio è, dunque, alle regole in materia di responsabilità precontrattuale; sul punto, *ex multis*, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, rist. Camerino, Napoli, 2012; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, Milano, 2006; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

una parte non risponda all'interesse dell'altra; interesse il quale va ovviamente individuato alla luce dell'utilità finale che la sequenza di accordi è destinata a realizzare, ben oltre ciò che può emergere da un accordo lacunoso⁷⁰.

Né vale obiettare, mantenendo ferma la suddetta qualificazione, che il regime della responsabilità deve essere stabilito caso per caso, secondo il grado di definizione dell'utilità finale. Ammettere tale flessibilità significherebbe comunque nella sostanza rinunciare a inquadrare gli accordi incompleti nello schema del preliminare.

7. - Conclusione con riferimento al presupposto di ammissibilità di accordi prodromici alla contrattazione preliminare: incompletezza dell'accordo. Corollari in ordine alla relativa efficacia: dall'obbligo a contrarre all'obbligo a contrattare.

In sintesi: accantonata la qualificazione in termini di preliminari in virtù dei quali le parti si vincolerebbero alla conclusione di un successivo contratto obbligatorio, non resta che prendere atto che tali patti o sono dei preliminari veri e propri – il che ovviamente porterebbe con sé la qualificazione del successivo atto in termini di definitivo – oppure sono accordi diversi dai preliminari della cui idoneità a esprimere un interesse meritevole di tutela all'ulteriore frammentazione del procedimento di conclusione di un contratto si può discutere proprio in ragione di tale diversità. Ciò, laddove il *discrimen* tra le due ipotesi è senza dubbio rappresentato dal relativo contenuto, valutato in relazione a quello minimo del contratto definitivo.

355

⁷⁰ Si pensi al caso in cui non si sia raggiunto un accordo sui termini del pagamento quando chi vuole vendere ha la necessità di concludere quanto prima il definitivo per monetizzare in vista di un altro investimento. In casi come questo, ciò che si può pretendere da ciascuno dei contraenti è soltanto l'adozione di un comportamento improntato alle regole della correttezza al fine del completamento della regola contrattuale (v. *infra*). Non a caso, d'altronde, anche la Cassazione, nel definire la disciplina applicabile alla fase patologica, fa riferimento al risarcimento del danno nei limiti del c.d., sia pure criticabilmente, interesse negativo. Ciò laddove, il *quantum debeatur* in ipotesi di inadempimento dell'obbligazione di concludere il contratto definitivo andrebbe liquidato «nella misura pari alla differenza tra il valore commerciale del bene medesimo, al momento in cui l'inadempimento è divenuto definitivo, ed il prezzo pattuito»: così, tra le più recenti, Cass., 11 novembre 2015, n. 22979, in *Iusexplorer*; Trib. Bari, 6 febbraio 2015, *ivi*.

Le Sezioni Uniti, nel fondo, sembrano fare propria questa alternativa quando affermano la validità di accordi prodromici anche alla stipulazione del preliminare; escludono rispetto a essi l'applicabilità della disciplina dettata per il medesimo preliminare ed espressamente limitano la responsabilità della parte inadempiente all'interesse negativo⁷¹.

Esse, – dopo avere osservato che, qualora ne ricorrono gli estremi, è il primo contratto a dovere essere qualificato quale preliminare c.d. chiuso – proclamano la legittimità della «procedimentalizzazione delle fasi contrattuali» e individuano due possibili «“sequenze” variabili che si avvicinano» tra loro. Della prima farebbero parte le mere puntuazioni. Della seconda, invece, due tipologie di intese: da un lato, le puntuazioni vincolanti soltanto su alcuni profili della futura regolamentazione, quali accordi iniziali che non sono preliminari veri e propri stante la mancata individuazione di alcuni elementi essenziali⁷²; dall'altro lato gli accordi mediante i quali si vuole soltanto bloccare l'affare «anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo», in quanto la situazione conoscitiva «non è tale da fare maturare l'accordo consapevole».

356

Entrambe sarebbero «riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento»; perciò, la relativa violazione in un momento successivo «rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati» comporterebbe – a detta della Corte – una «responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nel corso della formazione di un contratto»⁷³.

Si tratterebbe, dunque, di accordi diversi quanto ai contenuti ma pari-menti vincolanti; nessuno dei due, tuttavia, riconducibile alla figura del preliminare.

Quanto alla prima tipologia, invero, è la stessa Cassazione a escludere che si tratti di veri e propri preliminari, attesa la lacunosità della regola di cui costituirebbero la fonte con riguardo agli elementi essenziali del definitivo. Con riferimento agli effetti a essi riconducibili dunque, escluso

⁷¹ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit., 192 ss.

⁷² Rispetto a queste ultime, afferma la Corte, «mano a mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto».

⁷³ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit., 192 ss.

quello costitutivo dell'obbligo a contrarre per le ragioni anzidette⁷⁴, non resta che fare riferimento all'obbligazione avente a oggetto il contrattare. Quanto alla seconda tipologia di intese, sebbene la Corte non specifichi, la conclusione sulla relativa qualificazione non sembra possa essere differente ove a esse si voglia riconoscere autonomia rispetto alla classica figura del preliminare.

Presupposto di fatto che dovrebbe indurre le parti alla loro conclusione è – a detta delle Sezioni Unite – l'assenza di una situazione conoscitiva tale da fare maturare un accordo consapevole. Ebbene, in presenza di un simile presupposto fattuale, gli scenari in astratto prospettabili possono essere tre: le parti potrebbero a) avere già individuato per mezzo di questi accordi gli elementi essenziali del futuro contratto; b) avere parimenti individuato sì fatti elementi, ma rinviai al secondo accordo per la determinazione della regolamentazione di dettaglio; c) non avere raggiunto un'intesa su tutti gli elementi essenziali del secondo contratto.

Sulla qualificazione dell'accordo nel primo scenario bastano poche battute. Esso è un preliminare a tutti gli effetti, stante l'assenza di ogni rinvio alla futura determinazione dei c.d. elementi accessori; dunque, un preliminare c.d. chiuso. La relativa idoneità a costituire fonte dell'obbligo a contrarre esclude che gli si possa attribuire una autonomia sufficiente rispetto al successivo atto dagli effetti parimenti obbligatori con riguardo alla utilità al conseguimento della quale è diretto. Perché mai, infatti, rinviare l'assunzione dell'obbligazione a concludere il contratto definitivo se i profili essenziali della regolamentazione sono già stati individuati e su di essi non si può ritornare e se le parti possono escludere già in sede di stipulazione di un tale accordo l'applicazione del rimedio di cui all'art. 2932 c.c.⁷⁵?

357

⁷⁴ V. §§ precedenti.

⁷⁵ A ciò si aggiunga che in presenza di un accordo che indichi tutti gli elementi essenziali del futuro contratto senza alcun ulteriore rinvio alla determinazione degli elementi accessori, il fatto di prefigurare la possibilità di svincolarsi, di là dalle ipotesi di sopravvenienze o di difetto dei presupposti materiali o giuridici della contrattazione, dovrebbe porre dei dubbi circa l'esistenza di una riserva mentale tale da fare dubitare della stessa serietà del vincolo. Conseguentemente, delle due l'una: o la riserva è bilaterale, sì da assumere rilevanza nel senso di escludere l'esistenza di un vincolo per entrambe le parti, oppure è unilaterale, con conseguente sua irrilevanza sul piano della validità dell'accordo. In tale ultima ipotesi, il comportamento della parte che si rifiuti di concludere il successivo contratto andrebbe

Sul secondo scenario sono opportune alcune specificazioni. Rispetto a esso occorre anzitutto valutare se il rinvio alla successiva contrattazione per la specificazione di ulteriori elementi del definitivo assolva la funzione di escludere l'operatività del meccanismo dell'integrazione automatica di cui all'art. 1374 c.c. Il fatto stesso di rinviare la determinazione di tali elementi potrebbe indicare infatti che nella intenzione delle parti i corrispondenti profili della regolamentazione sono essenziali al fine del soddisfacimento dei rispettivi interessi⁷⁶.

È chiaro che ove si dovesse desumere tale intenzione, non sarebbe parimenti prospettabile l'esistenza né dell'interesse a vincolarsi per la conclusione del definitivo, né di quello a vincolarsi alla stipulazione di qualunque altro accordo⁷⁷. Da una tale intesa, perciò, potrebbe scaturire esclusivamente l'obbligazione a proseguire nella contrattazione. Identificata l'utilità del primo accordo nell'esigenza di bloccare l'affare per il tempo necessario alla raccolta di ulteriori informazioni, è assai più ragionevole supporre che i contraenti si vincolino a proseguire assumendo l'impegno di cooperare per la determinazione del contenuto mancante del regolamento⁷⁸.

qualificato come contrario a buona fede, segnatamente alla buona fede esecutiva, aprendo all'applicazione della disciplina in materia di inadempimento contrattuale.

⁷⁶ Si sarebbe, in altre parole, di fronte a una ipotesi di formazione progressiva del contratto: per tutti, G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, cit., 199 ss.; Id., *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, cit., spec. 73 ss.

⁷⁷ Del tutto diversa sarebbe l'ipotesi in cui l'ulteriore margine temporale sia necessario per accettare la rispondenza del bene oggetto del trasferimento, peraltro in questo caso già individuato, all'interesse dell'acquirente espresso dal primo regolamento contrattuale (si pensi, ad es., alla edificabilità di un terreno oppure, più semplicemente, alla corrispondenza degli ambienti di un immobile alla mappa catastale). In questa ipotesi, l'accordo potrebbe produrre l'effetto costitutivo dell'obbligazione di concludere il successivo contratto. Quanto alla relativa qualificazione, nulla osterebbe al rinvio al preliminare c.d. chiuso: l'interesse dei contraenti troverebbe assai bene realizzazione per il suo tramite, attesa la facoltà di ciascuno di opporre un legittimo rifiuto alla successiva stipulazione nel caso di non corrispondenza della realtà fattuale a quanto pattuito.

⁷⁸ D'altro canto, se nella prospettiva delle Sezioni unite ciò che può giustificare l'ulteriore scissione del procedimento di formazione dell'accordo è la ricorrenza di una consapevolezza dei termini dell'affare molto inferiore rispetto a quella che solitamente matura nelle more della conclusione di un preliminare c.d. chiuso (dunque, una conoscenza che le parti non reputano sufficiente al fine di vincolarsi alla futura contrattazione del definitivo), rappresenterebbe una contraddizione in termini ammettere un accordo che, al contempo, esprima la evocata poca consapevolezza e ciò nondimeno obblighi alla successiva stipulazione. Intanto si può reputare che nella sequenza cui dà luogo il preliminare di preliminare il primo accordo abbia un grado di autonomia dal secondo in quanto l'obbligazione che per il suo tramite viene assunta sia anzitutto strumentale a mantenere fermo l'affare per il tempo necessario

Infine, nel terzo scenario, si mostra risolutiva sul piano della efficacia la mancata individuazione di tutti gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione le parti si sarebbero obbligate. Delle conseguenze di ciò con riguardo al contenuto dell'obbligazione che dai menzionati accordi può scaturire si è già detto⁷⁹. L'obbligazione può essere, al più, a contrattare; giammai a contrarre⁸⁰.

In definitiva, delle due l'una: l'accordo prodromico alla contrattazione definitiva o è un preliminare a tutti gli effetti oppure è altro. Può essere altro anche sulla base di quanto argomentato dalle medesime Sezioni Unite. Non può che essere altro alla luce del relativo contenuto. Sono sicuramente meritevoli, ove idonei a esprimere un interesse dei contraenti alla ulteriore frammentazione del procedimento di formazione del contratto, salvo quanto detto a proposito della loro efficacia⁸¹.

8. - Natura di tali accordi. Obbligo a contrattare, a trattare e dovere di buona fede.

Da ultimo, resta da valutare la natura giuridica dei detti accordi prodromici qualora non siano qualificabili come contratti preliminari. La loro area di inferenza – e questo è oramai chiaro – è quella delle trattative; l'incidenza della relativa prospettazione quali fattispecie autonome e distinte dalle puntuazioni sulla sistemazione della responsabilità precontrattuale è però tutta da verificare⁸².

Sulla natura di queste convenzioni le stesse Sezioni Unite così si pronunciano: il rifiuto, non motivato, di non proseguire nella contrattazione dovrebbe dare luogo «a responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e

359

alla raccolta delle ulteriori informazioni; raccolta la quale potrebbe anche indurre le parti a decidere di non proseguire oltre, bene al di là delle ipotesi di sopravvenienze o difetto dei presupposti giuridici e materiali della contrattazione, senza che perciò stesso vadano incontro ad alcuna responsabilità (e nei limiti in cui non ricorra una ipotesi di responsabilità precontrattuale).

⁷⁹ V. §§ precedenti.

⁸⁰ V. §§ precedenti.

⁸¹ V. *retro*, § precedente.

⁸² M. SEMERARO, *Le Sezioni unite sull'oggetto del c.d. preliminare di preliminare: dall'obbligo a contrarre all'obbligo a trattare*, cit., 8 ss.; O. CLARIZIA e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare? (a proposito di una pronuncia delle Sezioni Unite)*, cit., 874 ss.

non propriamente ex contractu». Per poi aggiungere, in un passaggio di poco successivo: obbligazione «riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c.»⁸³.

La sovrapposizione tra tali tipologie di intese e le puntuazioni si potrebbe reputare, a un primo sguardo, soltanto apparente. Di diverso ci sarebbe – nell'opinione espressa tra le righe dalla medesima Corte – che le prime rappresentano accordi vincolanti; ciò laddove le seconde – ed è assai noto⁸⁴ – certamente non vincolano alla conclusione del contratto.

L'utilità di nominare diversamente i fatti, e quindi di distinguerli sul piano giuridico, consiste nel riferire a essi gruppi di discipline diverse. *A contrario*, è questa la ragione della non prospettabilità di un preliminare di preliminare in senso tecnico. Tale è pure la ragione di fondo che induce a reputare non soltanto apparente la sovrapposizione delle menzionate intese alle puntuazioni. Nuovamente il banco di prova è costituito dalla fase patologica: in particolare, dalla disciplina applicabile in ipotesi di rifiuto a proseguire nella contrattazione.

Si diceva che le puntuazioni non obbligano ad alcunché⁸⁵. Il che è indubbiamente vero. È vero anche, tuttavia, che una volta fissati i punti essenziali (in astratto) del contratto, il rifiuto ingiustificato eventualmente opposto non va esente da conseguenze giuridiche. La ricorrenza di una puntuazione è infatti idonea a fare sorgere in ciascuna delle parti un legittimo affidamento in ordine alla conclusione dell'affare e il rifiuto

⁸³ Cass. Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit., 192 ss.

⁸⁴ Sulla rilevanza di tali atti con riguardo alla valutazione della condotta dei contraenti alla luce del canone della buona fede nelle trattative G. d'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1104; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 187. Più di recente, M. MANTOVANI, *Trattative e responsabilità precontrattuale*, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, *Dei contratti in generali*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, I, Torino, 2011, 443 ss. Con particolare riferimento agli accordi con i quali le parti si obbligano a non rimettere in discussione i punti già fissati A. DI MAIO, *Vincoli unilaterali e bilaterali nella formazione del contratto*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, 563; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in P. RESCIGNO-N. LIPARI (a cura di), *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni*, Milano, 2009, 240.

⁸⁵ Ciò nel senso che le puntuazioni non obbligano – in senso tecnico – a porre in essere una prestazione a vantaggio dell'altra parte, attesa la loro specifica rilevanza sul piano della valutazione della condotta dei contraenti nel corso delle trattative alla luce del canone della buona fede. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 137.

immotivato potrebbe ben rappresentare un comportamento contrario a buona fede⁸⁶.

Senza entrare nelle pieghe del dibattito sulla portata delle puntuazioni nell'ambito delle trattative – ove non mancano costruzioni che prospettano la ricorrenza di un comportamento contrario a buona fede pure nelle ipotesi in cui una parte ritorni sui punti sui quali v'era già l'accordo⁸⁷ –, non pare conclusione poi così lontana dalla realtà supporre la ricorrenza di una sorta di equivalenza tra trattative e contrattazione.

Ferma restando la distinzione ad altri fini rilevante tra trattativa e procedimento di formazione del contratto⁸⁸, obbligarsi a contrattare non sembra rivestire un significato assai diverso dall'obbligarsi a trattare, cioè a proseguire nelle trattative, quando riferito al preliminare. Ammettere la configurabilità dell'obbligazione a oggetto il contrattare significa, nella sostanza, ammettere la medesima configurabilità di quella a oggetto le trattative. In cosa dovrebbe consistere, tuttavia, l'oggetto della prestazione e quale l'utilità che per il suo tramite si attribuisce alla controparte? Nota e risalente nel tempo è la differenza corrente tra il concetto di obbligazione e di dovere e parimenti nota e risalente è la *querelle* in ordine alla riconduzione della regola di condotta nascente dalla clausola generale di buona fede richiamata dall'art. 1337 c.c. all'una o all'altra categoria⁸⁹.

Di là da tale dibattito, cui seguirebbe nella prospettiva di molti la qualificazione come contrattuale o extracontrattuale della responsabilità da violazione della menzionata regola di condotta⁹⁰, e dalla sua stessa attuale

⁸⁶ In argomento, per alcuni riferimenti bibliografici, v. *retro*, nota 84.

⁸⁷ Sempre che le parti si fossero impegnate a non rimettere in discussione i punti già fissati: sul tema, in particolare, A. DI MAJO, *Vincoli unilaterali e bilaterali nella formazione del contratto*, cit., 1997, 563; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, cit., 240.

⁸⁸ Sulla distinzione tra procedimento di formazione e trattativa, chiaramente, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 44 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 114 ss.

⁸⁹ In argomento E. BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, I, Milano, 1953, 80 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956, 360 ss., secondo il quale, sulla scia della dottrina tedesca, la previsione contenuta nell'art. 1337 c.c. costituirebbe una ipotesi di obbligazione *ex lege*. V., altresì, M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 75.

⁹⁰ Il dibattito è stato quanto mai vivace in dottrina: per la tesi contrattualistica v., tra gli altri, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 360 ss. e F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 303 ss. Per quella che riconosce la natura extracontrat-

utilità⁹¹, per il profilo che qui interessa sembra essere dirimente la seguente circostanza: se l'obbligazione esprime uno schema attributivo, la regola di condotta nascente dalla buona fede precontrattuale pare sintetizzabile nei termini di uno schema anzitutto conservativo, nel perseguitamento del proprio personale interesse, dell'interesse altrui.

In questa prospettiva, se appare evidente la distinzione tra obbligazione a contrarre e a contrattare, assai più sfumata si mostra quella tra quest'ultima – ove se ne volesse ammettere la configurabilità seguendo il ragionamento delle Sezioni unite – e il dovere/obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative. Soltanto nella prima ipotesi l'obbligazione si rivela strumentale all'attribuzione di una utilità; ciò laddove nelle altre due entrambi gli schemi si mostrano allo stesso modo funzionali a preservare la possibilità di una attribuzione futura, la programmazione della quale è però ancora da definire.

Una conferma significativa di quanto affermato si può trarre, nuovamente, dalla disciplina della responsabilità. Ove infatti si scegliesse di distinguere tra le (e riconoscere autonomia alle) ipotesi di recesso ingiustificato, da una parte, e di inadempimento del c.d. obbligo a contrattare, dall'altra, non si potrebbe fare a meno di constatare la relativa sovrappponibilità esattamente in punto di disciplina applicabile. Che si tratti di trattative o di contrattazione le cause che qualificano il recesso nel modo anzidetto o il rifiuto alla stregua di un inadempimento sono le medesime, come la medesima è l'entità del danno risarcibile⁹².

tuale, seppure con qualche oscillazione verso un terzo genere di responsabilità (e.d. mista), R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 259 ss.; nonché C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 164 ss.

Se è vero che dalla qualificazione della buona fede in termini di dovere o di obbligazione si fa tradizionalmente discendere la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità *ex art. 1337 c.c.*, poiché da essa si fa anche discendere il riconoscimento della esistenza oppure no di un rapporto giuridico (*rectius*, obbligatorio), è pure vero che proprio tale scelta di qualificazione non sembra di per sé preclusiva dell'inquadramento della relazione tra i contraenti nella fase delle trattative in termini di rapporto, stante l'essenza delle regole che di volta in volta specificano la portata della clausola generale della buona fede: regole di condotta, l'imposizione delle quali si giustifica anzitutto in ragione della preesistenza di una relazione qualificata tra le parti (cfr., tuttavia, G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano 1993, 45 ss.) e che la stessa previsione contenuta nell'*art. 1337 c.c.* contribuisce a qualificare in questi termini.

⁹¹ Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 840 ss.

⁹² Tradizionale nella giurisprudenza è il riferimento all'interesse negativo quale parametro di quantificazione del danno da responsabilità precontrattuale: Cass., 10 marzo 2016, n. 4718, in *Iusexplorer*; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250 ss. La distinzione tra interesse positivo e interesse negativo solleva invece perplessità in dottrina: R. SACCO-G. DE

Il riconoscimento del preliminare di preliminare nei termini prospettati dalle Sezioni unite porta con sé di nuovo, rispetto al più classico orientamento giurisprudenziale, soltanto il riferimento alla natura contrattuale della responsabilità⁹³. Questo e non altro sembra essere, in definitiva, l'elemento che incide in maniera innovativa sulla tematica della formazione progressiva del contratto. In maniera innovativa, tuttavia, esclusivamente rispetto al più classico e costante orientamento della giurisprudenza⁹⁴.

Su tale ultimo specifico profilo, poi, non sembra che la considerazione della buona fede alla stregua di uno schema anzitutto volto a preservare l'altrui interesse – dunque, nella sua essenza, conservativo e non attributivo di utilità – costituisca un ostacolo alla affermazione della natura contrattuale della responsabilità derivante dalla sua violazione. Sul punto, infatti, è decisiva la preesistenza della relazione che viene a instaurarsi tra i contraenti, in ragione della quale è imposto il dovere di buona fede e in relazione al cui grado di intensità la portata di tale dovere si fa sempre più stringente.

Quid iuris qualora tali accordi preparatori abbiano un contenuto più scarno rispetto alle stesse puntuazioni? Poca o nulla la differenza rispetto all'ipotesi precedente quanto alla loro natura giuridica. Ciò nondimeno, la loro stipulazione assumerebbe una significativa rilevanza ai fini della valutazione dell'affidamento – se legittimo oppure no – maturato da ciascuna delle parti in ordine alla conclusione dell'affare.

È ricorrente l'affermazione che i più recenti interventi normativi abbiano

NOVA, *Il contratto*, cit., 261 ss.; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 303; N. MATERA, *La responsabilità precontrattuale tra vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2000, 1178 ss.; V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuale: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 565; A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale* (culpa in contrahendo), in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XVII, Torino, 1988, 391.

⁹³ Avanza dei dubbi sulla utilità della distinzione tra mere puntuazioni e puntuazioni vincolanti G. VILLA, “*Merapuntuazione*” e “*puntuazione vincolante*”, in *Giust. civ.* 2015, 306 ss., secondo il quale «se punto di partenza è la natura contrattuale della responsabilità derivante dalla lesion del principio di buona fede nelle trattative, diviene difficilmente comprensibile il fondamento e l'utilità di una distinzione tra “mere puntuazioni” e “puntuazioni vincolanti”, se per “puntazione” si intende l'elencazione dei temi che le parti hanno trattato e sulle quali hanno raggiunto punti fermi. In ogni fase della trattativa in cui sia avvenuta, e indipendentemente dal grado di elaborazione della puntazione, la fissazione di un punto fermo è idonea a creare affidamenti almeno sull'esistenza di una convergenza di intenti su quel punto specifico».

⁹⁴ Di recente ancora in questi termini Trib. Bari, 12 giugno 2015, in *Iusexplorer*; Trib. Milano, 16 aprile 2015, in *Banca borsa. tit. cred.*, 2015, II, 449; Cass., 29 luglio 2011, n. 16735 in *Iusexplorer. Contra*, Cass., 21 novembre 2011, n. 24438 e Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss.

contribuito alla c.d. normalizzazione degli effetti del contratto preliminare⁹⁵. Assai più complicato è diventato ritrattare il consenso, specie dopo l'introduzione delle regole in materia di trascrizione. Tutto ciò sarebbe accaduto a detrimento della libertà contrattuale. Le regole imbrigliano l'autonomia dei privati e in risposta a tale irrigidimento la prassi elabora nuovi strumenti, come i preliminari di preliminari, in ossequio alle costruzioni sull'inadempimento efficiente⁹⁶. Dovrebbe essere riservata al contraente «la libertà (naturalmente non giuridica) di non adempiere, e ciò quando i costi dell'adempimento sarebbero maggiori di quelli dell'inadempimento»⁹⁷.

Si può discutere della bontà della scelta del legislatore di assicurare una tutela satisfattoria alle parti del preliminare. La valutazione di tale scelta, tuttavia, opera su un piano molto diverso rispetto a quello proprio della riflessione sulla configurabilità di preliminari di preliminari. Il primo è il piano delle tutele azionabili a seguito dell'inadempimento, il secondo è quello della vincolatività.

Riconoscere ad accordi completi con riguardo al contenuto minimo del definitivo natura di contratti preliminari, pure di preliminare, nulla sposterebbe sul piano della tutela, salvo ovviamente la facoltà accordata alle parti di escludere l'applicabilità del rimedio dell'esecuzione forzata. La scelta del nostro ordinamento è infatti in favore di una tutela satisfattoria. Riconoscere natura contrattuale ai medesimi accordi anche qualora non completi con riguardo al menzionato contenuto minimo significherebbe affermare ciò che in realtà si vorrebbe negare e cioè l'imposizione di vincoli più stringenti alla autonomia delle parti⁹⁸.

95 A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 132.

96 A. SCHWARTZ, *Law and economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, 433 ss.; Cfr., T.S. ULEN, *The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies*, 83 *Mich. L. Rev.* 341 1984-1085; P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 10717 ss.

97 A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 132.

98 Il tema è quello dei rapporti tra autonomia negoziale e ordinamento con riferimento alla fase di formazione della regola contrattuale. Il riconoscimento della natura di accordi vincolanti anche a quelli incompleti, invero, parrebbe soluzione contrastante con il c.d. principio dell'accordo, sul quale, approfonditamente, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 21 ss. e *passim*. In altra prospettiva, sull'accordo quale criterio di imputazione del regolamento alle parti, C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1992, 72 ss.