

A dark blue circle is partially visible on the left side of the page, with a thin yellow vertical line extending downwards from its bottom edge.

DirittoConsenso

Breve riflessione sul rapporto che intercorre fra contratto preliminare e definitivo

Analisi della sentenza della Corte di Cassazione civile sez. II, n. 23307/2021

1. Introduzione

La “*vexata quaestio*” sul rapporto fra il contratto preliminare e quello definitivo è una delle tematiche che ha una particolare rilevanza pratica e che pone ancora degli interrogativi nelle pronunce dei tribunali di merito. La sentenza che si andrà ad analizzare esplica l’indirizzo che ha attualmente adottato la Suprema Corte, la quale si è assestata nell’affermare l’effetto novativo del definitivo rispetto alle precedenti pattuizioni presenti nel preliminare.

2. Il caso

Il caso oggetto della sentenza riguarda la controversia fra la Soc. CO.PI.CA a.s. – parte attrice – e la soc. Quassa r.l. – convenuta – in merito al pagamento di una penale prevista nel contratto preliminare, ma non specificata all’interno del contratto definitivo. In particolare all’interno del contratto preliminare – stipulato il 30 giugno 2006 – viene statuito che entro il 21 dicembre 2006 le parti si obbligano a perfezionare il contratto definitivo per il trasferimento della proprietà di una unità immobiliare sita in Arzachena e, qualora la data di perfezionamento del definitivo non fosse rispettata, viene prevista una penale pari a € 150,00 per ogni giorno di ritardo.

Considerato che il definitivo viene contratto in data 31 luglio 2006, la Soc. CO.PI.CA a.s. agisce contro la soc. Quassa r.l. per ricevere il corrispettivo di € 21.300,00 (calcolato sulla base della penale). Inoltre il Giudice di prime cure stabilisce un risarcimento pari a € 4.643,74 a seguito della Consulenza Tecnica d’Ufficio (CTU) per alcuni vizi ravvisati nel massetto e nel pavimento.

La parte soccombente in primo grado impugna la sentenza di primo grado, ma la Corte d’Appello adita dichiara *ex art. 348-bis cpc* l’appello inammissibile perché “non ha una ragionevole probabilità di essere accolto”.

A questo punto la la soc. Quassa r.l. ricorre per cassazione impugnando la sentenza d’inammissibilità per i seguenti motivi:

- Con il primo motivo denuncia, *ex art. 360 co.1 n°3*, la falsa applicazione della norma di diritto – in particolare l’art. 1351 c.c. – che ha condotto la Corte d’Appello a sancire la sopravvivenza della clausola penale
- Con il secondo motivo denuncia, *ex art. 360 co.1 n°3*, la falsa applicazione della norma di diritto per mancanza della sottoscrizione della sentenza d’appello “anche da parte del relatore”
- Con il terzo motivo denuncia – senza indicare la norma di supporto – la violazione del *ne bis in idem* poiché sostiene di aver già risarcito il danno. Inoltre lamenta, *ex art. 360 co.1 n°3*, la falsa applicazione della norma di diritto – nella specie l’art. 1384 c.c. – perché pur avendo già adempiuto all’obbligazione principale, il giudice non ha ridotto in via equitativa la penale

- Con il quarto motivo denuncia, *ex art. 360 co.1 n°3*, la falsa applicazione della norma di diritto – in particolare degli artt. 1965 e ss c.c., perché deve *“escludersi che l’applicazione di uno sconto ad opera di parte venditrice poteva essere ricondotto ad un accordo transattivo delle parti”*.

3. Istituti rilevanti

La Suprema Corte analizza – in prima battuta – la questione relativa al secondo motivo di impugnazione, che risulta essere preliminare rispetto a tutti gli altri. In particolare il giudice di legittimità sancisce che la firma del relatore nella sentenza *ex art. 348-bis c.p.c.* non è necessaria, in quanto non si è al cospetto di una causa di inesistenza o nullità del procedimento, ma di inammissibilità (così come scritto nel ricorso).

A questo punto la Corte passa all’analisi dell’istituto che rappresenta il punto focale della controversia, ossia il contratto preliminare e, per avere una visione più chiara dell’istituto, è congeniale soffermarsi brevemente sulla disciplina codicistica.

Il contratto preliminare è *“il più intensivo fra i vincoli prenegoziali”*¹ ed è regolato dall’art. 1351 c.c. La sua disciplina è assai esigua poiché il Legislatore ha previsto solamente che la forma del contratto preliminare debba essere la medesima di quella necessaria per il definitivo. A titolo esemplificativo si può pensare ad un contratto per il trasferimento della proprietà di una unità immobiliare che richiede la forma scritta *“ab substantiam”* – come previsto dall’art. 1350 c.c. – così il corrispettivo preliminare per essere valido dovrà essere redatto per iscritto. La forza obbligante del preliminare è confermata dalla tutela prevista *ex art. 2932 c.c.* che sancisce – in tutti i casi in cui vi sia l’obbligo a contrarre di una parte – la possibilità per la parte danneggiata dall’inadempimento di ottenere una sentenza costitutiva, la quale *“produca gli stessi effetti del contratto non concluso”*. Quanto si sta asserendo è la dimostrazione della particolare tutela che il Legislatore ha riservato a questo istituto, forse anche perché è frequentemente utilizzato nella pratica e, più nello specifico, nelle vendite di immobili.

A questo punto, entrando nel vivo della problematica analizzata dalla Cassazione, si può indagare sul rapporto che vi è fra il contratto preliminare e quello definitivo, riferendoci al mutamento che nel tempo è riscontrabile nell’evoluzione della giurisprudenza.

La parte attorea ha posto a sostegno della propria tesi – ossia la sopravvivenza della clausola penale prevista solamente nel preliminare – la sentenza n°13262 del 9 giugno 2009 che adduceva l’indipendenza della clausola penale presente nel solo preliminare e, quindi, la permanenza della sua validità ancorché non pattuita nuovamente in sede di definitivo. In un certo senso l’orientamento appena espresso ravvede una sorta di *“fissità nel tempo del patto preliminare”*².

La Suprema Corte sottolinea, però, che la predetta linea giurisprudenziale – seppure sempre riferibile alla seconda sezione – rappresenta un indirizzo isolato che viene contrastato da svariate sentenze precedenti e successive di segno opposto. La ragione sta nell’affermazione di un principio di diritto che si pone agli antipodi rispetto alla pretesa attorea; difatti il contratto definitivo rispetto al preliminare *“costituisce l’unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare voluto e non mera ripetizione”*³. Ciò significa che la parte che fa valere dei diritti presenti unicamente nel preliminare – come nel caso che si sta analizzando – è onerata a dimostrare l’esistenza delle pattuizioni che li hanno fatti sorgere. Questo principio in accordo con i principi

¹ M. Massenio, [L’assorbimento del contratto preliminare nel contratto definitivo](#), IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

² Cass. 23307/2020, pag. 7

³ Cass. 9063/2012

fondamentali del processo civile che è governato dal principio dispositivo della prova, normato ex art. 2697 c.c.

Seguendo la scorta di questo ragionamento si può pervenire ad un'ulteriore considerazione che concerne la fase prenegoziale e gli atti ad essa connessi. In particolare i patti antecedenti al definitivo *“rimangono superati dalla nuova manifestazione di volontà, che può anche non conformarsi del tutto agli impegni già assunti”*⁴.

In definitiva la Suprema Corte si assesta sull'indirizzo per cui il contratto definitivo ha effetti novativi sia rispetto al contratto preliminare sia – più in generale – rispetto ai patti antecedenti al negozio definitivo. Conseguentemente è inammissibile – come, invece, hanno affermato i giudici del merito – la *“riviviscenza tacita della clausola penale”*⁵ prevista unicamente in sede di preliminare.

4. La soluzione

La Suprema Corte – come già detto – rigetta il secondo motivo di impugnazione che viene analizzato per primo, in quanto preliminare, perché non è necessaria la firma del relatore nell'ordinanza ex 348-bis c.p.c.

Viene accolto il secondo motivo e si afferma il principio di diritto – già consolidato nella giurisprudenza della seconda sezione – dell'efficacia novativa del contratto definitivo rispetto al preliminare. Di conseguenza il giudice di legittimità cassa la sentenza impugnata relativamente al motivo accolto e rinvia, anche per la definizione delle spese, alla Corte di Appello di Cagliari.

Gli altri motivi sono assorbiti dall'accoglimento del secondo.

5. Approfondimenti:

5.1 - Ulteriori sentenze rilevanti

- **Cass. SSUU 4628/2015:** Deve ritenersi produttivo di effetti l'accordo, denominato come preliminare, con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.⁶ *[le Sezioni Unite hanno sancito l'ammissibilità del preliminare del preliminare, evidenziando che la conclusione del definitivo può avvenire progressivamente attraverso molteplici accordi]*
- **Cass. 233/2007:** *“la presunzione di conformità del nuovo accordo alla volontà delle parti può, nel silenzio del contratto definitivo, essere vinta soltanto dalla prova – che deve risultare da atto scritto, ove il contratto abbia ad oggetto beni immobili – di un accordo posto in essere dalle stesse parti contemporaneamente alla stipula del definitivo, dal quale risulti che altri obblighi o prestazioni, contenuti nel preliminare, sopravvivono al contratto definitivo; e che tale prova, secondo le regole generali del processo, va data dall'attore, trattandosi di fatto costitutivo della domanda con la quale egli chiede*

⁴ Cass. 7064/2016

⁵ Cass. 23307/2020

⁶ Massima reperibile nel seguente link: <https://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/cf36cfda-b558-4a2f-87a1-86481a4e7d27/Contratto+preliminare.+Validit%C3%A0+ed+effetti.pdf?MOD=AJPERES&CVID=11GBHiD>

l'adempimento di un obbligo che, pur riportato nel contratto preliminare, egli può far valere in forza del distinto accordo intervenuto fra le parti all'atto della stipula del contratto definitivo"

5.2 - Articoli

- M. Massenio, [L'assorbimento del contratto preliminare nel contratto definitivo](#), il diritto amministrativo
- M. De Rossi, *Contratto preliminare*, il diritto, enciclopedia giuridica del sole 24 ore, 2008