

GIURISPRUDENZA DI MERITO

ISSN 0436-0230

direttore scientifico **Ciro Riviezzo**

10-2013

XLV — ottobre 2013, n° 10

| **estratto**

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO
PRELIMINARE DI APPALTO E INEFFICACIA
DELLA CLAUSOLA PENALE

commento di **Valerio Sangiovanni**



GIUFFRÈ EDITORE

| 286 CONTRATTO PRELIMINARE E DEFINITIVO DI APPALTO, INADEMPIMENTO DEL PRELIMINARE E RISOLUZIONE

TRIBUNALE DI TARANTO - SEZ. I - 15 MAGGIO 2013 - G.U. DIOTAIUTI

Appalto - Risoluzione del contratto - Contratto preliminare e contratto definitivo - Inadempimento - Clausola risolutiva espressa - Inefficacia della clausola penale.

(C.C. ART. 1456)

Qualora in un contratto preliminare di appalto la consegna da parte dell'appaltatore al committente di una garanzia sotto forma di fideiussione sia prevista come condizione essenziale per la conclusione del contratto definitivo di appalto, la mancata consegna determina la risoluzione di diritto del contratto preliminare, con la conseguenza che viene meno l'obbligo per le parti di giungere alla conclusione del definitivo e con l'ulteriore effetto che la parte inadempiente non può pretendere dall'altra parte alcuna somma a titolo di penale sulla base della clausola inserita nel preliminare.

(Omissis).

La causa ha a oggetto la domanda azionata in via monitoria da Beta s.r.l. per il pagamento della somma di euro 500.343,44 e accessori, di cui assume di essere creditrice nei confronti di Alfa s.r.l. a titolo di penale per la mancata conclusione di un contratto di appalto avente a oggetto la realizzazione di due impianti fotovoltaici nei comuni di... e di..., e l'opposizione proposta contro il conseguente decreto ingiuntivo dalla debitrice, la quale deduce invece che il vincolo non si è perfezionato in quanto la società appaltatrice non ha adempiuto l'obbligazione di prestare la prevista garanzia assicurativa e/o bancaria e di conseguenza il contratto preliminare si è risolto di diritto.

Dalla documentazione prodotta in giudizio si evince che le parti sottoscrissero in data 22 giugno 2010 una scrittura privata con cui la Alfa s.r.l. si obbligava a concedere in appalto alla Beta s.r.l. i lavori di realizzazione di due impianti fotovoltaici, previa consegna da parte dell'appaltatrice, contestualmente alla stipula del contratto definitivo, di copia di una fideiussione assicurativa e/o bancaria che avrebbe dovuto essere operativa dal momento stesso della firma fino alla data di connessione all'ENEL dell'impianto.

L'opponente deduce al riguardo di essersi legittimamente sottratta all'obbligo di addivenire alla conclusione del definitivo in quanto la controparte, sebbene formalmente sollecitata con missiva data 21 settembre 2010, non ha adempiuto tale obbligazione, alla quale è stata concordemente attribuita la funzione di condizione sospensiva del contratto.

A tale impostazione difensiva l'opposta replica assumendo che l'obbligo di prestare la garanzia doveva essere soddisfatto contestualmente alla conclusione del contratto definitivo e non prima della sua formalizzazione, donde l'insussistenza di ostacoli di sorta al perfezionamento del vincolo negoziale e la fondatezza della pretesa di corresponsione della penale prevista a carico del committente.

Come si vede, il contrasto fra le parti non indugia sulle cause obiettive per le quali il percorso formativo del sinallagma non è approdato al risultato finale, ma piuttosto sulla valutazione delle rispettive condotte nell'esecuzione del contratto e, specificamente, sull'interpretazione della clausola avente a oggetto la garanzia, la quale è testualmente strutturata nei seguenti termini:

«Assicurazione a carico dell'impresa. I. L'appaltatore è obbligato, contestualmente alla sotto-

scrizione del contratto definitivo, a consegnare alla committente una polizza assicurativa stipulata con primaria compagnia assicurativa, che tenga indenne la committente medesima da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati e che preveda, altresì, una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino all'ultimazione dei lavori e alla data di emissione del certificato di collaudo» (v. p. 4 del contratto).

La stessa convenzione è poi riprodotta, come contenuto della condizione sospensiva, a p. 12 del contratto:

«Condizione sospensiva — Fideiussione. Contestualmente alla sottoscrizione del contratto definitivo di appalto, l'appaltatore si impegna a fornire alla committente copia di una fideiussione assicurativa e/o bancaria, con un massimale di euro 275.000 (duecentosettantacinquemila/00), a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal nominato contratto, ovvero al fine di garantire le conseguenze economiche connesse a un eventuale inadempimento dell'appaltatore. Potrà essere ridotta nel caso in cui, *medio tempore*, intervenga consegna parziale dell'impianto.

La fideiussione dovrà essere operativa dal momento della sottoscrizione del definitivo contratto di appalto e avere validità fino alla data di connessione all'ENEL dell'impianto. In difetto della produzione della fideiussione il contratto si risolverà di diritto a mente dell'art. 1456 c.c. e le somme ricevute a qualsiasi titolo dovranno essere immediatamente restituite.

La fideiussione dovrà essere operativa ed efficace senza necessità di preventiva escussione del debitore principale.

Le obbligazioni e gli adempimenti di cui innanzi dovranno essere reiterate/i nel contratto definitivo».

Sia il tenore letterale della clausola che il suo impianto complessivo e, soprattutto, la ricostruzione della finalità che ne costituisce il fondamento denunciano chiaramente, e inducono perciò a ritenere, che la prestazione della fideiussione doveva necessariamente precedere la conclusione del contratto di appalto, di modo cioè che la committente potesse essere certa che l'appaltatrice era in condizione di garantire fin dal momento della sua sottoscrizione l'adempimento delle proprie obbligazioni, avendone già assunto il corrispondente vincolo.

La comune intenzione dei contraenti era infatti quella di consentire alla committente di valutare la rispondenza della garanzia ai requisiti di serietà e di solidità previsti dal contratto preliminare (oltre che la sua estensione a ciascuno dei rischi in esso analiticamente enunciati), per cui è del tutto coerente con i principi ermeneutici di cui all'art. 1362 ss. c.c., e segnatamente con il principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti, che la parte a beneficio della quale la polizza fideiussoria o bancaria era prevista potesse esaminarne il contenuto prima di risolversi alla sottoscrizione del definitivo, alla cui conclusione non poteva evidentemente avere interesse in assenza di adeguata copertura del rischio contrattuale, avuto anche riguardo alla natura dichiaratamente essenziale dell'obbligazione accessoria nell'economia generale del rapporto e alla correlata pattuizione della clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c.

Inoltre, sempre nella stessa prospettiva, è da rilevare che le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, hanno dedotto l'inadempimento a oggetto della condizione sospensiva e che a tanto si sono determinate con la condivisa finalità di subordinare la stessa efficacia del contratto alla prestazione della garanzia, il che conferma ulteriormente la necessità della sua preesistenza al completamento della fattispecie negoziale.

Non casualmente, infatti, l'opponente, in risposta alla richiesta della società Beta che sollecitava la stipula del definitivo, si premurò di trasmetterle una bozza di polizza fideiussoria con l'invito a provvedere alla emissione della garanzia quale condizione imprescindibile e ineliminabile espressamente contemplata dal contratto.

A fronte dell'eccezione di inadempimento proposta dal debitore-opponente (convenuto in senso sostanziale) era pertanto onere dell'opposta, in conformità dei principi comunemente ricevuti in materia di distribuzione fra le parti dell'onere della prova, dimostrare di avere adempiuto la propria obbligazione o, quanto meno, di averne fatto offerta, avendo cioè assunto le iniziative necessarie in vista dell'acquisizione della garanzia nei termini previsti dal contratto preliminare.

Invece non solo la società Beta non ha dedotto in proposito alcun mezzo di prova, ma è rimasta totalmente inerte a fronte della richiesta di cui sopra, omettendo finanche di fornire alla controparte qualsiasi assicurazione in merito alla propria condotta.

Ed è il caso di aggiungere, a confutazione delle argomentazioni addotte a tale riguardo, che la richiesta formulata con la lettera del 21 settembre 2010 è totalmente priva di qualunque rilevanza confessoria, né è possibile ravvisare nel suo tenore alcun riferimento a situazioni o circostanze, diverse dalla prestazione della garanzia o comunque estrinseche al rapporto obbligatorio intercorso fra le parti, che potessero in qualche modo condizionare la stipula del contratto di appalto.

L'opposizione è in definitiva fondata, essendosi il contratto risolto di diritto e difettando pertanto il presupposto per l'applicazione della penale richiesta con il provvedimento monitorio, che va conseguentemente revocato.

Le spese del giudizio vanno posto a carico dell'opposta per il principio della soccombenza e in base agli atti si liquidano come in dispositivo secondo i criteri di cui al d.m. 20 luglio 2012, n. 140.

P.Q.M. - il Tribunale, disattesa ogni altra istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

1) dato atto della intervenuta risoluzione di diritto del contratto stipulato dalla parti in data 22 giugno 2010, revoca, in accoglimento dell'opposizione, il decreto ingiuntivo n. 1208/2010 emesso in data 15 ottobre 2010 nei confronti di Alfa s.r.l. per il pagamento della somma di euro 500.343,44 e accessori in favore di Beta s.r.l.

(*Omissis*).

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE DI APPALTO E INEFFICACIA DELLA CLAUSOLA PENALE

La sentenza del Tribunale di Taranto merita un breve commento sia perché sul punto non si sono rinvenuti precedenti specifici sia perché consente di riflettere sulla complessità delle procedure che caratterizzano i contratti di appalto. Nel caso di specie difatti viene concluso solamente un contratto preliminare di appalto, subordinandosi la conclusione del contratto definitivo alla presentazione di una fideiussione da parte dell'appaltatrice. Poiché la fideiussione non viene presentata, il contratto si risolve di diritto e ciò impedisce alla parte inadempiente di far valere la clausola penale prevista per la mancata conclusione del contratto definitivo.

Sommario 1. Introduzione. — 2. Contratto preliminare e contratto definitivo di appalto. — 3. L'inadempimento dell'appaltatore e la clausola risolutiva espressa.

1. INTRODUZIONE

di **Valerio Sangiovanni** —
*Avvocato in Milano e
 Dottore di ricerca in
 diritto commerciale*

Va premesso che la vicenda oggetto della sentenza del Tribunale di Taranto si colloca nel contesto della conclusione di un contratto di appalto (preliminare, cui non fa seguito il definitivo) per la realizzazione di impianti fotovoltaici. Il settore fotovoltaico negli ultimi 4-5 anni ha rappresentato una delle poche aree trainanti della nostra economia, per il resto piuttosto stagnante, e invero in fase addirittura recessiva. E il compimento di opere per la produzione di energie rinnovabili ha sollevato numerosi

problemi giuridici ⁽¹⁾. Ai fini del presente commento basterà rilevare che gli impianti fotovoltaici devono, in una prima fase, essere realizzati: occorre pertanto l'intervento di un'impresa che sviluppi l'impianto e, a tale scopo, viene normalmente concluso un contratto di appalto ⁽²⁾.

Non sempre però gli impianti fotovoltaici, per le più diverse ragioni, vengono realizzati come originariamente progettato. Nel caso di specie il progetto rimane addirittura sulla carta, in quanto alla conclusione del contratto preliminare non fa seguito la conclusione del contratto definitivo. Le parti litigano dunque sulla base del solo contratto preliminare. Le contestazioni sollevate possono essere così riassunte: secondo l'opposta, l'opponente avrebbe dovuto concludere il contratto definitivo, avendo assunto con il contratto preliminare il relativo obbligo; l'opponente invece ritiene di non essere obbligata alla conclusione del definitivo essendo l'opposta inadempiente all'obbligo di fornire una fideiussione, obbligo da reputarsi centrale nell'economia dei rapporti contrattuali fra le parti e presupposto essenziale per addivenire al definitivo.

Dal punto di vista processuale, il provvedimento del Tribunale di Taranto rappresenta una sentenza pronunciata all'esito di un procedimento avviato con decreto ingiuntivo. La ricorrente, basandosi sulla clausola penale contenuta nel contratto preliminare, domanda al giudice di condannare la resistente al pagamento della somma prevista come penale per la mancata conclusione del contratto definitivo. Originariamente il ricorso viene accolto, con emissione di decreto ingiuntivo di condanna della resistente a pagare alla ricorrente la somma indicata come penale nel preliminare. La resistente fa però opposizione sostenendo di non essere tenuta al pagamento della penale in quanto è sì vero che non si è giunti alla conclusione del contratto definitivo, ma per causa a sé non imputabile: è stata al contrario la ricorrente a non fornire la fideiussione, che era stata concordata fra le parti come presupposto essenziale per giungere al definitivo; l'inadempimento del preliminare è pertanto dovuto alla ricorrente. Il giudice accoglie l'opposizione e revoca conseguentemente il decreto ingiuntivo.

Complessivamente la soluzione cui giunge il Tribunale di Taranto pare condivisibile, in quanto — nel caso di specie — l'esegesi del contratto fa emergere chiaramente come la consegna della fideiussione fosse ritenuta dal committente condizione essenziale per procedere con il compimento dell'operazione. Ciò non significa affermare, più in generale, che l'inadempimento di una qualsivoglia obbligazione dedotta nel contratto preliminare possa giustificare la risoluzione del medesimo. Dipende dalla gravità dell'inadempimento, secondo il canone fissato dall'art. 1455 c.c. Spetta al giudice valutare tale gravità e le soluzioni dei singoli magistrati in casi diversi potrebbero essere

⁽¹⁾ Fra i contributi che si occupano di aspetti giuridici delle energie rinnovabili cfr. BOSSO, *Proprietà immobiliare e opportunità del fotovoltaico*, in *Arch. loc. e cond.*, 2011, 5 ss.; BUSANI, *Impianto fotovoltaico costruito su fondo condotto in locazione e principio di accessione*, in *Notariato*, 2012, 315 ss.; DE STEFANO, *Trasferimenti fondiari destinati all'installazione di impianti fotovoltaici, eolici o a biomassa*, in *Dir. giur.*, 2011, 373 ss.; NASINI, *Locazione (o costituzione di diritto di superficie) a favore di condomini o terzi*

avente ad oggetto beni comuni per realizzare interventi fotovoltaici: delibere, maggioranze e limiti, in *Arch. loc. e cond.*, 2011, 147 ss.; TUCCI, *Impianti fotovoltaici e garanzie sui beni dell'azienda*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 25 ss.

⁽²⁾ Sulla disciplina del contratto di appalto v. in particolare i volumi di AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007; MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002; MUSOLINO, *Il contratto di appalto*, 5^a ed., Rimini, 2007.

differenti. Per questa ragione fa bene il committente che desideri particolari garanzie da parte dell'appaltatore non solo a concludere un contratto preliminare, ma soprattutto a stabilire — con clausola risolutiva espressa — che l'adempimento di certe obbligazioni preliminari costituisce condizione essenziale per la conclusione del contratto definitivo. Il meccanismo della clausola risolutiva espressa consente di evitare il giudizio caso per caso, *ex post*, sull'importanza dell'inadempimento e di determinare la risoluzione di diritto, secondo quanto prevede l'art. 1456 c.c.

2. CONTRATTO PRELIMINARE E CONTRATTO DEFINITIVO DI APPALTO

Il compimento di opere complesse, come quelle relative a impianti fotovoltaici, richiede spesso la conclusione di una pluralità di testi contrattuali, che si succedono nel tempo. Al momento dei primi contatti fra le parti di norma il progetto è solo provvisorio e necessita di essere discusso e precisato. Quando gli accordi fra le parti hanno raggiunto un minimo di concretezza, si conclude generalmente un primo contratto preliminare, nel quale si delineano le caratteristiche essenziali del progetto e si subordina la conclusione del contratto al verificarsi di determinate condizioni.

Il nostro ordinamento è invero molto scarno nel disciplinare il contratto preliminare ⁽³⁾. Fra le poche disposizioni che lo regolano vanno ricordati l'art. 1351 c.c. (che è una norma sulla forma) e l'art. 2932 c.c. (che è una regola sulla specifica azione in giudizio che spetta a chi ha concluso il preliminare).

L'art. 1351 c.c. si limita a statuire che il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo. La disposizione non assume tuttavia rilievo nel contesto del contratto di appalto, in quanto per questo tipo contrattuale la legge non richiede forme particolari. La Corte di Cassazione ha confermato che la stipulazione del contratto di appalto non richiede quale requisito la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem* ⁽⁴⁾. Teoricamente il contratto di appalto potrebbe pertanto essere concluso solo in forma orale, anche se — nella prassi — è del tutto comune che vi sia un testo scritto. Ad ogni conto nel caso di specie non si sono posti problemi di forma del contratto: è stato concluso un contratto preliminare per iscritto, cui non ha fatto seguito un contratto definitivo per questioni di inadempimento delle obbligazioni assunte con il preliminare. Non vi deve nemmeno essere coincidenza contenutistica fra contratto preliminare e contratto definitivo. Anzi, il preliminare serve a identificare i meri tratti essenziali dell'operazione, che verranno poi specificati nel definitivo; altrimenti non vi sarebbe necessità di concludere un contratto preliminare. A questo riguardo la Corte di Cassazione ha correttamente stabilito che, ai fini della validità del contratto preliminare, non è indispensabile la completa e dettagliata indicazione di tutti gli elementi del futuro contratto, risultando per converso sufficiente l'accordo delle parti sugli elementi essenziali ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ In materia di contratto preliminare cfr. i lavori di CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, 3^a ed., Torino, 2010; LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto prelimina-*

re, Padova, 1998; SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2011; VITALONE, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005.

⁽⁴⁾ Cass. 6 giugno 2003, n. 9077.

⁽⁵⁾ Cass. 30 maggio 2003, n. 8810.

La seconda importante disposizione sul contratto preliminare contenuta nel codice civile è l'art. 2932 c.c.: se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso⁽⁶⁾. Anche di questa disposizione non si è peraltro fatta applicazione nel caso di specie, in quanto l'appaltatore ha preferito — invece di ottenere la condanna del committente alla conclusione del contratto — chiedere il pagamento della penale prevista nel preliminare per la mancata conclusione del definitivo. Bisogna sottolineare che l'art. 2932 c.c. non statuisce un obbligo della parte interessata di chiedere al giudice la conclusione del definitivo, ma una sua mera facoltà: l'interessato può anche rinunciare a chiedere la sentenza costitutiva, e cercare di esperire rimedi alternativi. Tali rimedi possono essere in via generale il risarcimento del danno oppure, quando appositamente prevista, l'attivazione di una clausola penale. La clausola penale non fa altro che quantificare in modo preciso ed *ex ante* il danno che la parte adempiente subisce per effetto della mancata conclusione del definitivo.

Se le parti adempiono al contratto preliminare, concludendo il contratto definitivo, non si pongono ovviamente problemi d'inadempimento e all'obbligazione originaria (= conclusione del definitivo) si sostituiscono le diverse obbligazioni indicate nel definitivo. Il contratto preliminare ha raggiunto il suo obiettivo e cessa di produrre effetti, venendo sostituito dal definitivo. A questo riguardo la Corte di Cassazione ha avuto occasione di chiarire che, ove alla stipula di un contratto preliminare segua a opera delle stesse parti la conclusione del contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina, anche se diversa da quella pattuita con il preliminare, configura un nuovo accordo intervenuto fra le parti e si presume sia l'unica regolamentazione del rapporto da esse voluto⁽⁷⁾.

La predisposizione di un contratto preliminare risulta utile non solo per la generale complessità dei progetti che sono oggetto degli appalti, ma anche in quanto una delle due parti può voler subordinare la conclusione del contratto definitivo a vere e proprie condizioni che vengono imposte alla controparte. Si tratta esattamente di quanto avvenuto nel caso di specie, avendo il committente previsto nel contratto la necessità di una polizza assicurativa a copertura dei rischi derivanti dall'esecuzione del rapporto di appalto. La complessità delle opere che devono essere realizzate in attuazione dell'appalto ha altresì non raramente per conseguenza che, per varie ragioni, può capitare che il progetto non si realizzi a regola d'arte come originariamente preventivato. A ciò si aggiunga che non si può nemmeno escludere che, nell'esecuzione del progetto, si

⁽⁶⁾ Sull'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto cfr. AGILARDI, *Inadempimento del contratto preliminare per persona da nominare e legittimazione ad agire per l'esecuzione in forma specifica del contratto*, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1680 s.; GUADAGNO, *Obbligazioni accessorie non liquide ed esecuzione specifica del preliminare di compravendita immobiliare*, in *Contratti*, 2012, 116 ss.; SANTARSIERE, *Sentenza dichiarativa degli effetti del preliminare di vendita. Non è inficiata dalla «nullità forma-*

le» di esso, né tiene conto della rivalutazione del prezzo, in questa *Rivista*, 2012, 1061 ss.; TORRESANI, *La portata applicativa dell'art. 2932, comma 2, c.c. tra inesigibilità della prestazione finale e sentenza condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 593 ss.; VENTURELLI, *Sentenza costitutiva e offerta di prestazione da eseguirsi all'atto della stipulazione del contratto definitivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 901 ss.

⁽⁷⁾ Cass. 10 gennaio 2007, n. 233.

verifichino danni a terzi: il committente non vuole farsi carico dei rischi connessi all'esecuzione e confrontarsi con richieste di risarcimento provenienti da terzi. Mediante un apposito contratto assicurativo, i rischi possono — verso il pagamento di un premio — essere trasferiti sull'assicurazione.

La previsione di un duplice passaggio (preliminare e definitivo) è lo strumento tecnico con il quale si guadagna un certo lasso di tempo finalizzato a far sì che ciascuna parte soddisfi, nel frattempo, quelle condizioni che l'altra reputa necessarie al fine di concludere il definitivo e si possa poi procedere con il progetto. Nel caso di specie era stata pattuita una vera e propria condizione sospensiva consistente nella presentazione, prima della conclusione del definitivo, di una polizza assicurativa. Fino a che tale condizione non si realizza il contratto preliminare non produce effetto e, dunque, non obbliga le parti alla conclusione del definitivo.

3. L'INADEMPIMENTO DELL'APPALTATORE E LA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA

Secondo la Corte di Cassazione la funzione del contratto preliminare è quella d'impegnare i contraenti alla futura stipula, alle condizioni e nei termini in esso convenuti, di un successivo contratto definitivo, e la prestazione essenziale che ne forma oggetto è costituita da quel particolare *facere*, consistente nella stipulazione anzidetta, che deve esattamente corrispondere agli elementi predeterminati in sede di preliminare ⁽⁸⁾. Abbiamo visto sopra che, in caso d'inadempimento di una parte all'obbligo di concludere il definitivo, l'altra parte può esercitare il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c.

Finora ci siamo però occupati prevalentemente di quella che è l'obbligazione per così dire «naturale» derivante dalla conclusione di un contratto preliminare: giungere alla conclusione di un contratto definitivo. Il preliminare, sia esso di appalto oppure di altro tipo, può tuttavia contenere delle obbligazioni accessorie rispetto a quella principale, il cui inadempimento può determinare la risoluzione del contratto. La risoluzione del contratto può avvenire secondo il meccanismo generale dell'inadempimento grave (art. 1453 c.c. in combinato disposto con l'art. 1455 c.c.) oppure in presenza di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.). La differenza consiste nel fatto che nel primo caso il giudice deve valutare di volta in volta se l'inadempimento dedotto sia o meno grave, mentre nel secondo caso non vi sarà alcuna indagine sulla gravità dell'inadempimento, avendo le parti già prestabilito che una determinata inosservanza determina comunque risoluzione. I contraenti hanno insomma concordato in anticipo sulla gravità di un determinato inadempimento. Al riguardo la Corte di Cassazione ha stabilito che, quando la risoluzione del contratto si verifica di diritto a seguito della dichiarazione del creditore di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, la valutazione dell'incidenza dell'inadempimento sull'intero contratto è già stata compiuta dalle parti, la cui autonomia privata ha instaurato il collegamento tra singoli inadempimenti considerati nella clausola e risoluzione dell'intero contratto, con la conseguenza che tale collegamento non può essere contestato ai fini dell'accertamento giudiziale sull'avvenuta risoluzione ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cass. 29 marzo 2006, n. 7273.

⁽⁹⁾ Cass. 28 gennaio 1993, n. 1029.

Nel caso affrontato dal Tribunale di Taranto le parti avevano stabilito che la consegna di una polizza assicurativa rappresentava condizione essenziale per la conclusione del contratto definitivo: in caso di mancata presentazione della polizza, il contratto si sarebbe risolto di diritto. Non sussistono nel caso di specie i margini per sostenere che la clausola risolutiva espressa non fosse stata debitamente pattuita. La Corte di Cassazione ha stabilito che, per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono avere previsto la risoluzione del contratto come conseguenza dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, mentre costituisce clausola di stile quella redatta con riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto ⁽¹⁰⁾. Dal testo del contratto preliminare in forza fra le parti risulta chiaramente che determina risoluzione proprio il difetto di produzione della fideiussione. Non si può nemmeno mettere in dubbio che vi sia stato nel caso di specie un inadempimento dell'appaltatrice, la quale venne appositamente sollecitata dalla committente a consegnare la garanzia. La mancata consegna è stata semplicemente conseguenza di inerzia negligente. Al riguardo è utile ricordare che, secondo la Corte di Cassazione, la risoluzione di diritto del contratto conseguente all'applicazione di una clausola risolutiva espressa postula non soltanto la sussistenza, ma anche l'imputabilità dell'inadempimento, in quanto la pattuizione di tale modalità di scioglimento dal contratto, pur eliminando ogni necessità di indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento, non incide, per converso, sugli altri principi regolatori dell'istituto della risoluzione, né, in particolare, configura un'ipotesi di responsabilità senza colpa ⁽¹¹⁾.

Nel caso di specie la committente sollecitò l'appaltatrice a consegnare la fideiussione, garanzia che non venne invece presentata. Dal testo della sentenza non risulta che il contratto preliminare prevedesse un termine per la consegna. Generalmente è invece consigliabile prevedere una data ultima per l'adempimento degli obblighi previsti nel preliminare, potendo altrimenti sorgere fra le parti controversie in merito. In assenza di un termine, la parte interessata può comunque — dopo aver concesso all'altra parte un periodo di tempo congruo per gli adempimenti previsti nel preliminare — sollecitarla a presentarsi per la conclusione del definitivo. Secondo la Corte di Cassazione, qualora le parti abbiano rimesso alla volontà di una di esse la fissazione del termine relativo alla stipulazione del contratto definitivo, e quest'ultima ritardi ingiustificatamente l'esercizio di tale facoltà, l'altra parte, adempite le obbligazioni a suo carico, può tanto rivolgersi al giudice per la fissazione di un termine *ex art. 1183 c.c.*, quanto proporre direttamente domanda di adempimento in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* ⁽¹²⁾.

Che il contratto esaminato dal Tribunale di Taranto fosse, sotto il profilo dell'assenza di un termine di consegna, lacunoso risulta anche dalla difesa svolta dall'appaltatrice. Secondo le argomentazioni di quest'ultima, l'obbligo di consegnare la garanzia sarebbe sussistito solo al momento della conclusione del contratto definitivo e non prima: l'ap-

⁽¹⁰⁾ Cass. 16 novembre 1983, n. 6827.

⁽¹¹⁾ Cass. 14 luglio 2000, n. 9356.

⁽¹²⁾ Cass. 10 dicembre 2011, n. 15587. Cass. 16 ottobre 2006, n. 22112, ha altresì affermato che, qualora una parte, a fronte del rifiuto dell'altra di stipulare, agisca in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c., la

circostanza che i contraenti non abbiano pattuito un termine per la stipulazione del contratto definitivo è irrilevante, atteso che nella domanda proposta in giudizio è implicita anche la richiesta di fissare il termine predetto.

paltatrice poteva esigere la fissazione di un incontro per la sottoscrizione del contratto definitivo, incontro al quale avrebbe presentato la garanzia. Non vi era al contrario, secondo la linea difensiva dell'appaltatrice, alcun obbligo di fornire anticipatamente la garanzia. Questo argomento non viene però accolto dall'autorità giudiziaria tarantina, sulla base della considerazione che il committente deve avere il diritto di verificare anticipatamente il contenuto della garanzia che le viene consegnata. In assenza dunque di una precisa tempistica sulla consegna, la fideiussione deve essere consegnata in modo sufficientemente anticipato rispetto alla conclusione del contratto definitivo.

A questa conclusione il Tribunale di Taranto perviene mediante un'attività interpretativa del testo del contratto preliminare. Questo prevedeva anzitutto l'obbligo che la garanzia fosse data da una primaria compagnia assicurativa. La committente sarebbe pertanto stata legittimata a rifiutare una fideiussione prestata da una piccola impresa assicurativa, che — in ipotesi — non offre le stesse garanzie di serietà e solidità di una grande impresa di assicurazioni. Inoltre, sempre secondo il testo contrattuale, la fideiussione doveva avere un determinato contenuto, con la conseguenza che la committente — quale soggetto beneficiario della garanzia — doveva avere il diritto di verificare prima della firma del contratto definitivo la corrispondenza della fideiussione rispetto alle caratteristiche richieste. Si pensi al fatto che la garanzia doveva presentare, secondo gli accordi delle parti, un determinato massimale, con la conseguenza che la committente avrebbe potuto rifiutare una garanzia per importo inferiore.

La legge prevede che, in presenza di una clausola risolutiva espressa, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva (art. 1456 comma 2 c.c.). Non è pertanto sufficiente l'inadempimento dell'obbligazione dedotta in contratto, ma serve una dichiarazione di volontà dell'interessato. La dichiarazione può essere resa in via stragiudiziale oppure giudiziale. La Corte di Cassazione ha specificato che la manifestazione di volontà, in assenza di espressa previsione formale, può essere consacrata anche in un atto giudiziale⁽¹³⁾. Nel caso di specie non risulta dal testo che il committente avesse dichiarato prima dell'iniziativa giudiziaria dell'appaltatrice di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa. Tuttavia il fatto di avere fatto opposizione al decreto ingiuntivo, e dunque di avere assunto il ruolo di attore nel procedimento ordinario, chiedendo la risoluzione del contratto in attuazione della clausola risolutiva espressa, equivale alla dichiarazione richiesta dall'art. 1456 comma 2 c.c.

La risoluzione del contratto preliminare per inadempimento fa cessare qualsiasi effetto del preliminare. In via principale le parti non sono pertanto più tenute alla conclusione del definitivo. Ma vengono meno anche le obbligazioni accessorie rispetto a quella principale. Nel caso di specie, la risoluzione del contratto preliminare implica in particolare che l'appaltatore non possa più pretendere il pagamento della penale: il pagamento della penale presuppone un inadempimento in capo al committente, inadempimento che manca; al contrario è stato l'appaltatore a essere inadempiente rispetto all'obbligo di consegna della garanzia. Dal punto di vista processuale, pertanto, il decreto ingiuntivo che era stato originariamente emesso deve essere revocato.

⁽¹³⁾ Cass. 16 maggio 2002, n. 7178.

