

Corte di cassazione - Sezioni Unite civili
- Sentenza 7 ottobre 2014-6 marzo 2015
n. 4628

IL COMMENTO

Mauro Leo

Valido il contratto preliminare di preliminare di vendita immobiliare quando emerge la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali. Lo hanno affermato le sezioni Unite con la sentenza 4628/2015.

La vicenda all'origine della pronuncia

I proprietari di un immobile agiscono in via giudiziaria chiedendo l'esecuzione in forma specifica dell'accordo con il quale i futuri acquirenti del bene si sarebbero obbligati contrattualmente ad acquistarlo, a condizione che l'istituto di credito avesse dato l'assenso alla cancellazione dell'ipoteca che vi era iscritta.

La difesa dei convenuti eccepisce che l'accordo, dal quale sarebbe scaturito l'impegno a stipulare il successivo preliminare di vendita, non creava un'obbligazione giuridicamente vincolante. Dal momento infatti che il primo accordo era da considerare quale preliminare di preliminare, lo stesso doveva ritenersi nullo per mancanza di causa, con la conseguenza di dover riqualificare l'iniziale incontro dei consensi come una semplice puntualizzazione e quindi privo di

Un apprezzabile sforzo ricostruttivo non esente da critiche

Probabilmente un contratto preliminare vero, ma depotenziato con l'apposizione di termini e condizioni, potrebbe benissimo sostanzarsi come preliminare aperto. Ciò consentirebbe di non entrare nel ginepraio dell'ammissibilità della figura e di non ricollegare pericolosi effetti obbligatori a una fase delle trattative ancora embrionale.

vincolatività giuridica. In sostanza la non riconducibilità del primo accordo a un contratto preliminare, escludeva la percorribilità dell'azione ex articolo 2932 del Cc.

Sia in primo che in secondo grado i giudici napoletani accolgono la tesi dei promissari acquirenti, escludendo quindi che all'accordo preliminare potesse riconoscersi una funzione giuridicamente apprezzabile se produttivo di effetti uguali da quelli del successivo preliminare, e ribadendo pertanto la nullità del preliminare di preliminare per difetto di causa, così come sancito dall'unico precedente di legittimità allo stato rinvenibile.

La causa approda in Cassazione e la seconda sezione, sull'assunto «che tale orientamento, nella sua assolutezza potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi», decide di rimettere gli atti al primo presidente, perché «valuti l'opportunità dell'intervento delle Sezioni Unite».

La prassi nei contratti di vendita immobiliare

Non è dato sapere se la fattispecie in esame sia scaturita dalla modulistica usualmente impiegata nella mediazione immobiliare professionale, svolta individualmente o in forma societaria presso agenzie.

È frequente infatti rinvenire nel classico schema della proposta irrevocabile di acquisto che l'agente immobiliare sottopone al potenziale acquirente, la clausola che rinvia alla stipulazione di un successivo contratto preliminare con il quale le parti definiscono ogni singolo aspetto del contratto definitivo che andranno a concludere.

Ciò risponde, in effetti, a una precisa esigenza dei contraenti che è presente in questa fase iniziale delle trattative, nella quale le due parti non vogliono assumere un serio impegno contrattuale; questo perché non si conoscono affatto, non sanno se una delle due è un imprenditore, non hanno (soprattutto il com-

pratore) tutte le informazioni necessarie sulle caratteristiche tecniche del bene e sulla libertà dell'immobile da formalità pregiudizievoli.

Lo scambio di proposta e accettazione nella contrattazione immobiliare mediata da agenzia, di norma, non determina affatto la conclusione dell'accordo, pur segnando indubbiamente l'inizio delle trattative.

Dubbia è invece l'individuazione del momento in cui terminata la fase delle trattative, possa dirsi concluso l'accordo voluto dalle parti, sia esso preliminare o definitivo.

Quest'ultima problematica ha da tempo impegnato gli interpreti.

Già oltre vent'anni fa, in occasione di un incontro di studi nel quale si analizzava la prassi immobiliare (Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare, Convegno organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna, Bologna, 24 aprile 1993, in «Rivista del Notariato», 1994, pag. 1) si prendeva atto del fatto che l'accordo a cui approdavano le parti assistite dal mediatore era preceduto da un'articolata fase di contrattazione che progressivamente avrebbe condotto alla formazione del contratto.

Le fasi della contrattazione venivano (e vengono) comunemente individuate nell'incarico di vendita, nella proposta di acquisto, nell'accettazione della proposta, nella stipulazione del preliminare (in senso tecnico), nella stipulazione del definitivo.

Trattative e contratto preliminare

Tra l'avvio delle trattative e la formazione del contratto, si giunge alla conclusione di minute e puntuazioni che sono accordi preparatori non vincolanti, da cui è possibile recedere liberamente salvo il limite della buona fede ai sensi del-

Il discrimine tra la minuta o la puntuazione e il primo preliminare riposa su una valutazione discrezionale delle parti

l'articolo 1337 del codice civile. È notevole quindi la differenza tra queste figure e il contratto preliminare dal quale scaturisce un vincolo giuridico tutelabile con il rimedio dell'articolo 2932 del Cc.

Tuttavia, quando in tali accordi preparatori si rinvergono gli elementi principali della compravendita, ma non tutti gli elementi oggettivi e soggettivi che consentirebbero di ritenere definitivamente perfezionato il contratto, le parti prima della stipulazione del contratto definitivo, preferiscono racchiudere il loro accordo in un vero contratto preliminare più organico e completo.

Quindi l'iter perfezionativo della compravendita, in tale circostanza, è caratterizzato da tre momenti che vedono la stipulazione di un preliminare aperto, nel quale le parti (che non si conoscono ancora) raggiungono un accordo sui punti essenziali

dell'operazione, obbligandosi alla stipulazione del preliminare formale; la stipulazione di un secondo contratto preliminare, chiuso o formale, nel quale si rinviene la completa e definitiva regolamentazione dell'affare, con contestuale obbligo alla stipula del definitivo; la stipulazione, infine, del contratto definitivo.

È stato osservato che ciò che distingue la puntuazione dal contratto preliminare è il fatto che essa, anziché contenere sia pure *in nuce*, tutti gli elementi, o quanto meno quelli essenziali del contratto, contempra dati limitati e generici dell'accordo e inoltre, anziché documentare l'intesa raggiunta o essere comunque diretta a provocare la conclusione definitiva dell'accordo, presenti carattere solo interlocutorio e preparatorio della stipulazione (De Casamassimi, «Nuova giurisprudenza civile e commentata», 2008, pag. 251).

È di immediata evidenza come il discrimine tra la minuta o la puntuazione e il (primo) preliminare riposa essenzialmente su una valutazione discrezionale delle parti, su ciò che queste ritengono essere elementi essenziali o accessori dell'accordo, con la conseguenza di affidare a tale circostanza l'individuazione della disciplina applicabile.

Di ciò se ne ha conferma in Cassazione n. 8038 del 2 aprile 2009 secondo la quale anche l'accordo contenente gli elementi essenziali del contratto continua a mantenere le parti nel perimetro delle trattative. In particolare, secondo i giudici di legittimità, l'accordo con il quale le parti si obbligano a stipulare un

successivo contratto preliminare sarebbe nullo per difetto di causa, e in relazione al futuro contratto preliminare le parti si troverebbero nella fase delle trattative, sia pure nella fase avanzata della puntuazione.

Preliminare di preliminare

La sussistenza del doppio preliminare ha posto gli interpreti dinanzi al problema della validità del contratto preliminare che anziché essere preordinato alla stipulazione del contratto definitivo, obblighi le parti a stipulare un altro preliminare.

Più precisamente di ammettere la creazione tra le parti di un vincolo immediato, nel quale siano determinati i soli elementi essenziali della futura compravendita, riservando a un altro contratto preliminare la precisazione delle clausole secondarie dell'affare concluso (Bellante, «Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia», in «Rassegna di diritto civile», 2010, pag. 955)

L'opinione che ammette tale sequenza negoziale (tribunale di Napoli, 11 novembre 1994, in «Diritto e giurisprudenza», 1996, pag. 501; tribunale di Napoli 28 febbraio 1995, in «Diritto e giurisprudenza», 1995, 463; Corte d'appello di Napoli, 11 ottobre 1967, «Diritto e giurisprudenza», 1968, 550), parte dall'osservazione della realtà della contrattazione immobiliare per come sopra ricordata e approda all'ammissibilità della figura sulla base di diverse argomentazioni.

Si è sostenuto ad esempio, per superare il difetto di meritevo-

lezza ex articolo 1322 del Cc, che il preliminare di preliminare non contiene un semplice obbligo a obbligarsi, quanto invece l'obbligo (meritevole di tutela) di pervenire alla conclusione di un contratto definitivo (seppure tramite un altro contratto). Secondo altra opinione, per vincere il rilievo dell'inutilità della figura

La tesi tradizionale della Cassazione riteneva nullo l'accordo successivo per difetto di causa

contrattuale *de qua* sollevato dall'opposta tesi, sarebbe sufficiente richiamare la nozione di causa concreta (alla quale, invece, ricorre anche la sentenza in esame), in grado di sorreggere l'accordo in esame, sicché il preliminare di preliminare troverebbe la propria giustificazione in quella specifica causa che - in relazione al caso concreto - ha spinto le parti a obbligarsi fissando in modo più dettagliato l'accordo negoziale iniziale. Può richiamarsi anche la tesi di coloro che per spiegare come il preliminare di preliminare non si risolva in realtà in una inammissibile successione di fattispecie preliminari identiche (*bis in idem*), rimarca la differenza di contenuto e funzione tra il primo e il secondo preliminare, essendo quest'ultimo non solo molto più ricco di pattuizioni negoziali ma anche dotato di una maggiore forza cogente, potendo ricorrersi solo per il se-

condo preliminare al rimedio dell'articolo 2932 del Cc o, infine, l'opinione di coloro che, argomentando dall'assenza di disciplina positiva del contratto preliminare, osservano come il predetto schema negoziale (che si atterrebbe nella realtà a struttura polimorfa a causa degli interessi sottesi alle differenti operazioni economiche) ben potrebbe annoverare tra le sue varie tipologie, anche quella che obbliga a stipulare un nuovo preliminare (Salvadori, nota a Cassazione n. 8038 del 2009, in «Nuova giurisprudenza civile e commerciale», 2009, I, 1003).

La contraria opinione che ravvisa la nullità del preliminare di preliminare (Cassazione 8038/2009, tribunale di Salerno 23 luglio 1948, in «Diritto e giurisprudenza», 1949, pag. 101; tribunale di Napoli, 23 novembre 1982, in «Giustizia civile», 1983, I, 283; tribunale di Napoli, 21 febbraio 1985, in «Diritto e giurisprudenza», 1986, pag. 725; tribunale di Firenze, 10 luglio 1999, in «Gius - Rassegna di giurisprudenza civile annotata», 2000; tribunale di Ivrea, 11 luglio 2002, in «Giurisprudenza di merito», 2002, pag. 41, tribunale di Napoli, 22 marzo 2003, in «Diritto e giurisprudenza», 2004; Corte d'appello di Napoli, 1° ottobre 2003, «Giurisprudenza di merito», 2004, pag. 62; tribunale di Imperia 21 marzo 2005, Dejure Giuffrè; Corte d'appello di Genova, 21 febbraio 2006, in «Obbligazioni e contratti», 2006, pag. 648), fa leva essenzialmente sull'assenza di causa del contratto in esame, che sarebbe privo di una giustificazione meritevole di tutela, non essendo degno di

protezione da parte dell'ordinamento l'interesse di obbligarsi a obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione.

Questo del resto è stato il principio cardine della sentenza della Cassazione 8038/2009 la quale, partendo da una concezione unitaria del contratto preliminare ha dichiarato nullo il preliminare di preliminare sull'assunto della mancanza di causa. Osservavano i giudici che «obbligarsi a obbligarsi a compravendere darebbe luogo a un'inutile superfetazione non sorretta da alcun interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente».

Il concetto era stato già messo a fuoco dalla dottrina, la quale aveva chiarito che non tanto di difetto di causa deve parlarsi quanto piuttosto di mancanza della «funzione economica a livello tipologico, cioè la possibilità di ravvisare l'interesse meritevole a una stregua sociale, che dovrebbe giustificare la giuridificazione del preliminare» (Gazzoni).

In effetti, se la funzione economica del preliminare vero e proprio è quello di vincolare le parti alla futura stipula (alle condizioni e nei termini in esso convenuti) di un successivo contratto definitivo, concedendogli un'ulteriore fase di riflessione e analisi del negozio definitivo, come si giustificerebbe un preliminare che obbliga le parti alla stipula di un altro contratto preliminare?

Il contratto preliminare, si osserva, è proteso verso la creazione di un vincolo contrattuale

idoneo a produrre effetti più intensi o più specifici di quelli che esso produce, e ciò non si verificherebbe quando il secondo preliminare ha identica portata obbligatoria del primo.

Ciò non sarebbe evitabile neppure quando la scelta delle parti fosse determinata dall'esigenza di creare un titolo idoneo

Valorizzata la causa concreta per «riconsiderare gli approcci schematici» ancorati alla rigida alternativa preliminare/definitivo

alla trascrizione, per cui il secondo preliminare - diversamente dal primo - verrebbe stipulato per atto autentico per essere trascritto nei registri immobiliari. In tale ipotesi, infatti, ripetendo le parti il consenso già manifestato in un documento avente la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, non creerebbero affatto un contratto diverso, ma riprodurrebbero lo stesso preliminare (così Gazzoni).

Il ragionamento delle sezioni Unite

Molte delle argomentazioni utilizzate a sostegno dell'opinione che ritiene valido il preliminare di preliminare, si ritrovano nella sentenza a sezioni Unite n. 4628 del 2015, che - precisa il Collegio - intende cogliere gli «aspetti costruttivi di quel moderno orientamento che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e fissare un nucleo di interessi

da trasfondere nei vari passaggi contrattuali».

Sorge però il dubbio se la libertà contrattuale delle parti a cui si riferisce la Corte non sia quella imposta dalla modulistica tipica delle contrattazioni immobiliari svolte tramite agenzia.

L'iter del processo decisionale della Corte, infatti, parte dalla constatazione che quelle contrattazioni sono caratterizzate da tre fasi - come più sopra ricordato - in cui all'iniziale accettazione della proposta contrattuale accompagnata dal versamento di una somma di denaro, segue una fase successiva in cui si stipula il vero e proprio preliminare (chiuso o formale) fino ad approdare al rogito notarile finale.

La Corte impiega quindi il concetto di causa concreta per «riconsiderare gli approcci schematici» (non moderni) ancorati alla rigida alternativa preliminare/definitivo e per ritenere che gli interessi concreti perseguiti dalle parti, che rispecchiano situazioni fra loro differenti, ben possono legittimare - prima della formazione del preliminare vero e proprio - sia «figure contrattuali atipiche (...) alle quali corrisponde una causa concreta meritevole di tutela», sia «vincoli obbligatori di carattere ancora prenegoziale».

E tali figure e vincoli sarebbero particolarmente utili, secondo i giudici, quando le parti hanno consapevolezza che la situazione non è ancora matura per l'assunzione del vincolo, e quindi non solo per assolvere a quello per cui viene normalmente concluso il contratto preliminare, vale a dire il controllo delle so-

pravvenienze, ma anche per il controllo di elementi la cui scoperta successiva non potrebbe essere addotta a motivo di risoluzione di un contratto già concluso, come ad esempio la presenza di determinate qualità (imprenditore o comunque persona solvibile) o connotazioni negative (vicinanze mafiose) in una delle parti.

Le sezioni Unite immaginano quindi che alla sottoscrizione della proposta irrevocabile sottoposta dal mediatore immobiliare possa corrispondere un vincolo contrattuale, che non possa definirsi come preliminare vero e proprio, e che sia finalizzato a ulteriori accordi. Tale vincolo obbligherebbe le parti a tenere una condotta contrattuale governata dalla buona fede e potrebbe essere suscettibile di dar luogo a responsabilità da inadempimento in caso di rifiuto di stipulare i successivi accordi.

Qui i giudici, richiamando quanto già sostenuto dalla dottrina (Rescigno, «Relazione conclusiva al convegno sulla prassi immobiliare sopra citata»; Gazzoni) affermano che l'obbligazione assunta in tale contratto sembra avere per oggetto non il «contrarre», come avverrebbe con riferimento al contratto preliminare, ma il «contrattare», essendo state «scandite solo tappe di una trattativa complessa».

A questo punto la Suprema corte prende atto della necessità - sancendolo nel primo dei due principi di diritto - che sia affidato al giudice di merito il compito di individuare, caso per caso, quando tali vincoli prenegoziali - che caratterizzano la pri-

ma fase relativa a una procedimentalizzazione della formazione del contratto - restino confinati nelle mere intese preparatorie oppure debbano essere considerati veri e propri preliminari.

È il giudice di merito quindi che dovrà stabilire, alla luce dell'interesse delle parti, se queste

**La diversità di contenuto
farebbe recuperare
al secondo accordo
quella utilità indispensabile
per la sua esistenza**

con il primo contratto vogliono restare (ancora) in una fase sostanzialmente precontrattuale in cui è parziale il regolamento di interessi, e in cui la volontà di abbandonare le trattative non viene sanzionata con il meccanismo dell'esecuzione in forma specifica ma solo con un obbligo risarcitorio.

La Suprema corte esclude quindi che possa essere affetto da nullità «il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorquando il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare». Semmai - viene precisato - la nullità dovrebbe colpire il secondo preliminare, questo sì effettivamente inutile ove esattamente riproduttivo del contenuto del primo.

Ed è proprio sulla diversità tra il primo preliminare (aperto) e il secondo (chiuso) - che porta a escludere la ricorrenza del *bis in idem* tra i due negozi - che la

Cassazione costruisce l'altro principio di diritto.

All'interno di un procedimento di formazione progressiva del contratto, quando con il primo contratto preliminare i contraenti si obbligano a stipulare un secondo preliminare, che si differenzia dal primo per il contenuto negoziale e per una più estesa area del regolamento di interessi, il primo contratto dovrà senz'altro ritenersi produttivo di effetti. Tale conclusione viene peraltro ritenuta dal giudice di legittimità perfettamente coincidente con quanto deciso da Cassazione n. 8039 del 2009 poiché - precisano le sezioni Unite - la fattispecie decisa da quella pronuncia doveva intendersi caratterizzata dal fatto che il secondo preliminare presentava un contenuto identico al primo.

La diversità di contenuto, quindi, farebbe recuperare al secondo negozio quella utilità economico sociale indispensabile per la sua esistenza e al primo negozio una causa giustificativa.

**Osservazioni
conclusive**

Appare senz'altro apprezzabile lo sforzo ricostruttivo delle sezioni Unite di ricondurre a unità una tematica così complessa e disarticolata dai principi, come quella generata dalla contrattazione immobiliare mediata da agenzie.

La pronuncia, tuttavia, non ci pare totalmente esente da critiche, restando infatti non chiariti determinati passaggi concettuali.

Un primo dubbio attiene alla valutazione di opportunità che è

stata posta a base della scelta di far approdare la questione dinanzi alle sezioni Unite.

È seriamente possibile ritenere che dopo la pronuncia in esame si appianino quelle incertezze giurisprudenziali e dottrinali derivate dall'enorme contenzioso prodotto dalle pratiche commerciali, figlie di quella contrattazione?

A parere di chi scrive sembra proprio di no. Riconoscendo sostanzialmente al preliminare di preliminare il ruolo di schema negoziale atipico a contenuto ed effetti obbligatori meritevole di tutela, le sezioni Unite non risolvono affatto i problemi di inquadramento sistematico della figura. E ciò probabilmente perché, non essendo il contratto preliminare disciplinato positivamente, viene solo aggirato ma non superato l'ostacolo dell'identità del tipo e della causa, che aiuta anche a comprendere perché il preliminare in tanto può avere una funzione in quanto preveda la stipulazione di un successivo contratto, idoneo a produrre effetti più intensi o più specifici di quelli che esso produce.

Continua ad apparire incerto, quindi, il criterio che consente di ravvisare nell'accordo «i tratti del contratto preliminare», e ciò anche quando nello stesso si rinvenivano «gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali (...) l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo». Tutto ciò infatti potrebbe non bastare per ritenere integralmente determinato il contenuto del contratto. Non solo perché le parti potrebbero

assegnare a un preciso elemento, normalmente considerato accessorio, una rilevanza centrale e determinante per la conclusione dell'affare; ma anche perché la volontà delle parti potrebbe stabilire - pur in presenza di un accordo completo in tutti i suoi elementi essenziali - di rinviare a un momento successivo la vo-

**Si è persa forse
un'occasione per offrire
un vero e proprio indirizzo
nomofilattico
in tale complessa materia**

lontà di obbligarsi.

Per converso continua ad apparire incerta la catalogazione e la nomenclatura dei documenti della fase prenegoziale, finora designati come puntuazione e minuta e che le sezioni Unite chiamano «puntuazione» (in cui le parti hanno «solo iniziato a discutere») e «puntuazione vincolante» (che «non è ancora un vero preliminare» ma nel quale vengono concordati irrevocabilmente determinati aspetti).

Si invoca poi come necessario il ruolo del giudice di merito il cui intervento, a ben vedere, era comunque necessario anche all'indomani di Cassazione n. 8038 del 2009, dovendo egli pur sempre stabilire se la fattispecie sottoposta al suo esame dovesse intendersi come preliminare in senso proprio oppure se il preliminare di preliminare dovesse riqualeificarsi come minuta o puntuazione.

Non si può ignorare, infine, il

ruolo che la volontà delle parti verrebbe ad assumere nella nuova configurazione della trattativa immobiliare delineata dalla pronuncia in esame, costituendo elemento decisivo per l'individuazione delle fattispecie da assoggettare a una determinata disciplina, riempiendo o svuotando di contenuto negoziale il primo preliminare a discapito del secondo.

È quindi un ruolo centrale quello assegnato dai giudici alla volontà delle parti e che impegnerà, ancora più che in passato l'interprete (il giudice di merito), nella rilevazione e valutazione del mero stadio delle trattative ovvero della conclusione di un contratto vincolante.

D'altronde la modulazione degli effetti obbligatori legati alle varie fasi della contrattazione, si raggiunge anche dando ingresso nel contratto ai motivi (tramite il termine e la condizione), per controllare le sopravvenienze prima del rogito notarile. Probabilmente un contratto preliminare vero, ma depotenziato con l'apposizione di termini e condizioni (ed eventualmente anche con la deroga alla disciplina dell'articolo 2932 del Cc), può benissimo sostanzialmente come preliminare aperto. Ciò consentirebbe di non entrare nel ginepraio dell'ammissibilità del preliminare di preliminare e di non ricongiungere pericolosi effetti obbligatori a una fase delle trattative ancora embrionale e di difficile inquadramento.

Niente di nuovo sotto il sole quindi e, forse, un'occasione persa per offrire un vero e proprio indirizzo nomofilattico in tale complessa materia. ●