PRELIMINARE DI PRELIMINARE

Il mercato immobiliare ha visto il fiorire negli ultimi anni di una prassi commerciale caratterizzata da una pluralità di testi negoziali preliminari alla stipula del vero e proprio contratto definitivo di compravendita.
Il contributo del mediatore professionista, figura sempre più usuale nelle trattative tra le parti, ha determinato un forte incentivo a fattispecie atipiche di cui molto si è discusso e si discuterà in futuro.
La presente trattazione, lungi dal voler essere un contributo dottrinario, intende focalizzare l'attenzione su alcuni aspetti che, a parere dello scrivente, è opportuno considerare allorquando ci si trova ad affrontare la fattispecie in commento.
Le trattative, sino ai recenti sviluppi, sono state caratterizzate da due momenti fondamentali: 1) la fissazione degli elementi essenziali del futuro accordo e la stipula di un contratto preliminare che sancisca l'obbligo alla stipula del definitivo; 2) la stipula del contratto definitivo traslativo del diritto reale.
La fase preliminare alla stipula dei negozi anzidetti ha sempre ricevuto tutela nella c.d. fase precontrattuale, ossia la fase di negoziazione degli elementi essenziali del futuro accordo, la vera e propria trattativa, ove la parte può chiedere tutela del proprio c.d. affidamento nell'ipotesi in cui le trattative vengano interrotte per mala fede o scorrettezza della controparte contrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.
Le parti riducevano (o per meglio dire percepivano) la sussistenza del vincolo contrattuale al solo momento della stipula del contratto preliminare, mentre i comportamenti che la precedevano erano spesso caratterizzati dall'*intuitus* che ciascuno utilizza per l'individuazione di una controparte contrattuale seria e credibile.
Nella prassi si contraddistinguevano, e sempre più oggi si affermano, una serie di fattispecie non vincolanti, ossia prive di carattere obbligatorio, che avevano, e tendenzialmente hanno, lo scopo di dimostrare lo stato effettivo delle trattative in corso e perciò, per il futuro, garantire la prova dell'eventuale mala fede e della scorretta interruzione delle negoziazioni ad opera di una delle parti.
La lettera d'intenti documenta la volontà di trattare e spesso si accompagna a clausole di c.d. riservatezza con cui le parti nel corso della trattativa si impegnano a mantenere riservate le informazioni e documenti oggetto di scambio oltre che le valutazioni da esse compiute (anche di carattere economico).
La minuta e la puntuazione documentano i punti di accordo su alcuni aspetti della trattativa (e spesso anche del futuro contratto) che tuttavia non sono sufficienti a determinare un pieno e integrale consenso alla stipula su tutti gli elementi essenziali del futuro contratto; le parti fissano alcuni elementi del futuro negozio su cui non intendono ulteriormente trattare, vuoi perché esclusi dal futuro accordo vuoi perché già condivisi e ritenuti accettabili da entrambe.
L'accertamento in merito all'essenzialità dei punti oggetto di accordo preliminare, o per meglio dire sulla sussistenza di tutti gli elementi essenziali del futuro accordo definitivo, è accertamento di merito, non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato (*ex multis*, cfr. Cass. n. 23949/08).
Tale accertamento segna il discrimine tra intese preparatorie che sono evidenza di trattative (e che non rappresentano l'accordo su tutti gli elementi essenziali del futuro contratto sicchè non sono vincolanti) e il preliminare (che contiene l'obbligo di stipulare, completo di ogni elemento essenziale alla futura stipula del contratto definitivo).
L'orientamento maggioritario è poi costante nell'affermare che il consenso delle parti deve sussistere per tutti gli elementi del contratto, sia esso manifestato in sede preliminare o già nel definitivo.
Le parti raggiungono l'accordo su ogni elemento dell'assetto negoziale, sia essenziale che accidentale, oppure non raggiungono un accordo, in conformità al fondamentale principio di integrale corrispondenza tra proposta e accettazione.

Lo sviluppo delle mediazioni nel settore, forse più per tutelare le attività del professionista che per reale interesse delle parti, ha determinato la formalizzazione di momenti ben precisi che precedono la stipula del preliminare e che determinano (o vorrebbero determinare) un vincolo obbligatorio.
Tali prassi[1] recentemente hanno costretto ad una valutazione della validità[2] di alcune tipologie di fattispecie negoziali che si stanno affermando.
È bene sgombrare subito il campo da ipotesi chiaramente tipizzate nel nostro ordinamento.
Sono estranee alla fattispecie che ci occupa:

- la proposta irrevocabile di acquisto la cui accettazione sia comunicata o comunque nota al proponente, ipotesi che certamente determina l'obbligo di contrarre e che, per giurisprudenza ormai consolidata, sostituisce il preliminare di compravendita;
- il patto di prelazione che ha lo scopo essenziale di impedire che il promittente concluda un contratto con un terzo anziché con il beneficiario del patto, quindi una figura più diretta alla scelta del contraente (con chiaro carattere obbligatorio) che alla conclusione del contratto[3];
- il patto di contrarre con un terzo che ha lo scopo di manifestare la volontà di contrarre ad un soggetto diverso da colui con cui in futuro si andrà a stipulare (appunto il terzo) e che non ha ad oggetto alcuna definizione del regolamento di interessi né manifesta consenso sul punto.

La questione si concentra, quindi, sulla validità ed efficacia obbligatoria di atti negoziali che precedono la stipula del preliminare.
In sostanza, che succede se all'atto della proposta irrevocabile e dell'accettazione le parti subordinano la validità delle stesse alla stipula del successivo contratto preliminare? Che succede, in sostanza, se la proposta irrevocabile e l'accettazione hanno ad oggetto, ancorchè mediato, la stipula del contratto preliminare a cui si rimanda per la fissazione di tutti (o buona parte) gli elementi essenziali che caratterizzeranno la futura vendita?
Sino ad oggi, la Suprema Corte di Cassazione (*ex multis* cfr. Cass. Civ. sentenza n. 8038 del 02.04.2009 e sentenza n. 19557 del 10.09.2009), la dottrina e la giurisprudenza di merito maggioritarie avevano affermato la nullità del c.d. preliminare di preliminare, ossia dell'accordo in forza del quale le parti si obbligavano alla stipula della promessa di addivenire al contratto definitivo, sul presupposto di un'assenza di causa che dovrebbe sostenere simile accordo.
La "promessa di promettere" non avrebbe causa poiché non sarebbe meritevole di tutela[4].

---

[1] La dottrina che ha affrontato il tema e la Cassazione a Sezione Unite con la sentenza in commento hanno specificamente descritto il fenomeno in termini di prassi negoziale. A mio parere è fortemente dubitale la definizione utilizzata, quanto meno se per prassi si intende un uso negoziale in senso tecnico; mancherebbe il requisito della *opinio iuris ac necessitatis* nelle parti negoziali poiché in realtà la prassi non è seguita spontaneamente dalle parti ma suggerita dal mediatore professionista a cui esse conferiscono incarico poiché (normalmente) prive delle necessarie competenze tecniche. Nello specifico mancherebbe una volontarietà e la considerazione della necessità di obbligarsi nei termini in commento poiché, a me pare, gli atti negoziali preliminari al preliminare vogliono anticipare un vincolo (ancorchè parziale) forse più nell'interesse del mediatore e del suo diritto al compenso provvigionale (che sorge al momento del perfezionamento di un vincolo giuridicamente rilevante) che nell'interesse delle parti alla cautela e scrupolo nelle trattative. Sovente gli atti negoziali in commento servono più a manifestare un interesse che a specificare obblighi e sono preceduti da una mera visita dell'immobile, senza i particolari approfondimenti che sono resi necessari dalla disciplina speciale al fine di garantirsi un valido e utile acquisto.

[2] Le prassi in commento, qualora si volessero superare i rilievi descritti alla precedente nota 1, credo possano essere messe in discussione in punto di validità poiché, come esposto nel prosieguo della trattazione, sarebbero da ritenere *contra legem* e perciò anch'esse nulle.

[3] Sul tema si è espressa la Cassazione con sentenza n. 3127/12, citata dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 4628/2015, che lo ha definito preliminare unilaterale.

[4] La sentenza n. 8038/09 così argomentava: "*L'art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi … ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito. Né sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l'intermediario che le ha messe in relazione, sicchè non riguardano il tema di discussione; per il resto prospettano l'ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio "formale", il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del "preliminare", di cui si è ritenuta in sede di merito l'avvenuta realizzazione nella specie. Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse di trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase*

Tale interpretazione, pur maggioritaria, non si è dimostrata univoca come attesta l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite pronunciata in data 12.03.2014 dalla seconda sezione civile della Suprema Corte di Cassazione (ord. n. 5779/14).
Il supremo consesso si è quindi pronunciato con la sentenza n. 4628 pubblicata il 06.03.2015, con cui ha sostanzialmente affermato la validità, a certe condizioni, di intese obbligatorie che precedono il contratto preliminare.
Le affermazioni di principio della motivazione in commento consentono di considerare pacifici alcuni argomenti che animano il dibattito mentre destano dubbi con riferimento alle possibili applicazioni del principio che vorrebbero sostenere.
La sentenza n. 4628/2015 della Suprema Corte a Sezioni Unite afferma *in primis* l'invalidità di un preliminare che sia meramente riproduttivo di accordi preliminari già validamente intervenuti su ogni elemento essenziale del contratto.
Viene quindi avallato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza maggioritaria precedente, ritenendo privo di causa e non meritevole di tutela un accordo che sia meramente riproduttivo di un obbligo alla stipula già validamente intercorso.
Non vi è alcun interesse concreto delle parti a sentir tutelato un "obbligo a obbligarsi a stipulare", obbligo che peraltro sarebbe inconciliabile con l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c.
Nel caso di specie, afferma il supremo consesso, la nullità graverebbe il secondo accordo poiché meramente riproduttivo del primo.
Diverso è il caso di un secondo preliminare che differirebbe dal primo per alcuni elementi.
Non essendo una mera riproduzione del primo preliminare, il secondo accordo non sarebbe invalido a priori bensì spetterebbe al Giudice del merito valutare se l'accordo preliminare a formazione progressiva si componga di atti negoziali tutti validi perché singolarmente caratterizzati da un consenso validamente prestato per interessi meritevoli di tutela[5].
Dovrà accertarsi se sussista una causa concreta, come recentemente ridefinita dalla giurisprudenza di legittimità[6], per cui le parti preferiscano procedimentalizzare le trattative in singoli atti negoziali e formali da cui derivano obblighi diversi dal mero risarcimento del danno.
Dovrà verificarsi, per utilizzare parole della Suprema Corte di Cassazione, l'interesse concreto che si differenzia dal semplice motivo poiché andrebbe riferito alla "*utilità del contratto*" quale sua "*idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale*"[7].
Le definizioni citate, che tentano di superare persino il concetto di causa in concreto[8], non entusiasmano chi scrive e sembrerebbero legittimare un concetto soggettivo di causa del contratto

---

delle trattative, sia pure nello stato avanzato della "puntazione", destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio.".

[5] A mio parere, qualora si considerassero validi ed efficaci entrambi gli accordi preliminari, si dovrebbe anche indagare il contenuto delle singole pattuizioni per verificare effetti novativi delle clausole successivamente contratte rispetto alle precedenti; ciò dovrebbe escludere conflitti tra obblighi e ricostruire correttamente il contenuto obbligatorio correlato all'intero assetto negoziale secondo la volontà manifestata dalle parti.

[6] La causa concreta è definita da Cassazione n. 10490/06 come "*lo scopo pratico del negozio … sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*", ossia la ragione pratica dell'affare. La compravendita non sarebbe sorretta dalla sola causa astratta dello scambio ma ciascuna compravendita avrebbe una componente causale soggettiva determinata dalla singola e specifica negoziazione. Non una causa giuridica ma tante cause giuridiche quanti sono gli interessi soggettivi che le diverse parti intendono realizzare con i singoli contratti di compravendita.

[7] L'assunto, pur affascinante, non mi pare condivisibile poiché si determinerebbe un effetto omnicomprensivo del concetto di causa che risulterebbe disaggregante dell'elemento essenziale del negozio. La tipicità dei contratti, così mi insegnarono, dipende dalla riferibilità di un accordo ad un determinato tipo di contratto per il quale la causa è prefissata dal legislatore, è causa tipica e perciò lecita per definizione. Sostenere, come citato a pagina 12 della sentenza in commento, che "*La rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare*", ossia verificare se l'interesse in concreto perseguito dalle parti rientri nel tipo legale o sociale, significa sindacare la tipicità del contratto, ossia significa immaginare contratti di compravendita per i quali si debba discutere della causa e perciò anche della sua liceità. Appare una contraddizione in termini: la causa tipica non è sindacabile, semmai è l'atipicità di un contratto a determinare la necessità di indagine.

[8] A mio parere, sarebbe preferibile definire la causa tipica non quale causa in astratto ma quale astratta funzione economico-sociale che il contratto, e non le parti, persegue. La vendita può avere funzione economica sociale più concreta della mera causa astratta di

che potrebbe finire a legittimare qualsivoglia accordo atipico (sempre conforme a norme imperative e ordine pubblico) ancorchè privo di utilità secondo le norme dell'ordinamento vigente.
Mi pare corretta l'osservazione analizzando la casistica che le Sezioni Unite utilizzano per tipizzare esempi di un interesse concreto che sorregga la validità di atti negoziali con effetti obbligatori che siano preliminari del contratto preliminare[9].
La necessità di escludere l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. non mi sembra un caso stigmatizzante poiché l'esclusione non atterrebbe al processo formativo del consenso sull'intero assetto negoziale bensì solo al rimedio da esperire in caso di mancato adempimento dell'obbligo (già pattuito) alla stipula; le parti sarebbero integralmente concordi su tutti gli elementi del negozio ma vorrebbero escludere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'accordo preliminare. Si parla di accordo, ossia di consenso integrale su tutti gli elementi, inclusa la lecita esclusione del rimedio in forma specifica, sicchè non vi dovrebbero essere dubbi sull'esistenza di un vero e proprio preliminare.
La necessità di prevedere un diritto di recesso dal momento di stipula dell'obbligo preliminare alla stipula del definitivo non mi sembra in alcun modo sintomo di un concreto interesse alla validità di un accordo "preliminare al preliminare", poiché il diritto di recesso potrebbe essere previsto da un valido e unico contratto preliminare.
La necessità di subordinare l'intesa preliminare ad una condizione (sospensiva o risolutiva) è caso di ancor più dubbia funzione individualizzante: se esiste un'intesa sull'intero assetto negoziale (inclusa la necessità di prevedere una condizione) si parla di contratto sicchè il primo testo preliminare sarebbe già riproduttivo dell'intero regolamento negoziale che semplicemente sarebbe subordinato nella sua efficacia alla verificazione dell'evento che è oggetto della condizione (es. liberazione di ipoteca, ottenimento del finanziamento in acquisto, ottenimento di abitabilità, sanatoria o eliminazione di opere edificate abusivamente). Il secondo preliminare che darebbe atto dell'avvenuta verificazione della condizione sarebbe nullo perché meramente riproduttivo di un accordo già integralmente avvenuto ed efficace dal momento in cui la condizione si è verificata.
In tutti i casi predetti la mancanza di accordo su di un elemento escluderebbe a priori e in ogni caso la sussistenza di un valido accordo preliminare, riconducendo le fattispecie all'ambito delle trattative e dei connessi obblighi di cui all'art. 1337 c.c.
La Suprema Corte, ritengo consapevolmente, riconduce le predette fattispecie all'ipotesi di una puntuazione vincolante, ossia una fattispecie precontrattuale, estranea anche al contratto preliminare, che assume l'aggettivazione (vincolante) forse per confermare un carattere obbligatorio fine a sé stesso, ossia per intensificare l'obbligo di buona fede precontrattuale già tutelato proprio dall'art. 1337 c.c.
La Cassazione individua un momento negoziale in cui le parti vanno oltre la mera puntazione, quale traccia di trattative, e fissano alcuni profili (appunto vincolanti) in ordine ai quali la loro intesa preliminare è raggiunta pur restando da trattare (in buona fede) alcuni residui elementi del negozio da stipulare (siano essi essenziali o accidentali) e perciò in assenza di un consenso alla stipula giuridicamente rilevante.
Tali intese, per stessa ammissione della Suprema Corte, non sarebbero accordi preliminari quindi non sarebbero contratti e non sarebbero soggetti alle norme che li regolano (a titolo esemplificativo: risoluzione, rescissione, invalidità, integrazione di cui all'art. 1374 c.c.).

---

scambio, così giustificando il carattere essenziale della causa quale fonte identificativa di un tipo contrattuale. Legando la causa alla funzione economico – sociale del contratto si esclude che il singolo interesse delle parti possa determinarla, evitando nei contratti atipici il sillogismo di una causa tipica perché sorretta dalla meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito dalle parti. Se è causa tipica allora deve per definizione essere astratta e non riferita alle parti di un singolo negozio; essa è il modello di riferimento che il legislatore ha tipizzato. Solo se è atipica la pattuizione si dovrà accertare la meritevolezza dell'interesse che in concreto le parti intendono perseguire e per far ciò si farà riferimento alle tipologie di cause giuridiche tipizzate nel nostro ordinamento.

[9] La figura del preliminare che ha avuto assai successo nel campo della compravendita immobiliare è in realtà fattispecie di applicazione generale, essendo configurabile per qualsivoglia tipologia di contratto consensuale e, per la miglior dottrina, anche reale.

Le intese analizzate andrebbero ricomprese nel *genus* obbligatorio individuato dall'art. 1173 c.c., ossia obbligazioni che sorgono da "*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico*".
Se il riferimento è alla fonte dell'obbligazione, non credo vi possano essere dubbi sul fatto che simili intese preliminari possano essere fonte di obblighi.
Fonte di obbligazioni ma non necessariamente contratti.
Quale sia l'obbligo che esse determinano è chiaro: il risarcimento del danno derivante dalla violazione di un obbligo che la commentata sentenza della Corte di Cassazione a Sezione Unite definisce "*inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto*".
È pacifica l'assenza di un contratto (che si sta formando) e l'insorgenza di un obbligo che deriva da intese preliminari, perciò una responsabilità pre-contrattuale.
La Cassazione riconduce oggi tale responsabilità alla fattispecie contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., con ogni conseguente onere probatorio per la parte inadempiente, e così discostandosi apertamente dalla definizione di responsabilità precontrattuale quale responsabilità extracontrattuale.
Mi pare allora evidente che se si potesse ipotizzare una fattispecie di particolarità tale da poter giustificare la validità di un preliminare del preliminare oggi si dovrebbe giudicare la stessa secondo un principio affermato con affascinanti argomenti che la Cassazione ha saputo perimetrare nella logica di un principio di diritto ma che difficilmente troveranno riconoscimento in concreto.
Francamente, non rinvengo particolari utilità concrete che non si possano tutelare e disciplinare con altri strumenti negoziali previsti dal nostro ordinamento, subordinando l'efficacia del preliminare ad eventi o termini che siano di garanzia per le parti.
La diffusa prassi di mediatori immobiliari, spesso (troppo spesso) poco avvezzi alle materie giuridiche e alle nozioni che sorreggono la validità degli atti da essi posti in essere nell'interesse delle parti negoziali, merita una forte contrarietà e resistenza non in linea di principio ma nell'esame del caso concreto per evitare che si dia ingresso nel nostro ordinamento ad "accordi precontrattuali" sterili perché privi di sostanziale tutela, se non risarcitoria, e inutili perché determinanti obblighi che le parti dovrebbero sintetizzare anche al fine di un congruo risparmio di oneri, rischi e costi che ormai prolificano senza limite nel mercato immobiliare.
Resto convinto dell'invalidità di accordi preliminari del preliminare pur conscio che vi siano interessi delle parti che nel corso delle trattative e/o nell'ambito di un contratto preliminare debbano essere tutelate da un attenta consulenza, scevra dall'applicazione di generici modelli negoziali e misurata sul caso concreto e sull'utilità per le parti.
Ritengo perciò sempre opportuno rivolgersi ad un avvocato di fiducia perché esamini il caso e valuti la miglior formula contrattuale per formalizzare le intese che le parti vogliono raggiungere.

Bergamo, lì 14 marzo 2016

Avv. Simone Di Dio