

IL “PRELIMINARE DI PRELIMINARE”
TRA CAUSA CONCRETA, MERITEVOLEZZA
E GOVERNO DEL TEMPO CONTRATTUALE

Ignazio Tardia *

SOMMARIO: 1.- Formazione progressiva del consenso e causa concreta: quadro sistematico e «area ristretta»; 2.- La prassi immobiliare e il “secondo preliminare”: baricentro del primo scritto e doppio scrutinio; 3.- Criteri ermeneutici e riparto probatorio: il metodo di decisione in concreto; 4.- Struttura del vincolo interlocutorio, «area ristretta» e rimedi: dalla responsabilità endoprocedimentale all’«affare»; 5.- Conclusioni: normatività pratica della sequenza e centralità del tempo nella causa.

1.- Formazione progressiva del consenso e causa concreta: quadro sistematico e «area ristretta».

La crescente complessità delle operazioni economiche – e, in particolare, delle transazioni immobiliari, che più di altre scontano la necessità di verifiche tecniche, finanziarie e amministrative non comprimibili in una sola fase – ha imposto all’interprete di abbandonare la rassicurante linearità del binomio preliminare/definitivo a favore di una prospettiva procedimentale del fenomeno contrattuale, nella quale la formazione del consenso si articola in segmenti funzionalmente distinti, ciascuno dotato di una propria utilità tipica e, dunque, di una propria causa concreta, sí che l’effetto finale viene razionalmente differito al compimento di un itinerario di selezione e messa a punto del regolamento d’interessi¹.

* Professore associato di Diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo.

¹ Cfr., sul punto, Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628 [in *Corr. giur.* (2015) 609ss., con note di V. Carbone, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, e di F. Festi, *Il contratto preliminare di preliminare*; in *Notariato* (2015) 426ss., con nota di R. Benigni, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*; in *Nuova giur. civ. comm.* (2015) 389ss., con commento di R. De Matteis, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*; in *Riv. dir. civ.* (2015) 1230ss., con commenti di G.E. Napoli, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, secondo cui nella fattispecie oggetto di controversia emerge «una scrittura privata denominata espressamente “proposta irrevocabile di acquisto”, contenente gli elementi essenziali dell’oggetto del contratto di compravendita e accettata dal potenziale venditore, [che] già dovrebbe essere soggetta alla qualificazione in termini di “contratto”, quindi in grado di realizzare i relativi effetti vincolanti. Il contratto può infatti considerarsi perfezionato anche quando contempla delle determinazioni minime, da cui emergano tuttavia la causa del negozio e il tipo di prestazioni che ne configurano l’oggetto», e di U. Stefani, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*; in *Dir. civ. cont.* (11/5/2015), con nota di A.M. Benedetti, *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*], secondo cui: «in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare

In tale prospettiva, il c.d. «preliminare di preliminare» – lungi dal rappresentare un’inutile duplicazione del momento obbligatorio, come pure ritenuto dall’orientamento di chiusura² – si configura quale accordo interlocutorio che presidia una fase non fungibile del procedimento, stabilizzando i profili essenziali che consentono alle parti di continuare a trattare su elementi ancora *in fieri*, da integrare in un successivo preliminare “forte” (o preliminare di definitivo), al quale resta riservata la rigidità rimediale dell’art. 2932 c.c. L’apertura alla formazione progressiva rispecchia l’evoluzione del “diritto vivente” dalla causa in astratto alla valutazione

successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex art.* 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell’esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l’accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino 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. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale». Del medesimo avviso, Cass., 21/5/2018, n. 12527, in *Corr. giur.* (2019) 340ss., con nota di M. Ambrosoli, *Preliminare di preliminare: profili problematici e incertezze interpretative*, e Cass., 28/11/2019, n. 31188, in *Studium iuris* (2020) 742ss. Sul punto, in dottrina, si veda altresì V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano 2001, 656, il quale osserva che «il giudizio sull’utilità dovrebbe essere lasciato alle parti, che se fanno un preliminare di preliminare si presume vi abbiano interesse: se l’interesse è meritevole di tutela, il contratto ha causa lecita»; R. De Matteis (a cura di), *La contrattazione preliminare*, Torino 2017; M. Farina, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli 2017, 228ss.; G. D’Amico, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.* (2016) 40ss.

² V., per tutte, Cass., 2/4/2009, n. 8038, in *Nuova giur. civ. comm.* (2009) 998ss., con nota di M.G. Salvadori, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*, che non manca di osservare che «se il giudice di rinvio nel rileggere la scrittura avesse fatto buon uso dei criteri legali di interpretazione negoziale avrebbe [...] rilevato la sussistenza di un contratto vincolante anziché di una semplice puntualizzazione»; in *Giur. it.* (2009) 2658ss., con nota di R. Ferorelli, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. “preliminare di preliminare”*; in *Contratti* (2009) 986ss., con nota di F. Toschi Vespasiani, *Il “preliminare di preliminare” e la “proposta di acquisto accettata”*; in *Riv. dir. civ.* (2010) 81ss., con commento di G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*.

In senso opposto: R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino 1993, 268s., secondo cui «se le parti decidono di scindere [...] un primo preliminare e un secondo preliminare, ciò significa che nel loro caso c’era un motivo per farlo; esse non violano alcuna legge imperativa, e l’interprete non deve insegnar loro a scoprire in questi accordi nullità immaginarie»; R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino 1975, 682; M. D’Ambrosio, *Contratto preliminare e contratto definitivo, contratto preparatorio e preliminare del preliminare*, in *Riv. not.* (1980) 1555ss.; A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 4 (1989) 284ss.; R. Speciale, *Contratti ed intese precontrattuali*, Milano 1990, 110s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, 182, nota 7; G. Bozzi, *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, Torino 2007, 155ss.; F. Bottoni, *Accordo “incompleto” e conclusione del contratto*, in *Giur. it.* (2010) 834ss.

dell'assetto d'interessi in concreto, cui la giurisprudenza di legittimità ha ancorato l'ammissibilità del segmento preparatorio distinto rispetto al preliminare "forte"³.

L'indirizzo nomofilattico del 2015, consapevole della crisi degli attuali schemi negoziali, ha ricondotto la validità del pre-preliminare a un doppio *test*: da un lato, la causa concreta del segmento intermedio – vale a dire l'utilità tipica di anticipare un vincolo endoprocedimentale su alcuni punti-cardine, rinviando ad altra fase la disciplina accessoria e le verifiche complesse; dall'altro, la meritevolezza *ex art. 1322*, comma 2, c.c.⁴, la quale non si soddisfa nella mera proclamazione della pluralità degli

³ Sul tema, classico e multiforme, della causa (e del tipo) contrattuale – oggetto di letture storiche, dogmatiche e comparatistiche – non è possibile qui dar conto di una bibliografia esaustiva; giova, tuttavia, richiamare, per linee maestre, il doppio tracciato interpretativo che contrappone la funzione economico-sociale alla giustificazione economico-individuale del negozio. In tale cornice si collocano, le ricostruzioni di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XV, 2, Torino 1960, spec. 183ss.; M. Giorgianni, *La causa del negozio giuridico*, Milano 1961; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, *passim*; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974. A prescindere dalle questioni sulle matrici corporative dell'adozione codicistica di una nozione astratta di causa e sulle successive stagioni dirigistiche dell'economia, va registrato che l'ipotizzato "favore" legislativo per una strumentalizzazione del contratto a fini economico-sociali non ha mai operato come filtro stringente all'ammissibilità di figure negoziali atipiche: un esempio emblematico di ciò è rappresentato dal contratto autonomo di garanzia, che ha rappresentato il terreno privilegiato per il passaggio da un controllo in astratto ad un sindacato in concreto della funzione del contratto. Infatti, le Sezioni unite hanno ricostruito la causa come sintesi oggettiva degli interessi reali perseguiti dal singolo negozio (la c.d. ragione concreta), superando tanto la matrice ideologica che ne faceva strumento di controllo dell'"utilità sociale", quanto la teoria della predeterminazione causale (incapace, tra l'altro, di spiegare l'illiceità possibile anche in un contratto normativamente tipico): cfr. Cass., Sez. un., 19/2/2010, n. 3947, in *Banca borsa tit. cred.* (2010) 425ss. Ne risulta una causa ancorata alla dimensione funzionale, ma individualizzata nel caso concreto e indipendente dallo stereotipo tipico: esito teorico che fornisce il presupposto metodologico per leggere, in oggi, istituti a formazione progressiva e sequenze negoziali secondo il contenuto effettivo e l'assetto d'interessi che le stesse sono destinate a realizzare. Sul dibattito relativo alla «causa in concreto», si vedano: V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.* (2013) 957ss.; C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, *ivi* (2014) 256ss.; D. Achille, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2017) 37ss.; C. Scognamiglio, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.* (2020) 588ss.

⁴ Per il riferimento del giudizio di meritevolezza alla legalità costituzionale, ossia ai valori racchiusi nell'ordinamento giuridico, si veda P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli 2006, spec. 326ss. Si aggiungano, nella letteratura più recente, M. Bianca, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.* (2011) 789ss., la quale valorizza una lettura in positivo della meritevolezza, intesa non più come sindacato sull'atto di autonomia, bensì come predicato della libertà negoziale, «che consente ai privati di ampliare i propri spazi di azione» (808), e altresì «di superare i limiti posti da norme ordinarie, se la posta in gioco è la realizzazione di valori [...] conformi all'assetto ordinamentale di una data società» (812s.); A.M. Garofalo, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, *ivi* (2012) 573ss.; M. Lamicela, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ric. giur.* (2016) 211ss.; A. Federico, *La*

atti, ma esige la differenziazione dei contenuti negoziali e la nitida identificazione dell'«area ristretta» coperta dal primo vincolo. Ne risulta un criterio operativo di qualificazione in concreto: quando il primo scritto chiude il regolamento essenziale ed è, per ciò stesso, azionabile *ex art. 2932 c.c.*, s'è già al cospetto di un preliminare compiuto; quando, invece, quel primo scritto seleziona l'essenziale e programma condizioni e/o verifiche strutturalmente rinviate, ci si muove nello spazio meritevole del pre-preliminare, che produce un vincolo obbligatorio diverso dal preliminare “forte” e, come tale, assiste la parte inadempita con tutele differenti (responsabilità contrattuale per violazione dell'obbligazione endoprocedimentale, non già esecuzione in forma specifica)⁵.

Tale architettura consente, in definitiva, il differimento dell'effetto finale come tecnica di governo del tempo del negozio, con ciò favorendo la mobilità degli scambi mercantili; tuttavia, la sequenza negoziale, pur scindendo il quando dell'effetto, rimane unitaria sul piano della teleologia causale. Da ciò discende che la proceduralizzazione non è un espediente meramente formale, bensì il riflesso organizzativo di un programma economico unitario, in cui la dilazione dell'effetto reale

causa del contratto tra «regole» e «principi», in *comparazioneDirittocivile.it* (7/2018) 1ss.; E. Minervini, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino 2019, 5ss.

⁵ In questo senso si vedano: Cass., 13/11/2023, n. 31431, in *Contratti* (2024) 124ss., con nota di G. Petti, “*Preliminare di preliminare*” e diritto del mediatore alla provvigione, e in *Nuova giur. civ. comm.* (2024) 298ss., con nota di L. Masini, *Sulla formazione progressiva dell'accordo: il preliminare di preliminare e il diritto del mediatore alla provvigione*, ove si osserva che il c.d. «preliminare di preliminare», «pur essendo vincolo valido ed efficace se rispondente ad un interesse meritevole di tutela delle parti, risulta idoneo unicamente a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo dell'affare, senza abilitare le parti medesime ad agire per la esecuzione specifica del negozio, nelle forme di cui all'art. 2932 c.c., ovvero per il risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del risultato utile del negozio programmato»; Cass., 16/3/2023, n. 7628, in *Pluris online*; Cass., 10/12/2021, n. 39377, in *Giur. it.* (2022) 1405ss., con nota di P. Gobio Casali, *Provvigione del mediatore e contratto preliminare di preliminare*, secondo la quale, in particolare, «occorre verificare se, in concreto, le parti abbiano inteso, con la proposta e la successiva accettazione, avviare un procedimento negoziale multifase, articolato in un c.d. preliminare di preliminare, costituito mediante l'accettazione della proposta, in un successivo contratto preliminare e poi in un rogito definitivo di compravendita, ovvero dar vita più semplicemente ad un 'tradizionale' procedimento bifase, articolato in un accordo ad effetti preliminari e in un successivo contratto definitivo. Spetterà al giudice del rinvio in applicazione dei principi di diritto sopra enunciati qualificare l'esatta natura del negozio giuridico intercorso [...] se c.d. 'preliminare di preliminare' o contratto preliminare a tutti gli effetti che consente l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*»; Cass., 19/11/2019, n. 30083, in *Corr. giur.* (2020) 126ss., secondo cui «il preliminare di preliminare, è contratto ad effetti esclusivamente obbligatori non assistito dall'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* in caso di inadempimento»: tale negozio, pur valido ed efficace, ove sia configurabile un interesse delle parti meritevole di tutela alla formazione progressiva del contratto fondata sulla differenziazione dei contenuti negoziali delle varie fasi in cui si articola il procedimento formativo, non legittima, tuttavia, la parte non inadempiente ad esercitare gli strumenti di tutela finalizzati a realizzare, in forma specifica o per equivalente, l'oggetto finale del progetto negoziale abortito, ma soltanto ad invocare «la responsabilità contrattuale della parte inadempiente per il risarcimento dell'autonomo danno derivante dalla violazione, contraria a buona fede, della specifica obbligazione endoprocedimentale contenuta nell'accordo interlocutorio».

(o dell'effetto finale, più in generale) si rende funzionale a consentire una negoziazione consapevole e informata, senza trascurare – come segnala la stessa giurisprudenza – che la duplicazione priva di scarto contenutistico conduce, al contrario, a riconoscere nel primo atto un preliminare in senso proprio, degradando il secondo a mera riproduzione (talora finalizzata alla trascrizione *ex art. 2645 bis c.c.* o all'integrazione della caparra)⁶.

In definitiva, il preliminare di preliminare acquista fisionomia autonoma quando il primo vincolo, ritagliato sull'«area ristretta» di contenuti essenziali, orienta in modo vincolante la prosecuzione del procedimento contrattuale, senza anticipare rimedi coattivi incompatibili con la stessa *ratio* della dilazione; la sua meritevolezza si misura, pertanto, sulla coerenza tra contenuto e funzione della fase e sulla trasparenza dell'interesse perseguito, secondo lo statuto aperto dell'art. 1322, comma 2, c.c., che le Sezioni Unite hanno riportato a criterio-guida della contrattazione per fasi⁷. L'angolo visuale costituzionale–funzionale del giudizio di meritevolezza è oggi stabilmente riferito all'operazione più che al singolo modulo, ciò che legittima, quando giustificata, la pluralità degli atti in sequenza⁸.

In questa prospettiva, il preliminare di preliminare si distingue tanto dalle intese precontrattuali (che non superano la soglia della responsabilità da trattative) quanto dall'opzione (art. 1331 c.c.), che affida a un potere unilaterale la formazione del contratto: qui, infatti, il vincolo è bilaterale ed è di programma, cioè orientato a governare per gradi la vicenda negoziale, “stabilizzando” un nucleo essenziale e rinviando – per ragioni oggettivamente apprezzabili – i profili non ancora maturi. Ne discende che per preliminare di preliminare deve intendersi il contratto con cui le parti, perseguendo un programma economico unitario, si vincolano a proseguire la formazione del consenso attraverso una sequenza di atti, stabilizzando nel primo segmento un'«area ristretta» di contenuti essenziali idonea a orientare in modo vincolante la fase successiva, mentre la rigidità rimediabile resta – per scelta funzionale – collocata nel segmento in cui il regolamento si presenta compiuto⁹.

⁶ Cfr., per tutti, Cass., 20/3/2019, n. 7868, in *Giur. it.* (2019) 1309ss., con nota di A. di Majo, *La causa concreta nel preliminare di preliminare*, e ivi (2020) 809ss., con nota di G. Salvi, *Riflessioni su un uso consapevole del pre-preliminare e sul conseguente danno da risoluzione*: è ammissibile che i contraenti di un contratto preliminare si obbligino alla successiva stipula di un successivo preliminare, allorché emerga una «differenziazione dei contenuti negoziali, tale da identificare una più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare».

⁷ Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit.

⁸ Peraltro, la distinzione tra contratti tipici e atipici ha ormai perso gran parte del suo peso e il controllo di meritevolezza ha assunto una valenza generalizzata. Sul punto, in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente conformata, P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, 389ss.

⁹ Sul punto, v. Cass., 2/10/2007, n. 20701, in *Dejure online*: «ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento (cd. “minuta” o “puntuazione”), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. Inoltre, anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente

2.- La prassi immobiliare e il “secondo preliminare”: baricentro del primo scritto e doppio scrutinio.

Muovendo dal doppio test delineato nel paragrafo precedente – causa concreta del segmento e meritevolezza dell’assetto per fasi, con identificazione dell’«area ristretta» coperta dal primo vincolo – la prassi immobiliare costituisce il terreno privilegiato in cui tali coordinate vengono tradotte in tecniche redazionali e in usi professionali: è qui, infatti, che la distinzione tra preliminare “forte” e vincolo interlocutorio (c.d. pre-preliminare) non è frutto di nomenclature, ma dell’effettivo contenuto della prima scrittura e del baricentro funzionale che questa rivela¹⁰.

Nel mercato immobiliare – ove il fabbisogno di certezza incontra, più che altrove, esigenze di rapidità operativa e di standardizzazione documentale – si è consolidato un percorso a tappe nel quale la volontà negoziale prende forma attraverso moduli predisposti dall’intermediario: la sequenza tipica muove da una proposta irrevocabile dell’aspirante acquirente (art. 1329 c.c.), consegnata al mediatore con deposito dell’assegno destinato a fungere, a certe condizioni, da caparra confirmatoria in favore dell’oblato, e prosegue con la mera controfirma di costui; il mediatore, nel mezzo, opera quale *nuncius*, sicché ai fini del perfezionamento del vincolo contrattuale è sufficiente che comunichi al proponente «di essere in possesso dell’accettazione scritta», senza necessità di trasmettere il documento, essendo la conoscenza dell’accettazione realizzabile anche *sine traditione* materiale¹¹. Resta decisiva, ai fini qualificatori, la distinzione tra minuta/puntuazione meramente interlocutoria¹² – che non integra «affare» – e accordo già vincolante: la prima non fonda il diritto alla provvigione, mentre il secondo non lo fonda sempre, se privo dell’idoneità a conseguire il risultato utile finale¹³.

preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell’attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto».

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit., e Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.

¹¹ Così già Cass., 9/12/2014, n. 25923, in *Contratti* (2015) 991ss., con nota di F. Toschi Vespasiani, *Il valore giuridico della proposta accettata e le forme di comunicazione dell’accettazione* (in senso conforme, Cass., 20/3/2019, n. 7868, cit.). Sulla prassi negoziale del settore immobiliare, v. L. Guerrini, *Accordo e affare nel contratto di mediazione*, Torino 2018, 87ss.; A. Luminoso, *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXXI, Milano 2006, 172ss.; F. Toschi Vespasiani, *La dissoluzione pattizia del binomio diritto alla provvigione-conclusione dell’affare*, in *Contratti* (2006) 287ss.

¹² Sulla figura precontrattuale della minuta, cfr. C.A. Nigro, “Minuta” e “puntuazione” nel contesto della formazione progressiva del contratto, in *Contratti* (2010) 841ss.; M. Bellante, *Minuta contrattuale*, in *Enc. giur.* Treccani 22 agg. (2009); M. Cuccovillo, *Interpretazione delle minute e rilevanza dei dati testuali*, in *Obbl. contr.* (2007) 613ss.; G. Petti, *Gli accordi preparatori tra puntuazione di clausole e perfezionamento del contratto*, in *Contratti* (2017) 297ss.

¹³ Per la distinzione minuta/puntuazione vs preliminare in chiave provvigionale, si vedano Cass., 18/1/2012, n. 667, in *Mass. Giust. civ.* (2012): «il diritto del mediatore alla provvigione sorge tutte le volte in cui, tra le parti avvalsesi della sua opera, si sia validamente costituito un vincolo giuridico che consenta a ciascuna di esse di agire per l’esecuzione del contratto, con la conseguenza che mentre un contratto preliminare di compravendita deve considerarsi atto conclusivo dell’affare, idoneo, per l’effetto, a far sorgere in capo al mediatore il diritto alla provvigione, non così avviene per la

In questo contesto, l'esperienza applicativa mostra che i formulari recano, non di rado, la previsione di un "secondo preliminare" (talora qualificato come "formale" o "notarile") da stipularsi entro un termine; e tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha precisato – a conclusione di un itinerario ormai stabilizzato – che la sottoscrizione dei moduli, quando rechi l'individuazione delle parti, la descrizione dell'immobile, l'indicazione del prezzo, le modalità di pagamento e di trasferimento, nonché regole su immissione nel possesso e garanzie, dà in genere vita a un contratto preliminare già perfetto, mentre il c.d. "secondo preliminare" assolve funzione meramente riproduttiva del contenuto già convenuto, strumentale alternativamente all'integrazione della caparra, alla trascrizione *ex art. 2645 bis c.c.* o ad esigenze di formalizzazione *inter praesentes*¹⁴. La prassi del "duplicato" o "secondo preliminare" risponde spesso a esigenze di opponibilità o di rafforzamento delle garanzie, senza attestare uno sdoppiamento causale: ove il primo scritto sia già chiuso, il secondo è mera formalizzazione strumentale.

Ne consegue che la sola duplicazione degli atti non vale, *ipso facto*, a configurare un preliminare di preliminare: occorre, invece, un esame in concreto del primo scritto, volto a stabilire dove si collochi il baricentro funzionale dell'assetto; la Corte di Cassazione ha tradotto questa esigenza nel c.d. "doppio scrutinio": prima verificare se

puntuazione»; Cass., 14/5/2013, n. 11539, *ivi* (2013), la cui massima nega che possa valere come «conclusione dell'affare» (che fa sorgere il diritto del mediatore al compenso) la mera «puntuazione»; Cass., 14/7/2004, n. 13067, in *Giust. civ.* (2004) 2576ss., per la quale «il diritto del mediatore alla provvigione sorge tutte le volte in cui, tra le parti avvalsesi della sua opera, si sia validamente costituito un vincolo giuridico che consenta a ciascuna di esse di agire per l'esecuzione del contratto, con la conseguenza che mentre un contratto preliminare di compravendita deve considerarsi atto conclusivo dell'affare, idoneo, per l'effetto, a far sorgere in capo al mediatore il diritto alla provvigione, non così avviene per la puntuazione»; Cass., 5/11/2021, n. 32066, in *Pluris online*. Di diverso avviso: Cass., 30 novembre 2015, n. 24397, *ivi*, secondo cui «la conclusione dell'affare, quale fonte del diritto del mediatore alla provvigione, è il compimento dell'atto che dà all'intermediario il diritto di agire per l'adempimento o il risarcimento, sicché anche una proposta di acquisto integrante "preliminare di preliminare" può far sorgere il diritto alla provvigione»; anche per Cass., 17/1/2017, n. 923, in *Nuova giur. civ. comm.* (2017) 946ss., con nota di M. Capecchi, *La provvigione del mediatore in caso di stipulazione del preliminare di preliminare. Una decisione che non convince*, «la stipulazione di un contratto preliminare di preliminare di compravendita immobiliare è atto idoneo per poter ritenere concluso l'affare e, pertanto, fa sorgere il diritto alla provvigione in capo al mediatore che abbia messo in contatto le parti». Tuttavia, a parere di U. Perfetti, *La mediazione*, Milano 1996, 33, con l'art. 1754 c.c. il legislatore ha «inteso raggiungere l'obiettivo di porre in secondo piano l'aspetto giuridico formale dell'operazione privilegiandone la sostanza, la soddisfazione cioè dell'interesse patrimoniale delle parti»: ne discende che il termine affare non può essere fatto semplicemente coincidere con la nozione di contratto preliminare (del medesimo avviso, Luminoso, *La mediazione* cit. 95; L. Carraro, *La mediazione*, Padova 1960, 269; A. Marini, *La mediazione*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano 1992, 97; R. Calvo, *Contratto preliminare*, *ivi*, Milano 2016, 5, secondo cui è il contratto definitivo «la fonte degli effetti progettati nell'intesa meramente programmatica».

¹⁴ G. Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.* (1994) 34. Nel medesimo senso, v. pure V. Carbone, *Preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, in *Dir. giur.* (1996) 470.

il primo accordo integri già un preliminare valido e suscettibile di tutela *ex artt.* 1351 e 2932 c.c.; solo poi – ove tale idoneità manchi – apprezzare la meritevolezza di una formazione progressiva fondata sulla differenziazione dei contenuti e sull'identificabilità dell'«area ristretta» coperta dal vincolo iniziale¹⁵.

Sul piano descrittivo – e limitandoci qui al profilo qualificatorio, senza anticipare i temi rimediali riservati oltre – la prassi immobiliare mostra due figure ricorrenti: *a*) il primo scritto è già preliminare “forte”, perché chiude il regolamento essenziale (parti, oggetto, prezzo e criteri, tempi, consegna, garanzie), sicché il successivo “preliminare formale” è una riproduzione motivata da esigenze di trascrizione o di cerimonia negoziale (tipica la sequenza modulo/atto notarile); *b*) il primo scritto è un vincolo interlocutorio che stabilizza un nucleo essenziale e programma verifiche o integrazioni necessarie (ad es., *due diligence* urbanistica o ipocatastale; definizione di oneri accessori; scansione di pagamenti; predisposizione di condizioni sospensive), lasciando intenzionalmente alla fase successiva la compattazione dell'assetto.

In particolare, l'intermediazione professionale¹⁶ – proprio perché struttura la circolazione degli atti attraverso il *nuncius* – rende ragione del fatto che, in molte operazioni, l'assetto essenziale si “chiuda” già nel primo scambio (proposta più controfirma), mentre il segmento successivo risponde a finalità strumentali (trascrizione; incremento delle garanzie, specie mediante caparre complementari; formalizzazione in sede notarile): questa lettura, che la Corte ha più volte richiamato,

¹⁵ Cfr. Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.: «in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex artt.* 1351 e 2932 cod. civ., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento». Come osserva R. De Matteis, *La sequenza preliminare-definitivo e la modularità del vincolo*, in Id. (a cura di), *La contrattazione* cit. 22s., l'«accordo preliminare passibile del solo risarcimento del danno (c.d. preliminare debole)» differisce dal preliminare c.d. forte «per un diverso atteggiarsi dell'obbligo a contrarre», che «lascia aperta alle parti stipulanti la possibilità di continuare a “trattare”»: il preliminare debole è uno strumento con cui le parti «acquist[a]no la possibilità di una successiva valutazione dell'operazione negoziale, in esso già definita nei suoi elementi essenziali, anche se normalmente ancora da specificare ulteriormente e definire». Ciò si riverbera inevitabilmente sul *quantum* risarcibile, giacché quando l'accordo «non vincola le parti a contrarre o prefigura un'operazione dai contorni ancora provvisori, il risarcimento del danno dovuto alla parte fedele non può che compensare la delusione del suo affidamento nell'attuazione dello scambio, risultando commisurato all'interesse negativo»: il risarcimento può essere modellato sull'operazione economica programmata dalle parti (interesse positivo) solo se le stesse si sono definitivamente impegnate a realizzarla; in assenza di tale presupposto, la parte fedele non può pretendere che un risarcimento commisurato alla lesione del suo affidamento nella realizzazione dell'affare (interesse negativo) [M. Dellacasa, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare*, in De Matteis (a cura di), *La contrattazione* cit. 245].

¹⁶ Per una ricognizione civilistica sullo scopo e sulla funzione della mediazione e dell'«affare» in chiave di risultato, v. N. Visalli, *La mediazione*, Padova 1992; M. Stolfi, *Mediazione*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1962; L. Carraro, *Mediazione e mediatore*, in *Noviss. dig. it.* 10 (1964) 476, ma spec. 481ss. per l'analisi del diritto alla provvigione; A. Catricalà, *La mediazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 12, Torino 1985, 401ss.; A. Cataudella, *Mediazione*, in *Enc. giur.* Treccani 19 (1990).

consente di non confondere la sequenza documentale con un effettivo sdoppiamento della fase obbligatoria e impone di valorizzare le ragioni oggettive di eventuali rinvii e verifiche (onde collocare correttamente il baricentro del vincolo nella fattispecie concreta).

L'esito metodologico è chiaro: nella contrattazione immobiliare il giudizio qualificatorio non può arrestarsi alla nomenclatura dei moduli (proposta, preliminare, secondo preliminare), ma deve cogliere il grado di completamento del regolamento al momento del primo incontro di volontà; quando il contenuto di base sia definito e non residuino integrazioni strutturalmente necessarie alla decisione definitiva, il primo scritto è preliminare a tutti gli effetti; quando, invece, le parti intendono – e dichiarano – di vincolarsi ora per stabilizzare l'essenziale e differire la compiuta disciplina (per ragioni oggettivamente apprezzabili nel tipo di operazione), si sarà in presenza di un accordo interlocutorio meritevole, la cui diversità rispetto al segmento successivo non è di *nomen*, ma di funzione¹⁷.

In questo senso, la procedimentalizzazione non è un artificio nominalistico: la stabilizzazione dell'essenziale “ora” e il rinvio del resto “poi” non sono indici di debolezza dell'autonomia, bensì criteri di meritevole organizzazione del processo di formazione del consenso, a condizione che la prima scrittura non sia il duplicato di ciò che già potrebbe dirsi “chiuso”. Tuttavia, il giudizio qualificatorio sui moduli della prassi – e, in particolare, sulla loro idoneità a chiudere già un preliminare “forte” ovvero a fungere da vincolo interlocutorio – esige l'applicazione rigorosa dei canoni ermeneutici degli artt. 1362-1371 c.c., con tre corollari: *a*) la non vincolatività del *nomen iuris* adottato dalle parti (o dai formulari), che rileva come semplice indizio e non come qualificazione decisiva (artt. 1362, comma 1, e 1363 c.c.); *b*) il peso del comportamento successivo alla stipula, capace di illuminare la volontà attuale di considerare “chiuso” l'assetto (art. 1362, comma 2, c.c.); *c*) l'uso prudente delle clausole di stile (“preliminare formale”, “atto notarile di conferma”, “secondo preliminare”), da trattare come segnali linguistici e non già come criteri dirimenti (artt. 1366 e 1367 c.c.). In questa chiave, la giurisprudenza valorizza la distinzione tra punteggiamenti parziali e punteggiamenti complete: per queste ultime opera una presunzione semplice di contrattualità¹⁸, superabile solo dimostrando l'assenza di una volontà attuale di concludere, accertamento rimesso al giudice di merito secondo i canoni dell'art. 1362 ss. c.c.¹⁹.

¹⁷ Cfr. Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.

¹⁸ Su tale “presunzione”, cfr. G.B. Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini 1993, 220ss., e F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XXI, 2, Torino 1987, 704ss.

¹⁹ Al riguardo, v. Cass., 2/10/2007, n. 20701, cit., e Cass., 4/2/2009, n. 2720, in *Giur. it.* (2010) 830ss.: «in tema di minuta o di punteggiamento del contratto, qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto – l'accertamento del quale è riservato all'apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione – non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando

Tale approccio si salda, da un lato, con il ruolo del mediatore-*nuncius* (la comunicazione “di essere in possesso dell’acceptazione scritta” è idonea al perfezionamento dell’accordo, senza necessaria trasmissione materiale del documento)²⁰, così che spesso il primo scambio già rivela il baricentro dell’assetto²¹; dall’altro, con il doppio scrutinio: se il primo scritto integra un preliminare suscettibile, in ipotesi, di esecuzione *ex art. 2932 c.c.*; poi – se del caso – la meritevolezza della scansione per fasi, con identificazione dell’«area ristretta» coperta dal vincolo iniziale²². Ne discende, anche sul piano lessicale, che intitolazioni dell’atto, rubriche di clausola e formule di stile non sono neutrali, ma non assumono valenza qualificatoria e non prevalgono sul contenuto effettivo e sulla funzione oggettivamente desumibile dalla fattispecie concreta; la nomenclatura non decide: vale il grado di compiutezza del primo scambio e la diversità funzionale rispetto all’atto successivo.

3.- Criteri ermeneutici e riparto probatorio: il metodo di decisione in concreto.

Se i paragrafi precedenti hanno fissato le categorie (causa concreta e meritevolezza; baricentro funzionale del primo scritto nella prassi immobiliare), il passo ulteriore consiste nel chiarire come quelle categorie divengano metodo di decisione nelle aule di merito: non la riproposizione, dunque, di definizioni generali, ma l’individuazione degli attrezzi concettuali con cui il giudice saggia la fattispecie, distribuisce l’onere della prova, maneggia i formulari degli operatori e, soprattutto, controlla l’idoneità del primo segmento a “chiudere” l’assetto essenziale ovvero a rimanere interlocutorio.

Il punto di avvio è la natura interpretativa del giudizio qualificatorio: l’oggetto dell’accertamento non è il *nomen* prescelto (proposta, preliminare, “secondo preliminare”), ma il contenuto effettivo della scrittura, da cogliere secondo i canoni degli artt. 1362–1371 c.c., con particolare riguardo: *a*) all’intenzione comune desumibile dal testo e dal comportamento successivo (art. 1362, comma 2); *b*) alla coerenza sistematica delle clausole (art. 1363 c.c.); *c*) all’interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.), che nel nostro ambito impedisce di “forzare” clausole di

sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d’interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del *nomen iuris* e della lettera dell’atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre» (la Corte, nel formulare il principio suindicato, ha confermato la sentenza impugnata che, nonostante l’apposizione all’atto del titolo «lettera d’intenti», aveva reputato concluso un contratto definitivo, alla luce dell’assetto di interessi complessivo emergente dal tenore della scrittura, ed, in particolare, della presenza di una clausola compromissoria, dell’inizio dell’esecuzione e dell’assenza di una clausola che escludesse espressamente il carattere vincolante della scrittura).

²⁰ Nel senso della contrattualità della fattispecie, si vedano: Gabrielli, *Prassi cit.* 24ss.; F. Tassinari, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Riv. not.* (1994) 50ss.; M. Tiby, *Brevi note in tema di vincoli preparatori a trasferimenti immobiliari*, in *Giur. it.* (1995) 533ss.; Carbone, *Preliminare cit.* 468ss.

²¹ Cfr. Cass., 9/12/2014, n. 25923, cit.

²² Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, sottolinea, infatti, che «occorre guardarsi da un uso “poco sorvegliato” dell’espressione preliminare di preliminare, perché l’argomento nominalistico non è neutro». Del medesimo avviso, Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.

stile (“preliminare formale”, “atto di conferma”) elevandole a decisori in luogo del baricentro sostanziale; *d*) al principio di conservazione (art. 1367 c.c.), che, lungi dal “fabbricare” un vincolo, privilegia l’assetto che rende razionale la sequenza negoziale. Ne discende una regola pratica: la nomenclatura è un indizio, mai la soluzione; soluzione è, piuttosto, verificare se gli elementi di parti-oggetto-corrispettivo-tempi-garanzie, nella loro concreta interrelazione, risultino chiusi (preliminare) oppure selezionati e destinati a ulteriore maturazione (segmento interlocutorio).

Questo profilo ermeneutico si salda con quello probatorio: l’art. 2697 c.c. impone a chi invoca la qualificazione del primo atto come preliminare “forte” di dimostrare la chiusura del regolamento (anche attraverso i fatti-conferma del comportamento attuativo: versamento di caparre “a saldo”, richieste di trascrizione del preliminare, calendarizzazione della stipula notarile non come “nuovo” accordo ma come mera formalizzazione). Simmetricamente, chi sostiene la tesi del preliminare interlocutorio deve allegare e provare la diversità contenutistica e le ragioni oggettive del differimento (*due diligence* urbanistica o ipocatastale, necessità di autorizzazioni o delibere di mutuo, integrazione di pattuizioni accessorie non meramente ornamentali). Ne discende un criterio di riparto assai concreto: più il primo testo contiene clausole autoportanti (oggetto determinato o determinabile, prezzo composto o criteri univoci, tempi e garanzie), minore è lo spazio residuo per la tesi interlocutoria; viceversa, la presenza di rinvii motivati e necessari (non di comodo) tende a fondare l’area ristretta coperta dal primo vincolo.

Un terzo snodo concerne la forma e l’opponibilità, il cui rilievo è spesso frainteso nel dibattito: l’art. 1351 c.c. esige la specularità formale tra preliminare e definitivo quando quest’ultimo sia a forma *ad substantiam*; ciò non implica che il primo segmento non possa esistere in fatto con funzione interlocutoria, ma semplicemente che, per ascendere a preliminare forte, la scrittura debba anche soddisfare il requisito formale. Quanto alla trascrizione (art. 2645 *bis* c.c.), la prassi del c.d. “secondo preliminare notarile” è spesso il riflesso tecnico dell’esigenza di opponibilità e non la prova di un autonomo sdoppiamento della fase obbligatoria: la sua esistenza va quindi letta, non assolta o condannata, alla luce del baricentro del primo documento.

Infine, il formante giurisprudenziale suggerisce alcune “massime d’esperienza” che, pur non assorbendo la casistica, orientano l’analisi: *a*) coerenza della sequenza, nel senso che, laddove i comportamenti successivi alla proposta-accettazione siano esecutivi (ad esempio, consegna di documentazione tecnica “in vista della stipula” e fissazione di date “per l’atto”), cresce l’argomento a favore di un preliminare già perfezionato; *b*) presenza di rinvii necessari a verifiche oggettive (non nella disponibilità immediata delle parti) quale indice di interlocutorietà; *c*) misura e funzione di alcune clausole già nel primo atto possono essere sintomatiche del grado d’impegno assunto (ad esempio, caparre e/o clausole penali); *d*) espressioni come “preliminare formale” o “secondo preliminare” non valgono di per sé, ma assumono rilievo soltanto se corrispondono a una diversità di contenuto tra i segmenti, altrimenti denotano riproduzione e non sdoppiamento.

Restano da individuare le conseguenze rimediali in caso d'inadempimento del preliminare di preliminare, completando così la traiettoria dal "metodo" alla "struttura" e dalla "struttura" ai "rimedi".

4.- Struttura del vincolo interlocutorio, «area ristretta» e rimedi: dalla responsabilità endoprocedimentale all'«affare».

Assunto che il giudizio qualificatorio debba muovere dalla verifica della chiusura del primo scritto e solo in difetto aprire lo spazio dell'accordo interlocutorio, occorre ora misurare da vicino la fisionomia del preliminare di preliminare, la cui specificità non risiede in un "esoterico" artificio lessicale, bensì nella coerenza tra contenuti, funzione e collocazione nella sequenza procedimentale: la figura, in quanto contratto e non mera puntuazione, richiede che un nucleo essenziale del regolamento – parti, perimetro identificativo del bene e corrispettivo-base ovvero criteri univoci per determinarlo – sia effettivamente stabilizzato "ora", mentre la disciplina accessoria e le verifiche oggettive rimangano, intenzionalmente e ragionevolmente, rinviata alla fase successiva, nella quale si compie la compattazione del programma e si collocano i rimedi tipici del preliminare "forte". In altri termini, la causa concreta del segmento intermedio è la dilazione razionale dell'impegno: si vincola "oggi" l'essenziale, proprio allo scopo di orientare – senza anticiparne la rigidità coattiva – la decisione futura dell'altro contraente, in perfetta consonanza con l'esigenza di conciliare rapidità degli scambi e salvaguardia delle posizioni delle parti, affidando al differimento dell'effetto finale una funzione non meramente cronologica, ma strutturale. La regressione dei rimedi è coesistente alla fase: in mancanza dell'idoneità alla 2932 c.c. non si tutela l'utile finale dell'operazione, ma l'affidamento endoprocedimentale tramite responsabilità contrattuale.

Il cuore tecnico della costruzione è, come s'è detto, l'«area ristretta» del regolamento, espressione con la quale le Sezioni Unite hanno voluto segnare non una soglia numerica di clausole, ma un metodo di delimitazione qualitativa del vincolo: "ristretta" non perché esigua, bensì perché selettiva dei tratti che identificano l'operazione (chi compra e che cosa; quale base economica; quale *timing* di massima), lasciando invece aperti i profili che per natura dipendono da accertamenti o integrazioni non immediatamente esigibili nella fase d'avvio (si pensi alle *due diligence* urbanistiche e ipocatastali, alla ricognizione di vincoli e oneri, alla predisposizione di allegati tecnici e alla calibratura di garanzie e consegne²³). La "ristrettezza" così intesa svolge anche una funzione probatoria: essa si dimostra non soltanto *aliunde* per mezzo

²³ Così, ad esempio, Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit., sancisce l'opportunità per le parti di avere certezze sulla praticabilità dell'operazione (prima di vincolarsi definitivamente), ponendo in essere una serie di accertamenti «sui seguenti punti: a) assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (se è imprenditore o comunque persona solvibile; escludere vicinanze "mafiose", ecc.). Si tratta di elementi che non potrebbero, ove conosciuti come negativi, essere adottati a motivo di risoluzione di un contratto già concluso o forse neppure essere portati a conoscenza della controparte stessa, ragione per cui è necessario non dare carattere di assolutezza al vincolo; b) verificare con precisione lo stato della cosa; c) verificare la situazione urbanistica e svolgere le altre visure e ricerche necessarie».

di richiami a clausole testuali limpide, ma altresí attraverso il comportamento successivo delle parti, quando questo attesti l'attenzione per le verifiche e il rinvio concordato di aspetti non stabilizzati, secondo i canoni degli artt. 1362, comma 2, e 2697 c.c.²⁴. La coazione in forma specifica resta correlata al preliminare "forte"; la violazione del solo vincolo di prosecuzione della trattativa genera, invece, danno da mancata prosecuzione, non "utile" del negozio programmato.

Il profilo rimediale rappresenta, piú di ogni altro, il punto di emersione pratica della distinzione tra preliminare "forte" e preliminare interlocutorio: se nel primo caso la rigidità dell'assetto consente, in ipotesi, l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, nel secondo l'ordinamento reagisce all'inadempimento dell'obbligazione endoprocedimentale con la responsabilità contrattuale per equivalente, parametrata all'interesse negativo e, cioè, ai costi di transazione inutilmente sostenuti e alle perdite causalmente connesse alla vanificazione della sequenza di formazione progressiva del contratto; è questa, in sintesi, la prospettiva inaugurata dalle Sezioni Unite nel 2015 e ribadita nei successivi arresti²⁵. Sotto il profilo dell'affare *ex art. 1754 s. c.c.*, l'orientamento piú recente esclude la provvigione quando l'intesa integra soltanto un pre-preliminare: la conclusione dell'«affare» è riferita al risultato realizzativo dell'operazione, non a un vincolo meramente interlocutorio.

Che la tutela non sia quella di cui all'art. 2932 c.c. discende, d'altronde, dalla stessa causa del segmento intermedio: vincolando oggi un'«area ristretta» e rinviando poi la compattazione dell'assetto, le parti escludono per definizione la coazione al risultato ultimo che appartiene al preliminare "forte"; di qui la necessità di misurare il danno sul terreno procedimentale, evitando di sovrapporre – come talora accade nelle domande attoree – il bene della vita finale con l'interesse protetto in questa fase. Ne deriva che la violazione del pre-preliminare dà luogo al risarcimento degli esborsi direttamente collegati alle attività preparatorie conformi alla funzione del segmento (reperimento e produzione documentale, *due diligence* tecnica, costi professionali mirati), nonché al ristoro di eventuali perdite di *chance* quando, e nella misura in cui, queste raggiungano uno *standard* probatorio di serietà e concreta probabilità di verifica; restano invece fuori campo le pretese che, in sostanza, mirino a surrogare l'utile finale dell'operazione²⁶.

L'impianto cosí delineato implica, sul piano tecnico, una serrata disciplina del nesso causale e dell'onere della prova: l'art. 2697 c.c. pone in capo al creditore l'allegazione e la dimostrazione dell'esistenza del pre-preliminare e della funzione che lo stesso svolgeva nella vicenda concreta (come ricostruita ai sensi degli artt. 1362-1371 c.c.), della violazione dell'obbligazione endoprocedimentale (ad es., rifiuto ingiustificato di proseguire la sequenza o omissione di attività dovute per la preparazione del preliminare "forte") e della riconducibilità causale delle singole voci di pregiudizio alla frustrazione del procedimento; sul versante della liquidazione, operano i temperamenti degli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., che impediscono, rispettivamente, tanto derivate di

²⁴ Cfr. Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.

²⁵ Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit.; in senso conforme Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.

²⁶ Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit., in continuità con Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit.

tipo “affittivo” quanto traslazioni improprie dell’utile finale nel recinto del danno procedimentale.

Dal diverso spessore dell’impegno assunto nella fase interlocutoria discende, poi, l’assetto delle garanzie economiche che frequentemente accompagnano la modulistica di settore: caparre e penali possono trovare spazio anche nel pre-preliminare, ma la loro misura e la loro funzione devono essere calibrate sull’intensità del vincolo e sul suo orizzonte procedimentale, non già sull’“utile finale” della vendita poi non conclusa. Così, la caparra eventualmente prevista nel primo segmento ha, tipicamente, funzione di serietà e responsabilizzazione del percorso e, se collegata a specifici passaggi-chiave del procedimento (consegna di documenti, esiti delle verifiche, stipula del preliminare “forte”), di articolazione e calendarizzazione degli adempimenti, senza che ciò trasformi *ipso facto* il vincolo in un preliminare chiuso; analogamente, una clausola penale può presidiare l’inadempimento di obblighi endoprocedimentali determinati (es. mancata cooperazione nella *due diligence*), purché non valga a coartare surrettiziamente il risultato tipico del preliminare, pena la contraddizione con la causa della fase e con l’impianto disegnato dalle Sezioni Unite²⁷.

Sul binario parallelo della mediazione immobiliare il diritto vivente ha tratto la più netta delle conseguenze: solo quando, per effetto dell’intervento del mediatore, tra le parti si sia formato un vincolo idoneo a legittimare, in ipotesi, il ricorso all’art. 2932 c.c., è dato parlare di «affare» ai sensi dell’art. 1755 c.c. e, dunque, di provvigione; il pre-preliminare – pur valido e meritevole nei limiti dianzi ricordati – non integra l’«affare» e non fa maturare il diritto al compenso, con ciò rimanendo coerente alla natura interlocutoria del vincolo e al suo statuto rimediabile²⁸.

L’approdo, lungi dall’essere meramente negativo, è stato completato dalla giurisprudenza e dalla prassi contrattuale attraverso la legittimazione di patti atipici di compenso che anticipano o scorporano la remunerazione dell’opera di ricerca o della

²⁷ Si veda Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit.

²⁸ In tal senso, cfr. Cass., 13/11/2023, n. 31431, cit.; Cass., 24/7/2023, n. 22012, in *Dejure online*; Cass., 16/3/2023, n. 7628, cit.; Cass., 5/10/2022, n. 8879, in *Pluris online*; Cass., 10/12/2021, n. 39377, cit.; Cass., 10/4/2020, n. 7781, in *Contratti* (2021) 36ss., con nota di F. Toschi Vespasiani e D. Materassi, *La questione senza pace del preliminare di preliminare e del diritto alla provvigione del mediatore*, secondo cui deve essere escluso il diritto alla provvigione qualora tra le parti non sia stato concluso un «affare» in senso economico-giuridico, ma si sia soltanto costituito un vincolo idoneo a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo, come nel caso in cui sia stato stipulato un patto di opzione, idoneo a vincolare una parte soltanto ovvero un c.d. «preliminare di preliminare», costituente un contratto ad effetti esclusivamente obbligatori non assistito dall’esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. in caso di inadempimento; Cass., 19/11/2019, n. 30083, cit.; Cass., 21/11/2011, n. 24445, in *Rep. Foro it.* (2011) *Mediazione e mediatore* 26, per la quale «la stipula di un patto di opzione, nel quale vi sono due parti che convengono che una di esse resti vincolata dalla propria dichiarazione mentre l’altra resta libera di accettarla o meno, non fa sorgere un vincolo giuridico che abiliti ciascuna delle parti ad agire per la esecuzione specifica del negozio o per il risarcimento del danno, con la conseguenza che non matura il diritto del mediatore alla provvigione»; Cass., 21/7/2004, n. 13590, in *Riv. dir. civ.* (2005) 635ss., con nota di M. Ventricini, *Il contratto d’opzione quale conclusione dell’affare tra parti poste in relazione attraverso una mediazione*. *Contra*: Cass., 30/11/2015, n. 24397, cit., e Cass., 17/1/2017, n. 923, cit.

fase preparatoria: simili pattuizioni (“corrispettivo per l’attività preliminare”, “rimborso spese qualificato”, e così via) – *naming* a parte – sono ammissibili in linea di principio quando siano trasparenti quanto a causa e quantificazione, e non suppliscano surrettiziamente al mancato requisito dell’«affare» (restando, in più, soggette alle cautele proprie della disciplina consumeristica)²⁹. La dottrina, in questa direzione, ha valorizzato il nesso tra causa concreta e meritevolezza del patto atipico, così da evitare che la fase interlocutoria divenga l’occasione per spostare sul cliente il rischio di un’operazione che, fisiologicamente, non è ancora “chiusa”³⁰.

Alla stessa logica funzionale risponde, specularmente, la non trascrivibilità del pre-preliminare quale tale: la tutela reale e l’opponibilità *ex art. 2645 bis* c.c. si collocano, coerentemente, nel segmento in cui il regolamento si compone definitivamente: di qui il ricorso, nelle operazioni complesse, a un “secondo preliminare” notarile destinato alla trascrizione, che non è di per sé segno di sdoppiamento dell’obbligazione, ma tecnica di protezione di un assetto già chiuso³¹.

In conclusione, la misura del rimedio conferma la natura della fase: il preliminare di preliminare è figura utile e meritevole in quanto consente di organizzare il tempo del contratto e di stabilizzare un nucleo essenziale “ora” per proseguire “poi” verso la compiutezza; ciò che il diritto riconosce non è l’utile finale dell’operazione (che attiene al segmento successivo), ma l’interesse alla prosecuzione leale e cooperativa del procedimento, sicché il danno risarcibile è quello endoprocedimentale e l’«affare» – con la relativa provvigione – sorge solo quando la chiusura del regolamento consente di parlare, propriamente, di preliminare. Questo raccordo – tra struttura, funzione e rimedio – chiude il cerchio e consente di riformulare in chiave “operativa” l’istituto, evitando di duplicare le fasi e arricchendo l’autonomia privata.

5.- Conclusioni: normatività pratica della sequenza e centralità del tempo nella causa.

Alla luce dell’itinerario ricostruttivo seguito, la figura del preliminare di preliminare si lascia ormai definire, in termini operativi, come contratto a causa di dilazione razionale dell’impegno, idoneo a stabilizzare sin d’ora un’«area ristretta» del regolamento negoziale e a programmare la fase successiva in cui si compie la

²⁹ Si vedano, al riguardo, le osservazioni di Stolfi, *Mediazione* cit. 22: «Non si vuole con ciò escludere [...] che, in base all’autonomia delle parti, possa promettersi all’intermediario una ricompensa per l’attività che questi svolga, a prescindere dalla conclusione dell’affare; si deve escludere però che anche in questa ipotesi si parli di mediazione, perché l’autonomia privata non può alterare un contratto nella sua causa tipica». Più generale, G. Gitti e F. Delfini, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in F. Macario (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un’indagine per settori e tipi contrattuali*, Foggia 2009, 33ss., rilevano che «per ogni tipo vi è una sorta di ‘zoccolo duro’, costituito da norme che prese singolarmente sono convenzionalmente derogabili, ma che non lo sono in modo sistematico ed unilaterale».

³⁰ Infatti, la meritevolezza colora dall’interno la regola pattizia, attribuendo a questa una valutazione favorevole se, in positivo, realizza una funzione conforme ai principi identificativi dell’ordinamento [v. P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.* (2017) 204ss.].

³¹ Cfr. Cass., 20/3/2019, n. 7868, cit., e Cass., 28/11/2019, n. 31188, cit.

compattazione dell'assetto; la sua meritevolezza non discende da un *nomen* suggestivo, bensì dalla coerenza funzionale fra contenuti effettivi, posizione nella sequenza e strumenti rimediali coerenti con la fase³², cioè calibrati sulla funzione del segmento e sulla collocazione dell'assetto nella catena negoziale, secondo un criterio di adeguatezza teleologica e non di mera etichetta³³: in tale prospettiva, il differimento dell'effetto traslativo finale non è semplice posticipazione cronologica, ma elemento strutturale della causa concreta nella logica dell'acquisto "progressivo" che connota la moderna contrattazione immobiliare³⁴.

Questa fisionomia, lungi dal rappresentare un'eccezione "capricciosa" al binomio preliminare/definitivo, si lascia agevolmente ricondurre, nella tassonomia delle vicende preparatorie, a schemi noti: ora come *pactum de contrahendo* con riserva di trattativa su profili non essenziali da sciogliere in sede di un successivo «compromesso» (talora accompagnato dall'anticipazione di prestazioni tipiche del definitivo, quali la consegna del bene o di documenti)³⁵, ora come «programma di contratto» che vincola a proseguire le trattative secondo buona fede senza imporre, *ipso iure*, la conclusione del futuro contratto³⁶. In ogni caso, ci si colloca, sul piano funzionale, nella stessa famiglia delle sequenze in cui il momento obbligatorio precede e prepara quello reale, restituendo attualità al tradizionale dualismo *titulus/modus*³⁷. Coerentemente, resta

³² Sul dibattuto rapporto tra liceità e meritevolezza, si veda, per tutti, G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.* (2014) 54ss., secondo il quale, «delle due l'una: o il controllo di liceità racchiude in sé anche quello di conformità dell'atto all'assetto valoriale dell'ordinamento, e allora il controllo di meritevolezza spesso si risolverà in quello di liceità; oppure nel controllo di liceità non si fa rientrare quello di conformità dell'atto alla legalità costituzionale, e allora il controllo di meritevolezza assume una sua autonomia e più significativa rilevanza» (59, nota 8).

³³ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. un., 6/3/2015, n. 4628, cit. In dottrina: C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova 1999; A. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino 1992; E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.* (2003) 93ss.; Id., *«Operazione economica» e teoria del contratto. Studi*, Milano 2013.

³⁴ Sull'accesso graduale alla proprietà immobiliare mediante un meccanismo negoziale che consenta, sulla base delle esigenze dei contraenti, di modulare la realizzazione degli effetti traslativi alla progressiva esecuzione della prestazione, si vedano R. Lenzi, *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.* (2015) 1367ss., e F. Macario, *La vendita immobiliare nel sistema*, in *Tratt. contr. Roppo*, I, *Vendita e vendite*, Milano 2014, 555ss.

³⁵ D'Amico, *Sul c.d. preliminare* cit. 61s., sottolinea che «dal "pre-preliminare" sorge un (vero e proprio) obbligo a contrarre (e non un semplice "obbligo a contrattare")», sebbene non si tratti di un contratto preliminare in senso stretto «per la semplice ragione che obbligarsi a stipulare un preliminare è cosa diversa da obbligarsi a stipulare il contratto definitivo».

³⁶ V., per tutti, F. Galgano, *Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova 2004, 321.

³⁷ Tale distinzione trova il suo abbrivo nell'esperienza giuridica romana, ove il contratto di compravendita era solo *titulus acquirendi*, cui doveva fare séguito la consegna, quale *modus acquirendi*: cfr. V. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, 2 voll., Napoli 1952-1954, *passim*; B. Biondi, *Vendita (dir. romano)*, in *Nuovo dig. it.* 12 (1939) 881ss.; E. Albertario, *Momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, in *Riv. dir. comm.* (1929) 233ss.; R. De Ruggiero, *Contratti speciali*, Messina 1934, 3ss.; G.G. Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*,

esclusa l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di concludere il (secondo) preliminare, che l'art. 2932, comma 1, c.c. riserva all'ipotesi in cui sia già chiuso l'assetto obbligatorio, mentre gli effetti di opponibilità reale e di stabilizzazione del risultato sono, per coerenza sistematica, concentrati nel segmento "chiuso".

A valle, il metodo di qualificazione – divenuto diritto vivente – impone di verificare anzitutto se la prima scrittura chiuda il regolamento essenziale, così da essere preliminare in senso proprio; e solo in difetto apre lo spazio del vincolo interlocutorio, esigendo la prova di una diversità qualitativa dei segmenti e dell'identificabilità dell'«area ristretta». L'operazione ermeneutica, affidata al giudice del merito, non si arresta al contenuto letterale, ma investe l'esistenza stessa del "volere" di concludere un autonomo contratto preparatorio, distinguendolo dalla mera puntuazione: nel primo caso sussiste un vincolo contrattuale (a contrarre o a trattare) giuridicamente apprezzabile; nel secondo rilevano, con maggiore incertezza applicativa, la durata e lo stadio affidante delle trattative, la vincolatività delle clausole annotate e l'eventuale rottura ingiustificata, profili che ricadono nel perimetro della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. La prassi immobiliare conferma che, ove il primo atto sia già compiuto negli elementi di parti-oggetto-corrispettivo-tempi-garanzie, il c.d. "secondo preliminare" degrada a riproduzione (spesso notarile per esigenze di trascrizione), mentre, laddove il primo atto selezioni l'essenziale e rinvii – per ragioni oggettive – verifiche ed integrazioni necessarie, il secondo segna il passaggio al preliminare "forte" e, con esso, all'eventuale tutela *ex art.* 2932 c.c. Il lessico nomofilattico distingue – in via esemplificativa – tra: *a)* mere puntuazioni senza vincolo; *b)* puntuazioni vincolanti su profili già fissati, con rinvio di altri punti da

Padova 1934. Alcuni sistemi contemporanei sono rimasti fedeli all'antica regola del diritto romano, per la quale dalla vendita nasce semplicemente un'obbligazione di «dare» a carico del venditore, ossia di compiere un successivo negozio di trasferimento del diritto in favore del compratore. Ad esempio, la soluzione emersa in ambito tedesco s'impenna – sulla scorta dell'insegnamento savigniano – sul negozio astratto di trasferimento, la *Übereignung*, e porta quindi in primo piano il *modus*, con conseguente svalutazione del *titulus*. Peraltro, la «Legge per l'ammodernamento del diritto delle obbligazioni» (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* o SMG), entrata in vigore nelle sue parti essenziali il 1° gennaio 2002, sotto l'impulso della direttiva sulla vendita al consumo, non ha inciso in maniera significativa sulla regola secondo cui dalla vendita nasce semplicemente un'obbligazione di «dare» a carico del venditore. Pertanto, il contratto di compravendita continua a produrre effetti esclusivamente obbligatori, fondando per il compratore pretese al trasferimento della proprietà ed alla consegna di una cosa o alla cessione di un diritto (§ 433, comma 1, BGB) e per il venditore al pagamento del prezzo della cosa venduta ed alla presa in consegna da parte del compratore (§ 433, comma 2, BGB). Da ciò sono nettamente distinti gli atti negoziali d'adempimento con i quali vengono eseguiti gli obblighi derivanti dal contratto di compravendita e, quindi, da un lato, il trasferimento in proprietà della cosa venduta (§ 929 BGB, per i beni mobili, e §§ 873 e 925 BGB, per i beni immobili) o la cessione del diritto venduto (§ 398 BGB) al compratore e, dall'altro, il trasferimento del denaro al venditore quale prezzo della cosa venduta. Tali negozi d'adempimento sono, dal punto di vista giuridico, indipendenti – anche per quel che concerne la loro validità – dal contratto di compravendita ad effetti obbligatori e, secondo il principio di astrazione, sono da considerarsi in maniera autonoma pure qualora coincidano temporalmente con la compravendita. Pertanto, anche quando un contratto di compravendita è nullo il susseguente atto dispositivo può essere valido [v., *ex multis*, I. Saenger, *I fondamenti della nuova vendita tedesca*, in *Contr. impr./Eur.* (2004) 834ss.].

concordare secondo buona fede e, fuori campo, l'ipotesi in cui il "secondo preliminare" sia solo formalizzazione di quanto già convenuto, restando, in ogni caso, decisivo l'accertamento della "differenza funzionale" tra i segmenti, quale indice di autonomia causale del primo passaggio.

La conseguenza rimediale chiude il cerchio: la violazione dell'obbligazione endoprocedimentale radicata nel pre-preliminare genera responsabilità contrattuale e dà luogo al ristoro del danno procedimentale (interesse negativo, costi di transazione e, se del caso, perdita di *chance* seriamente apprezzabile), non già all'esecuzione in forma specifica, che rimane presidio del preliminare "forte"; diversamente, in presenza di punteggiature prive di vincolo, la tutela si sposta sul terreno dell'art. 1337 c.c., secondo i noti parametri di correttezza e buona fede nella conduzione e nella rottura delle trattative e con criteri di quantificazione coerenti con la natura preparatoria della fase, escludendo surrogati dell'utile finale.

In questo stesso orizzonte si colloca il diritto del mediatore alla provvigione. L'ampiezza semantica del termine «affare» non autorizza letture che lo "congelino" al primo accordo preparatorio: la disciplina positiva – basti richiamare l'art. 1757 c.c. sul contratto sospensivamente condizionato³⁸ – mostra che l'«affare» è ancorato all'idoneità del vincolo a produrre, in ipotesi, l'effetto utile finale. Infatti, se lo stesso contratto "definitivo" non fa maturare la provvigione sino all'avveramento della condizione, *a fortiori*, non può farlo il preliminare di preliminare, che *ab origine* non è destinato – neppure mediatamente *ex art. 2932 c.c.* – a realizzare quel risultato. Ne discende una soluzione sistematicamente coerente: il pre-preliminare è obbligatorio (in senso limitato e peculiare), ma non determina il diritto alla provvigione; l'«affare» sorge solo nel segmento chiuso dell'operazione. Così facendo, si coniuga la natura endoprocedimentale degli interessi sottesi alla scissione della fase preparatoria (in un negozio "pre-preliminare" e in un preliminare propriamente detto, diverso per contenuto) con la diversità dei rimedi e delle conseguenze risarcitorie, mentre la prestazione dell'intermediario continua a trovare il suo baricentro nello schema della *locatio operis*³⁹ e la maturazione del compenso è correlata al compimento del risultato economicamente rilevante, non alla mera apertura del procedimento.

Il quadro risultante consente di affermare che il preliminare di preliminare è figura utile e selettiva, la cui normatività non è declamatoria ma pratica: essa disciplina come le parti organizzano, con razionalità e lealtà, la transizione dall'ipotesi al progetto e dal progetto al vincolo compiuto. Con ciò, la dicotomia preliminare "forte"/preliminare interlocutorio non vive di suggestioni terminologiche, ma di *standard* giuridici oramai consolidati: baricentro contenutistico del primo atto, diversità dei segmenti, forma e trascrizione coerenti con la funzione, rimedio commisurato alla fase. Ed è precisamente su questo terreno – in cui struttura, metodo e tutela si corrispondono – che la

³⁸ «Se il contratto è sottoposto a condizione sospensiva, il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui si verifica la condizione».

³⁹ Già C. Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, I, Torino 1902, 265, nota 1, vigente il codice di commercio del 1882, scriveva che: «se si dovesse ascrivere a una categoria di contratti riconosciuti dal diritto romano e dal diritto comune, il contratto di mediazione dovrebbe figurare come una *locatio operis*, perché l'oggetto del contratto non è il lavoro del mediatore ma il risultato del suo lavoro».

contrattazione per fasi trova la sua misura di legittimazione sistematica e la sua disciplina applicativa, senza tradire né l'efficienza degli scambi né la certezza del diritto, come conferma l'emersione, accanto alla prassi, di modelli legali che scandiscono per fasi l'accesso alla proprietà (ad esempio, leasing immobiliare e contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile, noto ai più come *rent to buy*).

In definitiva, il tempo del contratto non è più un mero contenitore cronologico, ma un ingrediente strutturale della causa: la scansione per fasi organizza l'allocazione dei rischi conoscitivi, calibra le prestazioni intermedie e seleziona i rimedi secondo la posizione di ciascun segmento nella sequenza negoziale; così la causa, da nozione statica, si ricompone in chiave diacronica quale regola di governo dell'operazione, in cui la dimensione temporale partecipa alla funzione dell'atto e ne determina, insieme al contenuto, la meritevolezza e l'assetto di tutela.