

nel corso della formazione del contratto". Deve pertanto ritenersi esclusa l'esperibilità dell'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

Inoltre, la Corte di legittimità ha affermato che è possibile che, nella fase delle trattative, le parti assumono **non un obbligo di contrarre ma di contrattare**, vincolandosi a non rimettere più in discussione, durante le successive trattative, i punti sui quali è stato raggiunto l'accordo. Tale obbligazione specifica che sorge nel corso della formazione del contratto è riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico (c.d. "**puntuazioni vincolanti**", la cui violazione comporta responsabilità contrattuale, ma data l'assenza del contratto la misura del risarcimento del danno dovrebbe essere limitata al solo interesse negativo).

Il preliminare del preliminare applicato alla mediazione immobiliare (Cass. civ. 17 gennaio 2017, n. 923)

La recente giurisprudenza si è interrogata in ordine al momento in cui sorga in capo al mediatore il diritto alla provvigione, alla luce dell'artt. 1754 e ss. c.c.

In passato, il Giudice di legittimità (Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2007, n. 22000), seppure in occasione della stipula del contratto preliminare di vendita, aveva chiarito che il legislatore, nell'art. 1754 c.c., ha inteso usare una generica e ampia espressione, di uso comune e atecnica, che fa riferimento, soprattutto, al contenuto di una operazione economica. Tale operazione può essere realizzata sia mediante la stipulazione di uno o più contratti (anche di tipo preliminare), sia tramite uno o più negozi giuridici unilaterali.

È stato quindi precisato dalla Corte che per "*conclusione dell'affare*" deve intendersi il compimento di una "*operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti [...] di un atto in virtù del quale si sia costituito un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in difetto, per il risarcimento del danno*". In tale concetto rientra quindi anche la stipulazione di un contratto preliminare.

Orbene, di recente la S.C. di Cassazione, con la pronuncia del 17 gennaio 2017, n. 923, ha stabilito che anche al ravvisato accordo "*preliminare di preliminare*" deve ricollegarsi l'insorgenza del diritto alla provvigione del mediatore, essendo essa conseguente, per le ragioni sopra espresse, non alla conclusione del negozio giuridico, ma dell'affare.

In altre parole, con la stipula del preliminare del preliminare (che si redige a seguito dell'acquisto di un immobile tramite mediatore) si realizza un'operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, in quanto l'atto che ne deriva è costitutivo di un vincolo che consente loro di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in difetto, per il risarcimento del danno.

6.1. Natura giuridica.

Le tre tesi:

- tesi della **natura meramente preparatoria** (tradizionale): il preliminare mira esclusivamente alla conclusione del definitivo, attraverso l'obbligo di *facere* consistente nella prestazione del consenso.

Solo il definitivo determina l'effettiva realizzazione dell'assetto d'interessi delineato dalle parti (obbligo di *dare*). L'unico titolo che disciplina il rapporto giuridico consiste, quindi, nel contratto definitivo, rimanendo il preliminare assorbito in esso

- tesi del **c.d. doppio contratto** (oggi prevalente): dal preliminare nasce sia l'obbligo di prestare il consenso, ossia l'obbligo di "*facere*", sia l'obbligo di realizzare concretamente l'assetto di interessi programmato nel preliminare stesso, ossia l'obbligo di "*dare*". L'intera operazione negoziale svolge quindi la funzione precipua di controllo delle sopravvenienze. Cosicché i due contratti sono distinti ed autonomi, ciascuno dotato di propria causa. Al fine di verificare se il definitivo avrà assorbito il preliminare, divenendo per tal via unica fonte regolatrice del rapporto giuridico, occorrerà porre in essere un'indagine in concreto
- tesi del **preliminare come contratto definitivo a effetti solo obbligatori** (minoritaria): il preliminare costituisce la fonte di tutti gli obblighi giuridici volti a realizzare l'assetto programmato dalle parti (*titolus acquirendi*). Il definitivo, avendo funzione meramente solutoria (*modus acquirendi*), costituisce un negozio traslativo con causa esterna all'interno del preliminare

6.1.1. Confronto tra le varie tesi.

	Differenze e implicazioni
<i>Tesi della natura preparatoria (o della "promessa di consenso")</i>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ la <i>causa del definitivo</i> sarà di volta in volta quella perseguita dalle parti attraverso il ricorso a una particolare tipologia contrattuale (es. vendita) ▶ i <i>rimedi contro l'inadempimento</i> possono esperirsi in relazione al preliminare solo in caso di mancata stipula del definitivo; la <i>risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta</i>, la <i>rescissione</i> e la <i>revocazione</i> sono esperibili solo contro il definitivo; non può esperirsi <i>azione surrogatoria</i> per la stipula del definitivo ▶ in caso di <i>difformità</i>, il contenuto del definitivo prevale su quello del preliminare

<p>Tesi del doppio contratto (o della "promessa di prestazioni")</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ il definitivo ha <i>due cause</i>: una interna e variabile, propria del tipo contrattuale di volta in volta realizzato, e l'altra esterna e fissa, consistente nell'esecuzione del preliminare e nel controllo delle sopravvenienze ▶ i <i>rimedi contro l'inadempimento</i>, le azioni di <i>risoluzione</i>, la <i>rescissione</i> e la <i>revocazione</i> possono esperirsi anche contro il preliminare; la giurisprudenza ammette l'<i>azione surrogatoria</i> verso il preliminare (Cass. civ., sez. II n. 5875/06) ▶ in caso di <i>difformità</i>, il contenuto del definitivo prevale su quello del preliminare solo se il primo è frutto di una valutazione delle sopravvenienze intervenute; altrimenti si ha semplice inadempimento del preliminare
<p>Tesi del preliminare come "definitivo ad effetti obbligatori"</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ la <i>causa del definitivo</i> è meramente solutoria ▶ <i>tutte le azioni</i> sono esperibili esclusivamente in relazione al preliminare; è senz'altro esperibile l'<i>azione surrogatoria</i> (in quanto il definitivo è atto meramente solutorio) ▶ in caso di <i>difformità</i>, si configura il semplice inadempimento del preliminare

Cos'è il preliminare "a effetti anticipati"?

Il contratto preliminare "a effetti anticipati" è caratterizzato dall'anticipazione al momento della stipula del negozio preparatorio di alcuni effetti normalmente riconducibili al negozio definitivo (es. la consegna del bene e pagamento del prezzo). Gli interpreti si interrogano sulla natura giuridica di tale tipo di preliminare.

Secondo la posizione prevalente, il preliminare a effetti anticipati costituisce un **vero e proprio contratto preliminare**, a cui le parti, nella loro autonomia negoziale, hanno deciso di ricondurre alcuni effetti tipici del contratto definitivo. Sulla questione è intervenuta di recente anche la Cassazione a Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930), con una pronuncia che ha introdotto una tesi profondamente innovativa. Secondo gli ermellini, al momento della stipula del preliminare a effetti anticipati le parti si limitano a realizzare, accanto all'effetto obbligatorio tipico del preliminare, **altri ed aggiuntivi effetti**, che corrispondono ad alcune prestazioni tipiche del contratto definitivo: la consegna della cosa e/o il pagamento integrale o parziale del prezzo. Queste prestazioni, tuttavia, non derivano da un'anticipazione degli effetti del definitivo, bensì da un congegno negoziale basato sul **collegamento di contratti differenti**. In particolare, la consegna della cosa deriva da un contratto di **comodato**, mentre il pagamento del prezzo da un contratto di **mutuo gratuito**. Pertanto, la relazione fattuale che lega le parti alla *res* oggetto di prestazione anticipata consiste nella c.d. "**detenzione qualificata**". Di recente, la descritta impostazione è stata confermata da **Cass. civ., Sez. II, n. 10009 del 15 maggio 2015**.

Si rammenti, inoltre, che, poiché il contratto preliminare a effetti anticipati non comporta un'anticipazione degli effetti traslativi, la disponibilità in tal modo conseguita dal promissario acquirente **non ha natura di possesso utile ad usucapionem** (cfr. Cass. civ. 1° marzo 2010, n. 4863)

Contratto preliminare di vendita di immobile affetto da irregolarità urbanistica (Cass. civ., 9 maggio 2016, n. 9318)

La sanzione della nullità prevista dalla L. n. 47/85 e succ. mod., relativa alle vicende negoziali di immobili privi del necessario permesso di costruire, trova applicazione ai soli contratti ad efficacia traslativa e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il contratto preliminare di vendita. E ciò in quanto il permesso in parola può essere prodotto, e l'irregolarità sanata, entro la stipulazione del contratto definitivo ad effetti traslativi (Cass. civ., 9 maggio 2016, n. 9318).

Tale soluzione ermeneutica sembra porsi in discontinuità con altre pronunce della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., 17 ottobre 2013, n. 23591; Cass. civ., 5 dicembre 2014, n. 25811) nelle quali si è affermata la nullità, per contrarietà alla legge, del contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico. Quest'altra impostazione si fonda sulla considerazione che, dall'art. 40, co. 2, della l. n. 47 del 1985, è desumibile il **principio generale della nullità** (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi.

Il preliminare a effetti anticipati e i rimedi ex art. 1495 c.c. Termini di prescrizione e decadenza (Cass. civ., 16 febbraio 2015, n. 3028)

Quid iuris se, in caso di consegna del bene a seguito della stipula del contratto preliminare e prima della conclusione del definitivo, il promissario acquirente rinvenga che il bene che ne costituisce oggetto sia viziato? Come noto, la giurisprudenza ritiene, in tali casi, pacificamente ammissibile l'esperibilità dei rimedi ex art. 1490 e ss. c.c. Da quando decorrono, tuttavia, i termini di prescrizione e decadenza previsti dalla citata norma? La pronuncia in commento ha precisato che il *dies a quo* di entrambi i termini ex art. 1495 c.c. non coincida con la scoperta del vizio, ma con la stipula del contratto definitivo. E ciò in quanto si tratta di norma che trova applicazione a fronte dell'**intervenuto trasferimento del diritto di proprietà**. Cosicché, il promissario acquirente, nelle more della stipula del definitivo, può esperire, tra gli altri, i rimedi di cui all'art. 1490 e ss. c.c. **senza dover sottostare ai relativi termini di prescrizione e decadenza**. Il contratto preliminare, come noto, è infatti un negozio giuridico a efficacia obbligatoria.

6.2. Disciplina.

*Norme
essenziali:*

- il preliminare deve rivestire a pena di nullità la **stessa forma** prescritta dalla legge per il contratto definitivo (art. 1351 c.c.)
- il preliminare immobiliare è **trascrivibile**, purché

risulti da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente. La trascrizione ha effetti **prenotativi** contenuti entro specifici limiti temporali: 1 anno dalla data prevista per la stipula del definitivo o, in ogni caso, 3 anni dalla data di trascrizione del preliminare (art. 2645-*bis* c.c.)

- in caso di inadempimento del preliminare trascritto, i crediti consequenziali del promissario acquirente hanno **privilegio speciale sull'immobile promesso** (art. 2775-*bis* c.c.). Secondo la Cassazione, detto privilegio soccombe comunque di fronte alle ipoteche iscritte sull'immobile prima della trascrizione del preliminare, in deroga (implicita) al principio sancito dall'art. 2748 co. 2 c.c. (Cass. SS.UU. 21045/09)
- in caso di inadempimento del contratto preliminare, l'altra parte può ottenere una **sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto non concluso**, a condizione: che il titolo non lo escluda espressamente; che tale rimedio sia possibile; che vi sia stato adempimento od offerta dell'adempimento da parte dell'attore. Il rimedio ex art. 2932 c.c. **si affianca** a quelli generali contro l'inadempimento (art. 2932 c.c.)

L'azione ex art. 2932 c.c. e i profili di regolarità urbanistica (Cass. civ., ord. 14 gennaio 2019, n. 622, Cass. civ., ord. 18 maggio 2018, n. 12226 e Cass. civ., 30 gennaio 2017, n. 2294)

Affinché possa essere pronunciata una sentenza ex art. 2932 c.c. è necessario verificare la sussistenza dei seguenti presupposti che gravano sull'attore, in qualità di promissario acquirente:

- a) produrre il contratto preliminare da cui origina l'obbligo adempitivo delle parti;
- b) allegare l'inadempimento del promittente alienante;
- c) provare di aver manifestato al promittente alienante il proprio intendimento di corrispondere il prezzo, ovvero di averlo già corrisposto integralmente;
- d) produrre la documentazione attestante la regolarità urbanistico-edilizia del bene oggetto del contratto preliminare rimasto inadempito, consistente per gli immobili, ai sensi degli artt. 40 L. 47/85, 24 e 46 D.P.R. 380/01 (T.U.E.) e 19, comma 14, D.L. 78/10, conv. in L. 1221/10: *i*) negli estremi del titolo abilitativo (licenza edilizia, ovvero dichiarazione sostitutiva di atto notorio rilasciata dal proprietario, per gli immobili costruiti in data antecedente al 1° settembre 1967, mentre per gli immobili costruiti successivamente al 1° settembre 1967, estremi della concessione edilizia o del permesso di costruire o della concessione in sanatoria o del condono edilizio), la cui indicazione è prevista dalla legge a pena di nullità dell'atto; *ii*)