

## IL CONTRATTO PRELIMINARE

### LEZIONE 25 GENNAIO AVV. BARRESI

#### **Nozione, disciplina normativa, natura giuridica e ambito applicativo**

Riferimenti normativi: artt. 1351, 2932, 2652, 2645*bis*, 2775*bis*, 2825*bis* c.c.

- nozione di contratto preliminare: è il contratto con cui una sola parte (c.d. preliminare unilaterale) o entrambe (c.d. preliminare bilaterale) si obbligano a stipulare un successivo contratto definitivo, il cui contenuto essenziale deve essere già contenuto nel preliminare;
- la forma del contratto preliminare: ex art. 1351 c.c. deve rivestire, a pena di nullità, la forma prescritta dalla legge per il contratto definitivo;
- natura giuridica: secondo la dottrina tradizionale, tale contratto avrebbe esclusivamente natura preparatoria, avendo ad oggetto unicamente l'obbligo di prestare il consenso per la conclusione del definitivo. Questa tesi è stata criticata in quanto alcuni preliminari sono caratterizzati dalla produzione di effetti anticipati. Secondo altro orientamento il contratto preliminare avrebbe natura giuridica di contratto definitivo ad effetti obbligatori, mentre il definitivo avrebbe solo natura solutoria del preliminare realizzando unicamente l'effetto traslativo previsto da quest'ultimo. Nel 1985 sulla natura giuridica del contratto preliminare sono intervenute le Sezioni Unite con la teoria del doppio contratto, facendolo assurgere da promessa di consensi (*pactum de contrahendo*) a promessa di prestazioni (*pactum de dando*). In particolare, il preliminare di vendita è fonte per il promittente alienante di un'obbligazione primaria di dare, consistente nel far acquistare al promissario acquirente la proprietà del bene promesso, e di un'obbligazione secondaria di fare, ovverosia di acconsentire alla conclusione del definitivo. Sia il preliminare che il definitivo hanno, dunque, natura contrattuale: il primo ha un'efficacia obbligatoria complessa in quanto vincola le parti non solo a prestare il consenso alla stipula del definitivo ma anche a porre in essere tutte le attività strumentali alla realizzazione del programma concernente le prestazioni finali; il definitivo, invece, oltre ad avere una funzione solutoria del preliminare, è anche sorretto da una causa propria connessa alla funzione di controllo delle sopravvenienze assolta dalla sequenza preliminare – definitivo;
- l'inadempimento del preliminare: la parte non inadempiente può chiedere la risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. e il risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento. La parte che ha interesse alla stipulazione del definitivo può, inoltre, chiedere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c., “qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo”. L'art. 2652 n. 2 c.c. prevede la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a

- contrarre, con funzione prenotativa rispetto alla trascrizione della sentenza;
- trascrivibilità di alcune specifiche tipologie di contratti preliminari, tassativamente indicate: l'art. 2645*bis* prevede la possibilità di trascrivere i contratti preliminari immobiliari;
  - trascrizione ed effetto prenotativo: mediante la trascrizione del contratto preliminare, *ex artt.* 2652 n. 2 e 2645*bis*, gli effetti acquisitivi, discendenti dal definitivo o dalla sentenza costitutiva pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c., saranno opponibili a coloro i quali abbiano acquistato diritti sul bene in forza di atti trascritti successivamente alla trascrizione del preliminare.

### **Questioni in tema di contratto preliminare**

- il preliminare ad effetti anticipati: si caratterizza per l'anticipazione, al momento della stipula del preliminare, di alcuni effetti tipici del contratto definitivo, quali il pagamento integrale o parziale del prezzo e la consegna della cosa. Queste prestazioni, tuttavia, non derivano da un'anticipazione degli effetti del definitivo ma da un particolare collegamento di contratti differenti ovvero il preliminare di vendita, volto a realizzare l'intento delle parti di costituire il reciproco impegno a contrarre, senza realizzare immediatamente l'effetto traslativo, il comodato, che consente al promissario acquirente di godere subito del bene, e il mutuo gratuito, diretto a far acquisire al promittente alienante la somma di danaro corrispondente al prezzo di vendita.
- il contratto preliminare di preliminare: le Sezioni Unite hanno ritenuto valida e produttiva di effetti la stipulazione di un contratto preliminare di preliminare laddove vi sia un interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali ovvero dalla diversità dei rimedi esperibili in caso di inadempimento;
- la sorte del preliminare avente ad oggetto immobili abusivi: con la sentenza n. 10297 del 26 aprile 2017, la Cassazione chiarisce che la sanzione della nullità prevista dall'art. 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita. Lo si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che, successivamente al contratto preliminare, può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1° settembre 1967. Ne consegue che, anche nel caso in cui il preliminare abbia ad oggetto un immobile privo della concessione edificatoria, si ritiene costituito tra le parti un valido vincolo giuridico.
- La disciplina degli immobili da costruire e il problema della vendita degli immobili su carta:

il Legislatore è intervenuto con il d.lgs. 122/2005 allo scopo di tutelare il promissario acquirente di immobili da costruire o in corso di costruzione. Restano esclusi dall'ambito operativo del decreto i contratti preliminari aventi ad oggetto la vendita di immobili da costruire su carta, ossia di edifici allo stato di progetto per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire. Ciò ha dato origine ad un dibattito in ordine alla tutela esperibile in tali casi. L'orientamento attualmente prevalente esclude l'applicazione del d.lgs. alla vendita di immobili su carta.

## **Giurisprudenza**

- contratto preliminare di preliminare

Cass. civile Sezioni Unite 6 marzo 2015, n. 4628

- Rapporto tra fallimento, contratto preliminare e domanda ex art. 2932 c.c. trascritta

Cassazione Civile, Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131

La questione affrontata dalle Sezioni Unite è se il curatore possa o meno esercitare la facoltà, concessagli dall'art. 72 l.fall., di sciogliere un contratto preliminare - con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile a un terzo - qualora il terzo, promissario acquirente, abbia trascritto, prima del fallimento del promittente venditore, la domanda *ex art. 2932 c.c.* volta a ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento rimasto inadempito. Secondo le Sezioni Unite la risposta è negativa;

- validità o invalidità del preliminare di vendita in presenza di abusi?

Cass. civ., sent. 26 aprile 2017, n. 10297

Cass. civ. Sez. II, sent. 17 ottobre 2013, n. 23591

- rapporti tra preliminare sospensivamente condizionato e violazione degli obblighi di buona fede

Cass. civile 19 giugno 2014, n. 14006

“Orbene, come è stato affermato da questa Corte, colui che si è obbligato o ha alienato un bene sotto la condizione sospensiva del rilascio di determinate autorizzazioni amministrative necessarie per la realizzazione delle finalità economiche che l'altra parte si propone, ha il dovere di compiere, per conservarne integre le ragioni, comportandosi secondo buona fede (art. 1358 c.c.), tutte le attività che da lui dipendono per l'avveramento di siffatta condizione, in modo da non impedire che la P.A. provveda sul rilascio delle autorizzazioni; con la conseguenza che deve rispondere delle conseguenze dell'inadempimento di questa sua obbligazione contrattuale nei confronti dell'altra parte, alla quale è possibile chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni

conseguenti, da accertare secondo il criterio della regolarità causale, che consente di riconoscere il danno nel caso in cui (avuto riguardo alla situazione di fatto esistente nel momento in cui si è verificato l'inadempimento) debba ritenersi che la condizione avrebbe potuto avverarsi, essendo possibile il legittimo rilascio delle autorizzazioni amministrative con riguardo alla normativa applicabile (Cass. 2 giugno 1992 n. 6676; Cass. 15 giugno 2011 n. 13099). E' evidente che tale giudizio deve essere condotto verificando se sussistessero circostanze tali da fare ragionevolmente presumere che il procedimento amministrativo avrebbe avuto esito favorevole. In altri termini, nell'ipotesi di cui all'art. 1359 c.c., il giudice deve indagare se l'inadempimento sia imputabile al debitore e deve esaminare il comportamento dell'obbligato potendo dichiarare la risoluzione del contratto solo se sussista la colpa di quest'ultimo per il mancato avveramento della condizione.”

- contratto preliminare di vendita immobiliare ad effetti anticipati

Cass. civ. Sezioni Unite, sent. 27 marzo 2008, n. 7930

- preliminare di immobili “sulla carta”

Cass. civ. Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5749

In tale sentenza si afferma che l’ambito applicativo del Dlgs 20 giugno 2005 n. 122 non si estende al contratto preliminare avente a oggetto edifici esistenti soltanto sulla carta, ossia già allo stato di progetto ma per il quale non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente.

### **Riferimenti dottrinali**

D. PITTELLA, *Il contratto preliminare “ad effetti anticipati”: inquadramento giuridico e disciplina*, in *Notariato*, I, 2013, p. 59

U. STEFINI, *Il “preliminare di preliminare” e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2015, p. 1230

G. CARADONNA, *Validi i preliminari di immobili sulla carta ma senza le tutele del d. lgs. n. 122/2005*, in *Giur. It.*, 2011, 11