

Contratto preliminare e termine per l'adempimento

Gianluca Sicchiero*

Il contratto preliminare, pur regolato sempre più in dettaglio dal codice e da altre disposizioni, non vede alcuna regola specifica a proposito del termine per eseguirlo, con conseguente necessità di applicare la disciplina generale del termine per l'adempimento. Trovano però applicazione anche talune norme previste per la vendita, pur mancando al preliminare l'effetto traslativo del definitivo.

Il silenzio del codice sul termine nel preliminare

Il legislatore ha regolato nel tempo il contratto preliminare alla luce delle esigenze poste dal suo massiccio utilizzo nella contrattazione immobiliare.

Inizialmente si era limitato a nominarlo ma senza disciplinarlo al di fuori della forma (art. 1351 c.c.), consentendone l'esecuzione coattiva ancorché senza menzionarlo testualmente (artt. 2652 e 2932 c.c.)¹.

Successivamente, attribuendo finalmente protezione contro inadempimenti senza rimedio concreto, consentendone la trascrizione (art. 2645-bis c.c.), che è stata ritenuta applicabile anche ai contratti conclusi anteriormente alla novella da una corte territoriale², al fine di evitare i singoli rischi³, specie in relazione alla sempre più ampia diffusione della contrattazione preliminare ad effetti anticipati⁴ e disciplinando poi in modo più sistematico le vendite di immobili da costruire (D.Lgs. n. 122/2005), in cui le tutele sono molteplici e formalmente concrete ed effettive.

Ne è sorta una molteplicità di ipotesi, che conferma la bontà dell'indicazione di chi da tempo aveva parlato di "contrattazione preliminare" per indicare l'assenza di un tipo assorbente di fattispecie⁵. Infatti, quando si è parlato di preliminare ad effetti anticipati per evidenziarne la peculiarità, nata nella prassi⁶, for-

se non era chiaro che proprio questo è il contratto praticato nella vita di tutti i giorni, essendo il preliminare c.d. "puro", ove nessuna prestazione viene eseguita subito, un caso più da manuale che attinente alla vita quotidiana.

Ed è sempre della contrattazione immobiliare come praticata nel mercato che si incontrano forme di accordi difficilmente riconducibili alla nozione di preliminare, ma che designano meccanismi di impegno adottati per evitare che un affare sfumi in attesa di formalizzarlo secondo le regole.

Sicché oggi, in campo immobiliare, si incontrano varie fattispecie:

- i preliminari di preliminari, ammessi di recente quando se è dato spazio all'autonomia dei contraenti nel creare vincoli solo obbligatori⁷, forse nemmeno intuendo che la nullità di cui si parlava nel passato non avrebbe mai colpito il primo contratto della sequenza, ma semmai quello successivo⁸;

- i preliminari di immobili c.d. "sulla carta"⁹, ovvero di immobili solo progettati, ai quali non si applica il D.Lgs. n. 122/2005, che pretende invece almeno la presentazione della domanda di permesso di costruire¹⁰;

- quelli di immobili da costruire, purché conformi alla disciplina indicata dal D.Lgs. n. 122/2005¹¹, pe-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Questo silenzio ne avrebbe "paradossalmente segnato la sua ancor migliore fortuna": Poletti, in *Comm. del codice civile* a cura di Gabrielli, *sub* art. 1351, Milano, 2011, 131.

² App. Venezia, 28 aprile 1999, in *Foro It.*, 1999, I, 1640, con nota redazionale adesiva di Caponi; Luminoso, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 20.

³ Sul dibattito storico che ha portato alla novella v. Luminoso, *cit.*, 2 e segg.; Gazzoni, *Il contratto preliminare*, nel *Tratt. della trascrizione* a cura di E. Gabrielli e Gazzoni, Milano, I, 2012, 123 e segg.

⁴ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, I, 530; *id.*, *Il contratto preliminare*, Padova, 1970, 276; Ricciuto, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. Rrescigno dei contratti* a cura di E. Gabrielli, Milano, II ed., 2006, 306.

⁵ De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, 15 e segg., 30 e segg.

⁶ G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, *cit.*, 170 e segg.; Cenni, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e Impresa*, 1994, 1108-1110; Speciale, *Contratti preliminari*, Milano, 1990, 35 e segg.; di De Matteis v. ora *La contrattazione preliminare in ambito immobiliare*, nel *Tratt. di diritto immobiliare* a cura di G. Visintini, II, Milano, 2013, 777 e segg. Una voce contraria, ma del tutto isolata, era di Castronovo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 38 e segg., 45.

⁷ Ammessa ad es. da Cass. civ., 7 maggio 2020, n. 8638 anche con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di ina-

dempimento; Cass. civ., 19 novembre 2019, n. 30083. L'orientamento negativo di Cass. civ., 2 aprile 2009, n. 8038, analizzato da Poletti, *cit.*, 146 e segg., è stato superato da Cass. civ., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Foro It.*, 2015, I, 2016. In letteratura a favore della fattispecie v. Bianca, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 166; Roppo, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 611, 616; in senso contrario Calvo, *Contratto preliminare*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, 129, che lo consente solo "quando fra il preliminare di primo grado e quello di ordine successivo sia percettibile una differenza di contenuto tale da giustificare la duplicazione i atti preparatori preordinati alla reiterazione della promessa traslativa".

⁸ Come ben ha fatto notare Rinaldo, *La discussa natura del contratto preliminare di preliminare e l'individuazione del giusto rimedio in caso di violazione dell'obbligo a prestare il consenso*, in *Riv. Notar.*, 2021, 127-128.

⁹ Su cui v. ad es. Archinà, *La corte di cassazione di pronuncia sul contratto preliminare di vendita di immobile "sulla carta": è valido ma non rientra nell'ambito di applicazione del d. lgs. n. 122/2005*, in *Giur. It.*, 2012, 566; Sajeve, *Contrattazioni "sulla carta" e tutela dell'acquirente di immobili da costruire. Per una interpretazione secondo Costituzione del d. lg. n. 122 del 2005*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, 1256 e segg.

¹⁰ Cass. civ., 10 marzo 2011, n. 5749, in *Giur. It.*, 2012, 564; Luminoso, voce "Immobili da costruire (tutela degli acquirenti di)" in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 2006, *ad vocem*, 3, che non ritiene adeguata la soluzione.

¹¹ Su cui v. ad es. Triola, *La vendita di immobili da costruire*, in *Tratt. dir. immobiliare* a cura di G. Visintini, I, Padova, 2013, 834;

altro obbligatoria per questi immobili, essendo inderogabile¹² ma non applicabile a quelli già esistenti¹³;

– quelli riguardanti immobili già esistenti, per i quali la disciplina è dettata solo dal codice civile.

Senonché, pur nel sopraggiungere di nuove disposizioni anche di riforma di quelle in essere, com'è accaduto per il D.Lgs. n. 122/2005, continua a mancare ogni regola sul termine per adempiere il preliminare, posto che quello di efficacia della trascrizione contenuto nell'art. 2645-bis c.c. non riguarda la validità del preliminare, ma la sua opponibilità ai terzi: dunque non disciplina i rapporti tra le parti.

La ragione, con molte probabilità, è che il termine, pur costituendo un elemento naturale del preliminare, assolve ai motivi che inducono le parti a determinarlo con la durata più confacente ai propri interessi e quindi non necessita di apposita regolazione, per la nota irrilevanza degli stessi.

Sicché, in definitiva, i problemi che si possono porre saranno regolati dalla disciplina generale dei termini per l'adempimento, ad iniziare dalla regola *quod sine die debetur statim debetur*, qualora il termine non sia stato indicato (art. 1183 c.c.), per arrivare alle disposizioni di dettaglio contenute negli artt. 1184-1187 c.c.

L'esigibilità della conclusione del definitivo

Il preliminare viene concluso in luogo dell'immediata stipulazione del definitivo perché, se certamente serve ad assicurarsi il diritto alla conclusione futura del definitivo¹⁴, nel contempo concede alle parti il tempo occorrente, ad es., per ottenere il finanziamento necessario per il successivo acquisto oppure per verifiche sulla situazione materiale o giuridica del bene promesso o in attesa che si concludano pratiche amministrative relative all'immobile (condoni, concessioni in sanatoria, aggiornamenti catastali ecc.), per liberarlo da inquilini o per effettuare riparazioni, insomma per la necessità o semplice opportunità di non dar vita subito agli effetti che saranno prodotti dal definitivo¹⁵.

All'evidenza, quindi, le ragioni che inducono le parti a stabilire il termine per il definitivo sono le più disparate e possono riguardare un solo contraente o entrambi: se riguardino uno solo di loro, si applicherà il criterio previsto dall'art. 1184 c.c., che impedisce "al creditore", ovvero qui all'altro contraente, di esigere la prestazione prima del termine¹⁶.

Quando il contraente obbligato a prestazioni immediate abbia eseguito quanto a suo carico, potrà allora esigere la prestazione finale prima del termine (art. 1185 c.c.), non essendo tutelato l'altro contraente, se il termine non sia anche a suo favore.

La prestazione cui si fa riferimento è quella di stipulare il definitivo (finale, per comodità di discorso), ma occorre tener conto che, in presenza di preliminare ad effetti anticipati, vi sono prestazioni esigibili subito o con le scadenze ivi indicate: es. pagamento di acconti o consegna anticipata del bene, sia pure a titolo meramente obbligatorio, che esclude ogni possesso¹⁷.

Può dunque accadere che un contraente non sia tenuto a concludere il definitivo prima di una certa data (se il termine sia stabilito a proprio favore), ma che debba eseguire subito altre prestazioni: l'esigibilità dipenderà quindi dal contenuto degli accordi.

La parte a favore della quale il termine è previsto, potrà allora pretendere la prestazione finale dell'altra a patto di aver eseguito le proprie, se scadute, quantomeno per evitare l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c.¹⁸, che va sollevata in buona fede¹⁹.

Si tratta infatti di disposizione applicabile anche ai preliminari, per i quali valgono ovviamente tutte le norme sui contratti in generale²⁰ in ragione del richiamo operato dall'art. 1323 c.c., tra cui di conseguenza il diritto alla sospensione del pagamento per mutata situazione della controparte *ex* art. 1461²¹.

Può anche accadere, sia pure raramente, che il preliminare assegni invece ad una delle parti il diritto di fissare il termine sicché, se non provveda, l'altra potrà

Luminoso, cit., 1; De Matteis, *loc. ult. cit.*, 816; AA.VV., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire* a cura di Sicchiero, Padova, 2005.

¹² Infatti il comma 1°-bis dell'art. 5 indica che "l'acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto; ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta".

¹³ Triola, cit., 836.

¹⁴ E quindi esattamente si dice che "la revoca della proposta di acquisto può avere unicamente efficacia impeditiva del perfezionamento di un contratto *in itinere*, e giammai efficacia estintiva di un contratto preliminare già concluso": Cass. civ., 21 maggio 2018, n. 12527.

¹⁵ Cfr., *ex multis* De Matteis, cit., 747, 757 e segg.; G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, cit., 152 e segg.; Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, Milano, 2016, 1223; Roppo, cit., 612; Calvo, cit., 11, ma non è questione problematica, infatti nel concreto nessuno indaga sui motivi che spingano alla conclusione del preliminare in luogo del definitivo (v. infatti Sacco, cit., 1228).

¹⁶ Anche per il preliminare vale la regola consueta per cui "l'essenzialità del termine per la stipula del definitivo va desunta non già da mera formula di stile ma dalla volontà delle parti come emergente da specifiche espressioni adoperate dai contraenti dalle

quali desumere l'intenzione di considerare ormai venuta meno l'utilità perseguita nel caso di conclusione del contratto definitivo oltre la data stabilita"; Cass. civ., 15 ottobre 2007, n. 21587.

¹⁷ Infatti "la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata esercitata *alieno nomine*": Cass. civ., 8 luglio 2020, n. 14157; Cass. civ., 11 aprile 2019, n. 10186.

¹⁸ Cfr. Roppo, cit., 621; Calvo, cit., 58, 169; Sacco, cit., 1243; Cass. civ., 5 giugno 2020, n. 10665; Cass. civ., 30 gennaio 2020, n. 2196, *Studium iuris*, 2020, 1085; Cass. civ., 11 ottobre 2013, n. 23162; Cass. civ., 21 maggio 2012, n. 8002 ecc.

¹⁹ Il che non è se difetti una ragionevole certezza che la parte sarà inadempiente al termine previsto per il definitivo: Cass. civ., 8 settembre 2017, n. 20939 o se al momento del preliminare sia nota l'assenza dell'agibilità dell'immobile, dato che l'apposita certificazione deve essere consegnata al momento del definitivo: Cass. civ., 12 novembre 2013, n. 25427.

²⁰ Sacco, cit., 1228; Calvo, cit., 7 e segg.; Gazzoni, cit., 665; Ricciuto, cit., 286 e segg.; Bianca, cit., 162.

²¹ Calvo, cit., 170; Cass. civ., 9 febbraio 2011, n. 3173, in *Nuova Giur. Comm.*, 2011, 834.

allora domandare direttamente l'esecuzione coattiva del preliminare²².

Ed infine, se nessuna specifica ragione sia stata indicata nel preliminare a corredo della data indicata per concludere il definitivo, come accade molto spesso, allora il termine per la prestazione finale dovrà ritenersi stabilito nell'interesse di entrambe le parti e nessuna di loro potrà esigerne l'adempimento prima della scadenza, dalla quale decorrerà il termine di prescrizione²³.

Tutele applicabili ai preliminari

Per risolvere i problemi inerenti ai problemi taciuti al momento della conclusione del preliminare, spesso si applicano disposizioni previste per la vendita anziché le norme sui contratti in generale contenute nel titolo secondo del libro quarto del codice.

Non di recente vi era stata una precisa indicazione del S.C. che negava la possibilità di invocare le disposizioni sui vizi della cosa venduta per la risoluzione del preliminare: infatti si era affermato che la disciplina sottesa dalle prime "ha per oggetto un dare, il trasferimento di una cosa dietro corrispettivo di un prezzo, cui sono essenzialmente e funzionalmente collegate le garanzie anzidette, è invece estranea al contratto preliminare di compravendita, che ha per oggetto un *facere*, in ordine al quale quelle garanzie non hanno giustificazione"²⁴.

Si trattava però, in questi termini così ampi, di un ragionamento manifestamente antieconomico che non teneva conto del legame funzionale tra preliminare e definitivo, come del fatto che le prestazioni del secondo sono quelle promesse con il primo²⁵.

Infatti così ragionando si imponeva al promissario acquirente di acquistare il bene promesso per poi chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento; anzi, a ben vedere, se i vizi risultassero già presenti, egli avrebbe dovuto concludere il definitivo, essendo egli stesso obbligato a quel *facere*, per poi

sentirsi magari obiettare che il bene aveva le qualità a lui note prima di effettuare l'acquisto²⁶!

Evidentemente quel ragionamento era di un formalismo esasperato che risentiva del dogma apodittico della intangibilità del preliminare, a proposito del quale Rodolfo Sacco a ragione parlava di "applicazioni poco illuminate"²⁷ e Vincenzo Roppo come soluzioni irrazionali e diseconomiche²⁸ del problema.

Quell'orientamento oggi è per lo più superato, avendo poi il S.C. indicato in senso opposto, che "quando, in relazione al bene promesso in vendita, sussista il pericolo attuale e concreto di evizione, è concessa al promittente acquirente la facoltà di rifiutarsi di concludere il contratto definitivo fino a quando non venga eliminato tale pericolo"²⁹.

Soluzione che è stata avallata sulla scorta della regola contenuta nell'art. 1453, che vieta alla parte inadempiente di eseguire la prestazione dopo la proposizione della domanda di risoluzione³⁰, rilevando che "il giudice nel valutare la gravità dell'inadempimento (art. 1455) non deve tener conto degli eventi successivi alla proposizione di detta domanda ma deve decidere in base alla situazione cristallizzata a tale momento"³¹.

Altra ipotesi di consentita risoluzione del preliminare deriva dall'inadempimento del promittente venditore, all'obbligo di dichiarare quale sia la situazione effettiva del bene. Così a proposito della pendenza del procedimento per la sanatoria edilizia non ancora concluso, stante la possibilità che la richiesta sia rigettata, donde la necessità che il promissario acquirente accetti volutamente tale rischio³²; oppure con riferimento all'esistenza di un'ipoteca appunto non dichiarata in preliminare³³.

Vi sarebbe anche la possibilità di sospendere i pagamenti previsti dal preliminare in ragione del pericolo di evizione, applicando analogicamente l'art. 1481³⁴, ma qui occorre che il pericolo di evizione sia serio, il che non ricorrerebbe se vi sia solo la pos-

²² Cass. civ., 3 maggio 2010, n. 10625, in *Notariato*, 2010, 606, la quale precisa che "ove essa trascuri di avvalersi di tale facoltà e tale inerzia si protragga per l'ordinario termine prescrizione, il diritto alla conclusione del contratto definitivo si estingue per prescrizione".

²³ V. ad es. Cass. civ., 22 marzo 2018, n. 7180: "il contratto preliminare è fonte di obbligazione al pari di ogni altro contratto e il suo particolare oggetto, cioè l'obbligo di concludere il contratto definitivo, non esclude che l'inattività delle parti, ove si protragga per oltre dieci anni dalla scadenza del termine, sia pur non essenziale, ivi fissato, determini, a norma degli artt. 2934, 2935 e 2946 c.c., l'estinzione del diritto medesimo, salvi gli effetti di eventuali atti interruttivi".

²⁴ Cass. civ., 17 agosto 2005, n. 16969. Non era però giurisprudenza pacifica: per l'affermazione che "la garanzia prevista dall'art. 1489 per gli oneri reali o personali gravanti sulla cosa venduta è in via analogica applicabile anche al contratto preliminare di compravendita" v. infatti Cass. civ., 4 ottobre 2004, n. 19812; Cass. civ., 6 aprile 1995, n. 4013.

²⁵ Cfr. Roppo, cit., 622.

²⁶ In realtà il S.C. afferma che i termini per denunciare i vizi decorrono dalla stipula del definitivo: Cass. civ., 26 maggio 2004,

n. 10148.

²⁷ *Op. cit.*, 1240, aggiungendo che "l'abbandono del dogma dell'intangibilità ha affidato la soluzione del problema alla ragione", ivi, 1246.

²⁸ *Op. cit.*, 624; v. anche Calvo, cit., 175 e segg.

²⁹ Cass. civ., 18 novembre 2011, n. 24340.

³⁰ Ribadito da Cass. civ., 8 settembre 2017, n. 20961 nell'ipotesi del promissario acquirente che receda dal contratto, in ragione dell'esistenza di un'ipoteca non dichiarata, il che impedisce al proprietario di attivarsi per la sua cancellazione (anche se nel caso ha avuto ragione perché il recesso era stato comunicato prima della scadenza del termine per il definitivo); Cass. civ., 2 settembre 2009, n. 19097.

³¹ Cass. civ., 11 febbraio 2000, n. 1525; per un caso in cui si era garantita la mancanza di iscrizioni pregiudizievoli che invece esistevano v. Cass. civ., 26 luglio 2005, n. 15590.

³² Cass. civ., 23 febbraio 1999, n. 1501, in *Contratti*, 1999, 1122.

³³ Cass. civ., 27 novembre 1996, n. 10506.

³⁴ Calvo, cit., 167; invece per l'applicazione diretta, non dovendosi distinguere se vi sia o meno un effetto traslativo, Cass. civ., 21 maggio 2012, n. 8002.

sibilità astratta e non attuale che sia esercitata un'azione revocatoria fallimentare che colpisca il bene promesso in vendita³⁵.

Come ha ribadito la sentenza in esame, il promissario acquirente avrebbe inoltre la facoltà – ma non l'obbligo³⁶ – di chiedere al giudice, ai sensi dell'art. 1482, 1° comma, l'assegnazione di un termine per la liberazione del bene da eventuali ipoteche³⁷, ma potrebbe anche domandare subito la risoluzione del contratto o recedere trattenendo la caparra, senza essere tenuto a seguire quella procedura³⁸ ed in tal caso il giudice non deve assegnare alcun termine al promittente per rimediare ai vizi o eliminare un'ipoteca taciuta³⁹.

Il problema che si pone a monte di tutte queste decisioni consiste peraltro nel coordinamento tra le tutele offerte alla parte delusa e la funzione del termine per l'adempimento che sia stato indicato nel preliminare.

Termine per l'adempimento e recesso anteriore alla scadenza

Le sentenze ora ricordate, come appena accennato, raramente affrontano apertamente il problema della possibilità di recedere dal contratto prima della scadenza, laddove emerga un difetto non dichiarato, che può riguardare sia vizi "giuridici" (evizione) che materiali (difetti del bene).

Se infatti il termine è posto a favore del contraente cui sia imputabile il vizio, allora è sbagliato sottrargli il tempo che il contratto mette a sua disposizione per adempiere trasferendo, con il definitivo, il bene esattamente come promesso; d'altro canto la controparte deve poter avere ragionevole certezza che la promessa verrà adempiuta, al di là della semplice affermazione che esista un tempo stabilito nel preliminare per provvedervi.

Anzitutto, come premessa, occorre evidenziare che, in ogni caso, la volontà delle parti deve formarsi liberamente, sicché se il difetto della prestazione promessa, materiale o giuridico, sia stato taciuto volontariamente, allora il contratto preliminare sarà sempre soggetto all'annullamento per dolo⁴⁰.

Altra è però la questione dei difetti funzionali anziché genetici del preliminare.

In una nota precedente, relativa ai problemi urbanistici che possono rendere incommerciabile il bene, ho ricordato che esistono abusi insanabili ed abusi c.d. "minori", che sono rimediabili: solo nel primo caso il preliminare è nullo perché ha un oggetto (giuridica-

mente) impossibile, ovvero un bene che mai potrà essere trasferito⁴¹.

Alla prima ipotesi devono poi ricondursi i casi in cui l'istanza di sanatoria sia stata rigettata⁴² o quando il promittente alieni il bene ad altri nonostante il preliminare⁴³.

Questo è allora un primo criterio di soluzione: ogni volta che vi sia certezza che i difetti del bene siano certamente irrimediabili, allora il voler mantenere efficace il contratto sarebbe pretesa contraria a buona fede e dunque vanno ammessi sia il recesso che la risoluzione, ricordando che le due pretese sono alternative⁴⁴.

Il termine è a favore del debitore, infatti, a condizione che la prestazione sia realizzabile: non è un caso che l'art. 1186 c.c. preveda la decadenza dal beneficio laddove la situazione patrimoniale del debitore precipiti e questo criterio è indicativo della bontà della soluzione suggerita.

La risposta vale anche se risulti che il tempo a disposizione sia manifestamente insufficiente, ad es. perché chi doveva effettuare lavori di ristrutturazione sia rimasto inerte o chi doveva presentare apposite istanze (es. di sanatoria) all'amministrazione, abbia lasciato passare il tempo inutilmente oppure qualora sopravvenga una trascrizione pregiudizievole ad opera di un terzo, che legittima il promissario acquirente a rifiutare di concludere il definitivo stante il pericolo concreto di perdere il bene⁴⁵.

Qui la prestazione non è oggettivamente impossibile, ma lo diventa per la consumazione del tempo necessario per ottenerla⁴⁶ ed a tal fine non è necessario che vi sia una certezza assoluta, perché anche il rischio ragionevolmente insuperabile nel termine consente la medesima risposta.

In tutte le altre ipotesi, invece, la parte che vede il termine a proprio favore ben potrà contestare ogni pretesa di scioglimento del contratto, perché contraria alla funzione assegnata al tempo stabilito per il definitivo.

Chi promette un bene non suo, ad es., può nel frattempo acquisirne la titolarità⁴⁷ o renderlo libero da pesi ed oneri o completare pratiche amministrative⁴⁸.

Se invece il preliminare non preveda un termine, allora occorrerà rivolgersi al giudice per la sua fissazione ai sensi dell'art. 1183 c.c., facoltà che peraltro non vede stabilita alcuna procedura specifica e dunque occorrendo decidere se percorrere la strada del ricorso di volontaria giurisdizione o quello contenzioso.

³⁵ Cass. civ., 22 febbraio 2016, n. 3390, in *Fallimento*, 2017, 352.

³⁶ Cass. civ., 13 aprile 2022, n. 12032; Cass. civ., 8 settembre 2017, n. 20961; Cass. civ., 2 settembre 2009, n. 19097.

³⁷ Calvo, cit., 168.

³⁸ Cass. civ., 1° dicembre 2000, n. 15380, in *Contratti*, 2001, 543.

³⁹ Cass. civ., 13 aprile 2022, n. 12032.

⁴⁰ Roppo, cit., 622; Sacco, cit., 1245 e segg.

⁴¹ Sicchiero, *Validità dei preliminari di vendita di immobili "abusivi"*, in *Giur. It.*, 2022, 842.

⁴² Calvo, cit., 180.

⁴³ Cass. civ., 14 aprile 2004, n. 7066.

⁴⁴ Per tutte v. Cass. civ., 8 settembre 2017, n. 20957.

⁴⁵ Cass. civ., 29 novembre 2019, n. 31314, in *Studium iuris*, 2020, 734.

⁴⁶ Cfr. Bianca, cit., 175.

⁴⁷ Lo evidenzia infatti Cass. civ., 16 gennaio 2020, n. 787, in *Studium iuris*, 2020, 1085; Cass. civ., 2 marzo 2015, n. 4164.

⁴⁸ Cfr. la motivazione di Cass. civ., 30 gennaio 2020, n. 2196, in *Studium iuris*, 2020, 1085; Cass. civ., 8 settembre 2017, n. 20939; Cass. civ., 8 settembre 2017, n. 20961.

È peraltro possibile, in alternativa, anche avvalersi della diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*⁴⁹, proprio perché l'assenza del termine rende subito esigibile la prestazione, ma qui il rischio è che il contratto si risolva quando magari l'intimante intenda invece attenerne l'adempimento.

Non è allora un caso che si sostenga la possibilità di agire con la domanda di esecuzione in forma specifica anche in assenza di inadempimento altrui⁵⁰, necessario semmai per la liquidazione delle spese di lite.

Vero è peraltro che, vertendosi in tema di diritti reali, la domanda deve essere preceduta dal tentativo obbligatorio di mediazione previsto dall'art. 5, D.L. n. 28/2010, la cui proposizione – oltre ad impedire ogni decadenza – mette effettivamente in mora la parte intimata.

Maternità surrogata

Cassazione civile, Sez. I, 21 gennaio 2022, n. 1842 – Pres. Bisogni – Rel. Caiazza – P.M. Ceroni (conf.) – Ministero dell'Interno, Sindaco Comune di Verona (Avvocatura Generale dello Stato) – F.P., B.F., in proprio e quali genitori di B.F.P. (avv. Schuster) – Procuratore generale presso App. Venezia. *Remissione al Primo Presidente.*

Maternità e infanzia – Atto di nascita – Trascrizione – Ordine pubblico – Adozione

La Prima Sezione Civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente per valutare l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della questione relativa al riconoscimento di atto di nascita estero di minore nato mediante ricorso alla gestazione per altri, per il genitore senza legami genetici, all'esito della sentenza della Corte. cost. n. 33/2021. La sentenza, nell'individuare il rilevante deficit di tutela del minore derivante dal diritto vivente, in quanto limitato alla adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), L. n. 183/1984 impone, secondo l'ordinanza interlocutoria, un superamento del diritto vivente sancito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni unite di questa Corte, che ha ritenuto non trascrivibile l'atto predetto perché contrario ai principi di ordine pubblico internazionale. (Massima non ufficiale)

Omissis. – La soluzione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite.

(Omissis). L'attenzione deve essere rivolta, in questa prospettiva, ai due valori che sono stati menzionati dalle precedenti pronunce sia della Corte Costituzionale che della giurisprudenza di legittimità vale a dire la dignità della donna coinvolta nel processo procreativo e la preservazione

Mi pare quindi possibile concludere nel senso che, quando manchi il termine per stipulare il definitivo, sia necessario, prima di procedere con l'azione giudiziaria per l'esecuzione coattiva, che la parte interessata provveda a costituire in mora la controparte quantomeno con la proposizione della richiesta di mediazione obbligatoria, al fine di far constatare il suo (eventuale) illegittimo rifiuto alla conclusione del definitivo ed anche per non causare danni che la trascrizione della domanda *ex art. 2932 c.c.* spesso comporta per il solo fatto di esistere⁵¹.

Se invece procede subito – proponendo la mediazione in corso di causa – e l'altro contraente nulla opponga alla stipula del definitivo, allora l'assenza di mora renderà ingiustificata, dal profilo della soccombenza, l'azione giudiziaria.

dell'istituto dell'adozione. Sotto il primo profilo non può ritenersi che la donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà, è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell'ordinamento del paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore. Al contrario se queste condizioni sono esistenti e sono state rispettate il bilanciamento basato sul diniego aprioristico di riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) assume una connotazione di non inerente alla soluzione di un concreto e attuale conflitto perché inconferente rispetto all'esigenza di tutela della dignità donna cui l'ordinamento straniero ha riconosciuto una libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale. Appare quindi del tutto irragionevole ritenere irrilevante la valutazione della legislazione (e della sua applicazione) nel paese in cui la gestazione per altri è avvenuta, così come non risponde all'esigenza di una corretta valutazione degli interessi in gioco non considerare quale sia stata in concreto la posizione e la volontà della donna coinvolta nella gestazione. *(Omissis).* Sotto il profilo invece dell'interferenza lesiva delle tecniche di surrogazione di maternità sull'istituto della adozione la valutazione degli interessi costituzionalmente rilevanti non può che riferirsi, in primo luogo, alla tutela del minore da pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che lo garantiscono, specificamente nei procedimenti di adozione

⁴⁹ Cass. civ., 3 novembre 2017, n. 26206 in *Nuova giur. civ.*, 2018, 538; Cass. civ., 27 ottobre 2017, n. 25623.

⁵⁰ Sacco, cit., 1254.

⁵¹ È opportuno ricordare che la Corte costituzionale, con sentenza 9 giugno 2022, n. 143, ha dichiarato inammissibili le que-

stioni di costituzionalità degli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c., laddove non consentono la cancellazione in via d'urgenza della trascrizione di una domanda giudiziale, nemmeno se manifestamente emulativa, stante la discrezionalità del legislatore nello stabilire la disciplina della pubblicità.