

Milano, 26 marzo 2018

**OGGETTO: ATTESTATO PUBBLICAZIONI**

Con la presente si attesta che l'Avv. Ivan Libero Nocera ha pubblicato per la Rivista "*Immobili & proprietà*", edita da Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, i seguenti contributi:

- "Preliminare di vendita di un immobile abusivo", in "*Immobili & proprietà*", n. 10/2012;
- "Mediazione unilaterale in caso di mandato tra l'agente immobiliare e una parte", in "*Immobili & proprietà*", n. 11/2012;
- "Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione", in "*Immobili & proprietà*", n. 3/2013;
- "Efficacia del vincolo di destinazione immobiliare", in "*Immobili & proprietà*", n. 5/2013.

Cordiali saluti

Francesco CANTISANI  
Senior Publishing Manager  
Direzione Editoriale Area Legale  
Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Preliminare

# Preliminare di vendita di un immobile abusivo

di **Ivan Libero Nocera** - Dottore di ricerca presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Nella prassi immobiliare non è infrequente imbattersi in un contratto preliminare di vendita di un immobile parzialmente abusivo, in cui il promissario venditore si impegna a provvedere a sanare l'abuso prima del perfezionamento del contratto definitivo. Qualora il promissario venditore si riveli inadempiente non regolarizzando l'immobile, si pone il problema della tutela del promissario acquirente. In particolare, occorre verificare se sussista o meno la possibilità di esperire l'azione di esecuzione in forma specifica, in modo da ottenere una sentenza costitutiva che in sostituzione del contratto definitivo trasferisca la proprietà dell'immobile sanando l'irregolarità edilizia.

La questione della tutela del compratore di immobile abusivo si traduce nella verifica di applicabilità della disciplina sul controllo dell'attività urbanistico-edilizia ai trasferimenti coattivi attraverso l'esecuzione ex art. 2932 cod. civ. del contratto preliminare inadempito.

Risulta dunque inevitabile l'analisi della disciplina legislativa speciale con riferimento ai rimedi ai fini della commerciabilità dei beni immobili irregolari, esaminando la relazione tra contrattazione preliminare ed il sistema di invalidità negoziale delineato dalla normativa urbanistico-edilizia.

## Opposte tendenze della legge: sanzionare l'abuso, tutelare l'acquirente, salvaguardare il traffico giuridico

La legge 28 febbraio 1985, n. 47, volta a scoraggiare e ostacolare il fenomeno dell'abusivismo edilizio (1), presenta un sistema sanzionatorio che prevede, oltre a rimedi sul piano penale e amministrativo, anche la nullità benché sanabile degli atti relativi a diritti reali su immobili che presentano irregolarità rispetto alle disposizioni di legge.

È utile, ai fini della presente indagine, identificare le finalità della suddetta disciplina.

Osservando la disposizione di cui all'art. 40 legge n. 47/1985 (ora sostituita dagli artt. 40 e 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) emerge la predisposizione di un controllo diffuso sul rispetto delle norme edilizie, che induce gli stessi acquirenti a verificare la regolarità dell'immobile, pena la nullità benché sanabile del contratto.

La previsione di tale invalidità implica una ingerenza massima del legislatore nell'autonomia privata. È possibile infatti individuare quattro differenti funzioni assunte dal suddetto rimedio. In primo luogo assolve a una funzione punitiva, sebbene limitatamente agli atti ad efficacia reale, là dove rende incommerciabili gli immobili abusivi (2). Persegue, inoltre, una finalità preventiva nel salvaguardare la

risorsa collettiva per lo più non rinnovabile dell'equilibrio del territorio naturale e urbano, oltre a una funzione deterrente, posto che dissuade dal ricavare profitti dalla speculazione edilizia. Infine, assume altresì una funzione di tutela del soggetto acquirente che ha stipulato un contratto relativo a un bene irregolare ponendo il suo affidamento incolpevole sulla regolarità e validità dell'affare.

Risulta evidente come alcuni dei suddetti obiettivi possano porsi in chiara opposizione con altri: basti pensare come l'interesse alla prevenzione degli abusi mal si concili con l'imposizione di limiti di operatività della regola di nullità, ovvero come la tutela dell'affidamento dell'acquirente incolpevole cozzi con l'invalidità dell'atto dispositivo.

Il contemperamento tra le opposte esigenze di ostacolare il fenomeno dell'abusivismo, da una parte, e

### Note:

(1) È opportuno in proposito rammentare che per abusività dell'immobile si ritiene «l'attività edificatoria o, in generale, di modifica dell'assetto del territorio, che non dovrebbe essere compiuta, poiché non assentita dall'Autorità amministrativa con apposito provvedimento», così Corletto, *Opere abusive (Edilizia e urbanistica)*, in *Digesto*, sez. civ., Torino, 1994, 336.

(2) In proposito cfr. Baralis, Ferrero, Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. not.*, 1985, I, 523; Marmocchi, *Atti dispositivi nelle leggi 47/85 e 179/92*, in *Riv. not.*, 1992, 97.

la salvaguardia del traffico giuridico che include la tutela dell'acquirente, dall'altra, sbilanciato a favore della seconda nella legge Bucalossi, viene perfezionato con la legge n. 47/1985 (c.d. "sul condono edilizio") diretta ad assicurare che le modifiche dell'assetto territoriale avvengano in accordo con gli strumenti urbanistici, nel senso di limitare maggiormente il regime di incommerciabilità degli immobili irregolari.

Infatti, attraverso il combinato disposto delle previsioni di cui agli artt. 17, comma 1, e 40, cpv., pur evitando di rendere incommerciabili i beni irregolari, si impongono precisi requisiti di validità a determinati atti riguardanti gli immobili abusivi, eliminando il riferimento alla conoscenza in capo all'acquirente del difetto di concessione (3).

Le due norme, accomunate dalla medesima *ratio*, si distinguono in quanto l'art. 40 si applica ai contratti aventi ad oggetto la compravendita di edifici la cui costruzione è iniziata dopo il 1° settembre 1967 e fino all'entrata in vigore della legge n. 47/1985, mentre l'art. 17 riguarda gli edifici la cui costruzione è iniziata successivamente. Tuttavia l'art. 40, cpv. fa riferimento agli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali, là dove l'art. 17 afferisce agli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali.

Si superano dunque le su esaminate criticità della precedente disciplina laddove, oltre a precisare esplicitamente quali destinatari dei precetti sia «edifici» sia «loro parti», si specifica puntualmente la latitudine di applicabilità limitandola agli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali, con l'espressa estromissione degli atti di costituzione, modificazione o estinzione di diritti reali di garanzia o di servitù.

La sanzione civile della nullità è in tale normativa collegata alla mancata apposizione all'atto della dichiarazione dell'alienante da cui risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare ovvero ancora della concessioni in sanatoria con gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione (4). Si aggiunge inoltre che, nel caso in cui difettino tali elementi formali, sebbene al tempo di stipula dell'atto relativo a beni immobili sia comunque sussistente la concessione edilizia o atti equivalenti, anche una sola delle parti contraenti può confermare l'elemento mancante redigendo un atto successivo che completi il primo.

Dall'analisi delle disposizioni di cui sopra emerge con maggiore forza il tentativo del legislatore di individuare il difficile punto di convergenza tra la prospettiva sanzionatoria diretta a reprimere *tout court* l'abuso sottraendolo alla disponibilità delle parti contraenti, l'opposta esigenza di tutela dell'interesse

particolare dell'acquirente ad evitare la nullità dell'atto, e la necessità di salvaguardare l'interesse generale al traffico giuridico.

### **La nullità negoziale della legge sul condono edilizio: natura formale o sostanziale?**

Le opposte tendenze perseguite dalla legge spiegano il singolare regime sanzionatorio previsto dalla normativa. Infatti, pur prevedendo la nullità, non si assoggettano a invalidità gli atti di compravendita di edifici la cui originaria abusività sia stata successivamente oggetto di sanatoria, ovvero, sebbene non ancora sanata al momento della stipula del negozio, sia idonea a venir meno in seguito alla concessione in sanatoria *ex silentio* o in virtù di un provvedimento della pubblica Amministrazione, a condizione, tuttavia che l'alienante produca, in allegato al contratto, tutti i documenti aventi valenza di prova dell'avvenuta presentazione della domanda di concessione in sanatoria.

Un rimedio siffatto - che accosta alla severa sanzione della nullità la conferma dell'atto nullo - pare riflettere la stessa equivocità che caratterizza le finalità della legge. Infatti, pur costituendo *prima facie* un mezzo di tutela diretto a colpire in maniera pressoché chirurgica esclusivamente i contratti relativi a immobili concretamente abusivi e non più suscettibili di sanatoria, sembra inadeguato di fronte alla fattispecie idiosincratica in cui un soggetto che alieni un edificio costruito con regolare concessione edilizia, ovvero un immobile abusivo ma con richiesta di concessione in sanatoria inoltrata all'Amministrazione competente, ometta per semplice negli-

---

#### **Note:**

(3) In proposito, come argutamente osserva Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 10, «sarebbe del tutto irragionevole incidere con maggiore efficacia sulle contrattazioni tra privati aventi ad oggetto costruzioni iniziate prima dell'entrata in vigore della legge, inducono ad imputare ad una "svista" del legislatore la differente formulazione dell'art. 40, comma 2, e a ritenere quindi in ogni caso operante la limitazione di atti rilevanti indicata dall'art. 17, comma 1». Residua tuttavia la peregrina ipotesi, sostenuta da Baralis, Ferrero, Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985*, n. 47, *cit.*, 525, che il legislatore abbia voluto favorire, con la maggiore latitudine di cui all'art. 40, cpv, (relativo alle costruzioni iniziate prima il vigore della legge n. 47/1985), il ricorso al condono, permettendo il rientro nella sfera della legalità degli immobili abusivi.

(4) Si veda in merito come la giurisprudenza abbia interpretato la disposizione di cui all'art. 40 della legge n. 47/1985 in senso lato laddove si è ritenuto pleonastico allegazione «oltre alla copia della domanda in sanatoria anche della copia della ricevuta del versamento dell'oblazione, essendo sufficiente la prova dell'avvenuto pagamento», così Trib. Como, 17 novembre 1987, in *Vita not.*, 1988, 843.

genza di allegare la concessione o la domanda di concessione.

In altre parole, nella doverosa attività ermeneutica richiesta dalla legge sul condono edilizio, è pregiudiziale stabilire se il legislatore abbia voluto far prevalere il dato formale della presenza delle attestazioni, in ipotesi anche mendaci, delineando dunque una fattispecie di nullità testuale, ovvero la sostanza di atti relativi ad immobili regolari benché privi dei requisiti di forma prescritti dalla norma, per mezzo di una nullità meramente virtuale (5).

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie propendono per una qualificazione della natura della suddetta nullità in senso testuale e documentale, riconducibile, nel sistema generale delle invalidità, all'ultimo comma dell'art. 1418 cod. civ. (6).

Infatti, è opportuno rilevare come la qualificazione della nullità in senso formale appaia in accordo con le finalità cui anela la legge sul condono edilizio con riferimento alla tutela dell'acquirente. Si ricorda, invero, che la normativa consente di salvaguardare l'affidamento di quest'ultimo alla regolarità dell'immobile in quanto la dichiarazione dell'alienante, contenente gli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria, rappresenta un adeguato strumento informativo relativo all'eventuale sussistenza di irregolarità.

La sanzione invalidante permette, inoltre, di tutelare l'interesse generale alla prevenzione di comportamenti anti-giuridici in relazione alla costruzione di edifici abusivi poiché attraverso l'indicazione degli elementi formali si limita fortemente la circolazione dell'immobile. Infatti, la menzione degli estremi della concessione risulterebbe appunto inattuabile in caso di assenza della concessione, la quale costituisce un provvedimento amministrativo dell'autorità comunale. La nullità formale, quindi, assolve alla funzione di porre *extra commercium* gli immobili abusivi.

Oltre a ciò, dalla lettera delle norme di cui agli artt. 17 e 40 della legge n. 47/1985 si palesa come il legislatore abbia voluto elevare a requisito di validità la sussistenza di determinate dichiarazioni. Spie di tale configurazione risultano, al comma 4 dell'art. 40, la previsione del rimedio della conferma dell'atto nullo per mezzo di un atto successivo «redatto nella stessa forma del precedente», ed il riferimento alla «menzione» degli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria. Peraltro, l'esplicito richiamo alla nullità esclude la configurazione di un'invalidità virtuale, vale a dire di una nullità scaturente da una ricostruzione ermeneutica che collega il contratto agli scopi perseguiti dal precetto trasgredito: tale at-

tività interpretativa è soggetta a inevitabili oscillazioni casistiche condizionate dalla volontà dei contraenti.

È opportuno precisare che proprio l'elemento della conferma non realizza tecnicamente una sanatoria in quanto non integra una vera e propria convalida, bensì la nuova dichiarazione di un atto già fornito di concessione e quindi sostanzialmente regolare (7): come afferma una decisione della Cassazione, infatti, la conferma è permessa «in dipendenza di carenze formali della precedente stipulazione e non in presenza dell'insussistenza all'epoca di essa, dei requisiti sostanziali per la commerciabilità del bene» (8).

Sebbene certa dottrina abbia interpretato la conferma in senso riduttivo alla stregua di una condizione di efficacia del contratto di vendita (9), ovvero di una dichiarazione di scienza con funzione integrativa del contratto (10), in modo da non renderla in ogni caso idonea a sanare il contratto qualora risulti mendace, l'interpretazione sistematica induce a ritenere la conferma quale «rimedio convalidante» che consente di far riacquistare validità al contratto nul-

## Note:

(5) Prima che il legislatore approntasse una disciplina specifica in materia la giurisprudenza era divisa tra chi affermava la nullità dell'immobile privo di concessione edilizia per nullità dell'oggetto (Trib. Venezia, 9 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1794) e chi considerava il contratto preliminare di un edificio irregolare valido ma suscettibile di risoluzione (Cass. 24 febbraio 1982, n. 1139, in *Foro it.*, 1982, I, 2436).

(6) Si veda in merito la decisione di cui Cass. 15 giugno 2000, n. 8147, in *Contratti*, 2001, 13, con nota di Angiuli, e in *Riv. not.*, 2001, 142, con nota di Casu; Cass. 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Giur. it.*, 1998, 32; Cass. 22 febbraio 1995, n. 1981, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 411. Sposano la tesi della nullità formale: Mengoli, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 1990, 171; Alpa, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge del condono edilizio*, in *Riv. giur. edil.*, 1086, 92; Tozzi, *La peculiare conferma prevista negli artt. 17, comma 4 e 40, comma 3, della legge n. 47 del 1985*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 653; Santarcangelo, *La nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47: casi e questioni*, in AA.VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Comitato Regionale Notarile Lombardo, Giornate di studio, Atti Pavia, 12 giugno 1993, Milano, 132; Luminoso, *Contrattazione immobiliare e disciplina urbanistica*, cit., 59; Marmocchi, *Atti dispositivi nelle leggi 47/85 e 179/92*, in *Riv. not.*, 1992, 100.

(7) Infatti come correttamente osserva Cass. 15 giugno 2000, n. 8147, in *Contratti*, 2001, 13, la conferma «deve risolversi in un nuovo o distinto atto, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti, avente i medesimi requisiti formali del precedente, ed in forme che non ammettono equipollenti».

(8) In tal senso Cass. 17 agosto 1999, n. 8685, in *Contratti*, 2000, 9, con nota di Besozzi.

(9) Così Negro, *Prime osservazioni sulla nullità di cui alla l. 47 del 1985*, in *Resp. civ.*, 1985, 171.

(10) Cfr. Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28 febbraio 1985 n. 47)*, in *Quadrimestre*, 1985, 325.

lo, compatibilmente con il disposto codicistico di cui all'art. 1423 cod. civ. e con la finalità legislativa di salvaguardare il traffico giuridico (11).

La posizione che qualifica la nullità di cui all'art. 40 della legge sul condono edilizio come un'ipotesi di nullità formale non riscontra tuttavia l'unanimità della dottrina. Infatti la suddetta configurazione conduce potenzialmente ad una discrasia tra forma e sostanza, potendo comportare la declaratoria di nullità anche di un contratto di vendita regolare benché mancante, anche per mera dimenticanza, del requisito formale, o viceversa la validità di un contratto cui si accompagna l'indicazione di estremi falsa. Conseguentemente alcuni autori hanno ritenuto che ai fini della validità del negozio sia necessaria la considerazione della reale e oggettiva situazione giuridica in cui versa l'immobile (12).

Seguendo la prospettiva sostanzialistica di una nullità virtuale derivante dalla legge n. 47/1985 si realizzerebbe un maggiore bilanciamento di interessi in quanto si garantirebbe un determinato grado di effettività nel traffico giuridico, posto che si comminerebbe la nullità ad ogni contratto che trasferisca diritti reali su beni immobili abusivi, in virtù della regola generale prevista a salvaguardia delle norme imperative dall'art. 1418, comma 1, cod. civ.

Tale ricostruzione risulta, tuttavia, contraddetta da alcune considerazioni. In primo luogo, si osserva che dalla limitazione della sanzione civile ai soli atti immediatamente traslativi emerge che il legislatore non abbia voluto sottrarre completamente al traffico giuridico gli immobili privi di concessione, conservando la validità agli atti ad effetti obbligatori: l'elemento di disvalore assegnato all'abuso edilizio rileva dunque solo in quanto la disciplina vieta di stipulare validamente contratti ad efficacia reale. Inoltre si ravvisa come la nullità di cui all'art. 40 non discende dal difetto di uno degli elementi essenziali ma risulta espressamente prevista, rappresentando dunque uno dei casi ascrivibili al comma 3 dell'art. 1418 cod. civ. Infine, qualora prevalesse l'impostazione sostanzialistica della nullità si svuoterebbe la valenza della concessione quale mezzo informativo, a beneficio dell'acquirente, relativo alla situazione giuridica dell'immobile oggetto del contratto.

È possibile però individuare una posizione intermedia che ammette entrambe le su esaminate ipotesi di invalidità a secondo della sussistenza e veridicità o meno della concessione. Sul piano rimediabile dunque si osserverebbe una nullità formale, suscettibile di sanatoria con una successiva conferma, in caso di mancata indicazione degli elementi formali, ed una

nullità sostanziale in ipotesi di assenza del provvedimento richiesto (13). Tale indirizzo, nondimeno, conferma l'interpretazione formale della nullità prevista dalla normativa sul condono edilizio, posto che l'invalidità resta pur sempre collegata al mancato rispetto di prescrizioni di forma e, in determinate ipotesi, risulta sanabile per mezzo dell'istituto della conferma se la mancata indicazione degli estremi della licenza o della concessione edilizia non sia disposta da insussistenza del provvedimento amministrativo al tempo del perfezionamento del contratto. Infatti, la nullità sanziona gli atti con i quali sono trasferiti diritti reali su immobili nel caso in cui non sia allegata la dichiarazione degli estremi della concessione edilizia o degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, colpendo la mera inosservanza di un obbligo formale in capo al venditore. Tale obbligo è diretto a rendere edotto l'acquirente delle condizioni del bene o a consentirgli di compiere gli accertamenti sulla regolarità dell'immobile stesso attraverso il raffronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia, ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria. Tuttavia, non si prevede alcuna invalidità in seguito alla mera difformità della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione, per cui saranno attratti nella declaratoria di nullità o nell'impedimento alla pronuncia sostitutiva del preliminare ex art. 2932 cod. civ., solo gli atti relativi a immobili

### Note:

(11) Si osservino, infatti, le altre due ipotesi codicistiche in cui si rinviene la conferma, ovvero l'art. 590 cod. civ., in tema di disposizione testamentaria da parte di chi conosce la causa della nullità, e l'analogo art. 799 cod. civ. relativo alla donazione. In proposito si veda Tozzi, *La peculiare conferma prevista negli artt. 17, comma 4 e 40, comma 3, della legge n. 47 del 1985*, cit., 653; Santarcangelo, *La nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47: casi e questioni*, cit. 143; Bergamaschi, *La nullità degli atti giuridici relativi ad edifici nella legge cosiddetta di condono edilizio*, in *Arch. civ.*, 1986, 583.

(12) In tal senso si esprimono Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28 febbraio 1985 n. 47)*, cit., 326; Mariconda, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: le nullità relative ai terreni*, in *Corr. giur.*, 1987, 751; Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. not.*, I, 1986, 272.

(13) Sostengono tale tesi Bergamaschi, *La nullità degli atti giuridici relativi ad edifici nella legge cosiddetta di condono edilizio*, cit., 584; Maestroni, *Il recupero del negozio nullo nella legge 47/1985*, in *AA.VV., Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Comitato Regionale Notarile Lombardo, Giornate di studio, Atti Pavia, 12 giugno 1993, Milano, 158; Nacci, *Lottizzazione abusiva e contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1991, 1, 2468; Cataudella, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 497; Tondo, *Commento all'art. 17*, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di Predieri, Roma, 1985, 220.

li edificati in maniera tale da non potere essere ricondotti alla previsione contenuta nella licenza o nella concessione.

In proposito, giova ricordare che sono ritenuti interventi realizzati in totale difformità dal permesso di costruire quelli che implicano la costruzione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche di utilizzazione, tipologiche o planovolumetriche, dall'immobile che ha ottenuto la concessione, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi che superino i limiti fissati nel progetto in modo da costituire un organismo edilizio o parte di esso autonomamente utilizzabile e che abbia una specifica rilevanza.

L'interpretazione della nullità di cui all'art. 40 in senso formale consente quindi alla normativa di adempiere ad una duplice funzione: da un lato quella generale di ostacolo al fenomeno dell'abusivismo pur senza impedire *ab imis* la commerciabilità degli immobili irregolari, dall'altro quella particolare di tutela dell'acquirente nel conoscere la situazione giuridica dell'immobile e perciò di essere maggiormente garantito al momento dell'acquisto.

### **L'invalidità della disciplina edilizia non è applicabile anche al preliminare**

Occorre ora chiedersi se la su vista nullità degli atti dispositivi sia applicabile ai contratti preliminari della suddetta normativa, verificando quindi la possibilità di esperire l'azione di esecuzione in forma specifica al fine di ottenere una sentenza costitutiva del preliminare di vendita rimasto inadempito.

In merito alla validità di un contratto preliminare privo degli elementi formali richiesti dagli artt. 17 e 40 della legge n. 47/1985 si registra un interessante dibattito che coinvolge sia il formante dottrinario che quello giurisprudenziale. È nettamente individuabile un orientamento dottrinario maggioritario, suffragato in maniera coriacea dalla giurisprudenza di legittimità, che sostiene la limitazione dell'invalidità ai soli contratti definitivi aventi efficacia reale (14). La lettera dell'art. 40 della legge sul condono edilizio afferma esplicitamente nel circoscrivere il suo ambito applicativo che essa concerne esclusivamente i contratti che trasferiscono diritti reali, per cui, considerando il preliminare come produttivo di soli effetti obbligatori, ovvero come un *pactum de contrahendo* fonte di un mero obbligo di *facere* (15), la posizione prevalente esclude i contratti preliminari dal raggio d'azione della nullità di cui agli artt. 17 e 40 (16).

Tale conclusione non è tuttavia priva di obiezioni (17). Si potrebbe infatti ritenere il contratto preliminare ad ogni modo preordinato al trasferimento del diritto reale, visto che l'art. 2932 cod. civ., ap-

partenente alla categoria concettuale dell'obbligo a contrarre, attribuisce a ciascuna parte il diritto di reagire all'inadempimento dell'altra, con la proposizione di una domanda giudiziale volta ad ottenere una sentenza che produce gli effetti del contratto non stipulato (18). Inoltre, vale ricordare che la novella dell'art. 2645-bis cod. civ. ha introdotto la possibilità di trascrivere il preliminare di un negozio traslativo, per cui il promissario, sebbene non acquisti ancora la proprietà, per effetto della trascrizione acquisisce una sorta di "diritto all'acquisto" opponibile ai terzi (19).

Lo statuto giuridico del promissario acquirente è stato progressivamente rinforzato anche dal formante giurisprudenziale come testimoniato da numerose pronunce di legittimità (20).

#### **Note:**

(14) Si ricorda *ex pluribus* Cass. 1° settembre 1997, n. 8335, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1597.

(15) Per il tradizionale orientamento in tema di qualificazione del preliminare si rinvia in generale all'approfondita analisi storica di Paladini, Giusti, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, *passim*; Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1998, 311; Cian, Trabucchi, *Commentario breve al codice civile, sub art. 1351*, Padova, 1991.

(16) In tal senso, Cass. 3 settembre 1993, n. 9313, in *Foro it.*, 1994, I, 450; Cass. 2 aprile 1996, n. 3028, in *Giust. civ., Mass.*, 1996, 843; Cass. 9 luglio 1994, n. 6493, in *Foro amm.*, I, 2509; Cass. 3 settembre 1993, n. 9313, in *Contratti*, 1993, 633; Cass. 1° settembre 1997, n. 8335, in *Gius.*, 1998, I, 45; Trib. Napoli, 3 febbraio 1989, n. 1548, in *Dir. e giur.*, 1990, 802; Trib. Napoli, 20 febbraio 1989, in *Riv. not.*, 1990, 186. In dottrina si veda Baralis, Ferrero, Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985*, n. 47, *cit.*, 550; Santarcangelo, *Condono edilizio - Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Milano, 1991, 352; Pacifico, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, 298; Casu, Raiti, *Condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 1999, 20; Leo, *Contratto preliminare e disciplina urbanistica*, in *Contratti*, 1998, 423.

(17) L'estensione dell'applicazione degli artt. 17 e 40 al contratto preliminare è sostenuto tra gli altri da Marani, *sub art. 17*, in *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985*, n. 47, a cura di Gianolio, Santarcangelo di Romagna, 1985, 234.

(18) Si vedano in merito le osservazioni di Amoroso, *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. e giur.*, 1964, 421; Chianale, *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, 279; Proto Pisani, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1895.

(19) Sugli effetti della trascrivibilità del preliminare si vedano Luminoso, *La compravendita*, III, Torino, 2003, 379; Corrias, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 1005; Carrabba, *La trascrizione del contratto preliminare*, Napoli, 1998, 63-91.

(20) Cfr. in merito Cass. 22 luglio 1977, n. 3272, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 229 seguita da Cass. 25 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1631; Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Corr. giur.*, 2004, 1451; Cass., Sez. Un., 11 maggio 2006, n. 11624, in *Corr. giur.*, 2006, 1394.

L'estensione del rimedio della nullità di cui all'art. 40 della legge n. 47/1985 ai contratti preliminari permetterebbe indubbiamente di percorrere la funzione di deterrenza rappresentata dalla legge sul condono edilizio, disincentivando la circolazione degli immobili irregolari, la quale altrimenti potrebbe profittare dell'utilizzo di figure negoziali atipiche, quali il preliminare c.d. ad effetti anticipati, per finalità sostanzialmente elusive delle norme edilizie. Si tratta di un fenomeno notevolmente diffuso nella prassi immobiliare in varie epifanie, laddove alla stipula di un contratto preliminare le parti prevedono la consegna materiale del bene, anticipata rispetto al rogito notarile, in corrispettivo della dazione di somme da imputarsi a pagamento di tutto o di una parte consistente del prezzo.

L'abituale impiego di questa figura si giustifica, oltre che per gli evidenti vantaggi fiscali, con la sempre più frequente esigenza nei traffici economico-giuridici di implementare la funzione di controllo già presente nel contratto preliminare c.d. puro, in cui vi è la semplice obbligazione alla prestazione del consenso per la stipula del contratto definitivo. Infatti, con tale negozio il promittente alienante realizza subito il corrispettivo, integralmente o in parte, e il promissario acquirente, godendo immediatamente del bene, ha l'opportunità di verificarne l'effettiva utilità e di percepire da esso un reddito, se tale bene è prontamente sfruttabile economicamente.

Sebbene l'ipotesi estensiva dell'invalidità ai preliminari presenti profili suggestivi e di evidente utilità deterrente, è possibile rintracciare argomenti che propendono per privilegiare la tesi che mantiene validi tali contratti benché privi degli elementi di regolarità previsti dalla legge.

Oltre al tenore letterale della norma, la quale menziona solo gli atti aventi ad oggetto diritti reali, si osserva come dopo la stipula del contratto preliminare ben possa intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi (21), con la conseguenza che, in questa ipotesi, si escluderebbe l'invalidità del contratto definitivo, ovvero si potrebbe ottenere una decisione di esecuzione in forma specifica del preliminare (22).

Sul piano funzionale è opportuno considerare che assegnando alla nullità prevista dagli artt. 17 e 40 una valenza sostanziale e assoluta, in modo da estendere la sua portata anche ai preliminari, non si comprenderebbe la scelta del legislatore di preservare dalla sanzione dell'incommerciabilità i contratti ad effetti obbligatori, che costituiscono un segmento importante del mercato immobiliare, e di prevedere

una serie di requisiti per la validità degli atti ad efficacia reale (23).

Inoltre, se pare pacifica la natura speciale della fattispecie di invalidità contenuta nella disciplina edilizia, la quale, come detto, tratteggia una nullità oggetto di sanatoria, subordinata alla dichiarazione dell'alienante l'immobile o comunque connessa alla presenza delle attestazioni formali, non è dunque suscettibile di applicazione analogica o estensiva a ipotesi non espressamente previste dalla legge (24).

Vi è altresì un argomento sistematico che milita a favore dell'inapplicabilità ai preliminari della nullità prevista nelle norme suddette. Infatti, l'art. 47, comma 1 della stessa legge n. 47/1985 stabilisce in favore dell'acquirente di un immobile o di parte di esso il diritto di prendere visione presso gli uffici comunali di qualsiasi documento relativo all'immobile stesso e di ottenere ogni certificazione relativa, precisando che tale diritto è attribuito anche nel caso in cui l'acquisto avvenga «sulla base di contratto preliminare di vendita con sottoscrizioni autenticate». Risulta palese come la suddetta disposizione si dimostrerebbe pletorica se non irragionevole qualora si riconoscesse cittadinanza all'applicazione in via ermeneutica della nullità ai contratti preliminari privi delle formalità edilizie; al contrario appare compatibile con l'interpretazione limitativa, là dove il diritto di informazione si giustifica nell'ottica di una possibile integrazione del preliminare relativo ad un immobile regolare benché mancante della

### Note:

(21) Il presupposto di accoglimento della sanatoria è la conformità dell'intervento edilizio alla disciplina urbanistica vigente al momento della sua realizzazione e a quello della presentazione della domanda di sanatoria, come sostiene Cons. Stato, 12 dicembre 2006, n. 6474, in *www.giustamm.it*; Cons. Stato, 26 aprile 2006, n. 2306, in *www.giustamm.it*; T.A.R. Lombardia, 9 giugno 2006, n. 1352, in *Urb. e app.*, 2007, 339, con nota di Travi, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive un istituto che non convince*.

(22) In argomento cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20258, in *Giust. civ.*, 2010, 335; Cass. 17 giugno 1999, n. 6018, in *Riv. not.*, 2000, 445, con nota di Casu; Cass. 11 luglio 2005, n. 14489, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass. 24 aprile 2007, n. 9849, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 4.

(23) Sul punto cfr. Cass. 18 agosto 2004, n. 20399, in *Contratti*, 2005, 409, con nota di Selvini, *Buona fede e contratto preliminare ad effetti anticipati*; Cass. 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. not.*, 2004, 304, con nota di Bucciarelli Ducci, *La Cassazione si pronuncia sulla natura della nullità in materia di un atto di natura urbanistica: osservazioni alla luce del testo unico 380/2001*.

(24) Si vedano in merito le osservazioni di Alpa, *Commento agli artt. 17-18 legge 28 luglio 1985, n. 47, cit.*, 1083, e Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, in *Contratti*, 2000, 230.

concessione edilizia, al fine di poter agire con l'esecuzione in forma specifica (25).

Infine, non sembra fondata la possibilità di sostenere la nullità del preliminare muovendo dall'art. 1351 cod. civ. che prescrive la nullità del contratto preliminare nel caso in cui non sia redatto nella medesima forma (*per relationem*) del definitivo. Infatti, come osserva la pronuncia in commento, tale previsione intende riferirsi alla forma in senso stretto, ovvero quale modalità attraverso cui la volontà dei contraenti si rende esteriormente visibile, non suscettibile di comprendere i requisiti formali di cui agli artt. 17 e 40 della legge n. 47/1985, i quali rappresentano semmai un elemento integrativo del contenuto del contratto (26).

Peraltro, si osserva come l'applicazione dell'art. 1351 cod. civ. in senso ampio, includendo quindi anche gli adempimenti previsti per il definitivo, svuoterebbe la tradizionale funzione assunta dal preliminare di "controllo delle sopravvenienze" (27), ovvero di impegnare i contraenti alla futura stipula, a condizioni e termini fissati in esso, di un successivo contratto definitivo. In tal modo, infatti, le parti possono avvalersi della possibilità, propria dello *spatium temporis* intercorrente tra preliminare e definitivo, non solo o non tanto di rinnovare il giudizio di convenienza del negozio, ma anche di verificare eventuali mutamenti obiettivi del contratto, quali la corrispondenza dell'immobile alla normativa urbanistico-edilizia, senza patire gli oneri fiscali di un'operazione non ancora matura per l'adempimento, la cui attuazione potrebbe risultare concretamente preclusa (28).

L'inammissibilità della sanzione dell'invalidità nei confronti del preliminare non lascerebbe privo di tutela il promissario acquirente. Questi, infatti, potrebbe esperire l'azione di responsabilità contro il promissario alienante che in sede di preliminare ha taciuto alla controparte la pendenza della pratica di condono edilizio relativa all'immobile o comunque la mancanza degli adempimenti formali richiesti dalla legge (29).

### Inammissibilità dell'esecuzione in forma specifica del preliminare

Occorre ora chiedersi se sia possibile ottenere una sentenza *ex art. 2932* che sostituisca il rogito notarile, trasferendo la proprietà dell'immobile in capo al promissario acquirente.

A sostegno dell'applicazione della disciplina dell'invalidità prevista dalla legge sul condono edilizio ai contratti preliminari si potrebbe affermare che nell'ipotesi contraria le prescrizioni relative alle forma-

lità sarebbero facilmente eludibili con l'esecuzione in forma specifica del preliminare inadempito, ritenendo che il requisito della "possibilità" richiesto dall'art. 2932 cod. civ. sia integrato a prescindere dalla menzione nel contratto preliminare degli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria. In tal maniera quindi, si utilizzerebbe la tutela prevista dall'ordinamento per ottenere un effetto dissimile da quello stabilito dall'autonomia delle parti, ovvero la regolarizzazione dell'immobile pur privo della concessione edilizia (30).

Occorre ricordare come sia da tempo superato l'orientamento restrittivo originario secondo cui la sentenza *ex art. 2932* non potesse attribuire nulla di diverso rispetto all'oggetto del contratto preliminare, rispetto al quale il giudice non aveva alcuna facoltà di ingerenza in senso quantitativo o qualitativo (31). Si riconosce, infatti, in capo al promissario acquirente della facoltà di domandare, contestualmente e cumulativamente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo (32). Nel caso in cui il preliminare di cui si chiede l'esecuzione in forma specifica abbia ad oggetto un immobile realizzato senza concessione edilizia, per il quale non sia intervenuta sanatoria, se si facesse derivare l'applicabilità della sanzione di nullità al preliminare dalla considerazione che altrimenti non vi

#### Note:

(25) Sul punto cfr. Pisu, *Il preliminare di compravendita immobiliare e la nullità sancita dagli artt. 17 e 40 della legge 28 febbraio 1985 n. 47*, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 426; Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, cit., 230.

(26) Si veda in proposito Checchini, *Nullità formale e nullità sostanziale nell'alienazione di immobili irregolari (artt. 17, 18 e 40)*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 395.

(27) *Ex multis* cfr. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, 152.

(28) In argomento cfr. Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, cit., 280; Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, cit., 14.

(29) Si ricorda in merito come Cass. 23 febbraio 1999, n. 1501, in *Contratti*, 1999, 1122, con nota di Enriquez, abbia evidenziato che il promissario alienante il quale non ha reso edotto il promissario acquirente della reale condizione urbanistica dell'immobile, è comunque inadempiente, considerando il rischio del rigetto della domanda di concessione in sanatoria, pertanto il promissario acquirente è legittimato a chiedere risoluzione del contratto.

(30) Si veda sul punto Aquila Villella, *Preliminare di vendita di immobile senza indicazione degli estremi della concessione edilizia ed inefficacia pendente*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 165.

(31) Si vedano in proposito Cass. 25 ottobre 1957, n. 4113, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Vendita*, 35; Cass. 1° dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.*, 1969, I, 1203; Cass. 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.*, 1969, I, 1203.

(32) Si veda *ex multis*, Cass. 16 luglio 2001, n. 3633, in *Contratti*, 2002, 444, con nota di Besozzi.



sarebbe ostacolo all'applicazione del rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ., si opererebbe un capovolgimento di prospettiva assai singolare, attraverso una palese sproporzione del mezzo, ovvero dell'invalidità del preliminare, nei confronti dello scopo di evitare la messa in commercio degli immobili abusivi attraverso il "clavistello" rappresentato dalla domanda di esecuzione in forma specifica (33). Il paventato pericolo appare in realtà insussistente per quattro ragioni.

Innanzitutto, come già specificato dalla giurisprudenza (34), nonostante la suddetta evoluzione pretoria, la pronuncia ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. non può operare il trasferimento di un bene diverso da quello sul quale si è fissato il consenso dei contraenti, intendendo con tale diversità una difformità tale da incidere sulla funzione del bene, ovvero sulla possibilità di destinarlo all'uso previsto dalle parti. La decisione giudiziale realizzerebbe, quindi, un effetto «maggiore e diverso» (35) in quanto, attraverso la regolarizzazione si renderebbe commerciabile un immobile privo di concessione edilizia e/o della concessione in sanatoria dell'abuso edilizio, influenzando notevolmente sulla sua destinazione funzionale. L'inammissibilità di un'efficacia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. che valichi i confini negoziali stabiliti dalle parti nel preliminare non può essere superata dalla mera possibilità che il contratto sia successivamente sanato ai sensi dell'art. 40, comma 3 cpv. della legge n. 47/1985, in quanto appare lampante la discrasia che separa la conferma dell'atto nullo dalle peculiari caratteristiche della decisione giudiziale (36).

Inoltre, la lettera dell'art. 40 della legge n. 47/1985, sebbene prenda in considerazione, al comma 5, le ipotesi di trasferimenti effettuati nell'ambito delle procedure esecutive immobiliari, non accenna ai trasferimenti coattivi operati per mezzo del rimedio di cui all'art. 2932 cod. civ., per cui ricordando l'adagio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* pare evidente che il legislatore non abbia voluto ammettere la pronuncia in esecuzione di preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile senza i requisiti formali stabiliti dalla legge sul condono edilizio.

Infine, pur nell'ampliamento della tutela del promissario acquirente, rimane immutato tra i presupposti per addivenire ad una sentenza di esecuzione in forma specifica del preliminare non concluso, la possibilità per ragioni di fatto o per ragioni di diritto. A queste ultime possono essere ascritte le previsioni relative alla commerciabilità o incommerciabilità del bene promesso in vendita, sebbene la giu-

risprudenza abbia spesso deciso in senso favorevole all'ammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. (37).

Si ricorda, infatti, come il formante giurisprudenziale abbia specificato che tutti i presupposti legali ai fini dell'esperibilità della domanda di esecuzione in forma specifica devono sussistere unicamente al momento della pronuncia della sentenza costitutiva, che, in quanto tale, spiega efficacia soltanto *ex nunc* (38). In ossequio a tale principio è stata ritenuta ammissibile la sentenza costitutiva del contratto di vendita non concluso relativo a un bene su cui è sopravvenuto un vincolo di interesse storico (39).

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui l'immobile sia stato realizzato senza concessione edilizia, e non sia intervenuta sanatoria, la sanzione di nullità dell'atto traslativo si traduce irrimediabilmente in preclusione all'esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita (40).

Qualora però, in una differente ipotesi, gli adempi-

---

### Note:

(33) In merito si vedano le osservazioni di Baralis, Ferrero, Poddetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985, n. 47, cit., 552*, e Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28 febbraio 1985 n. 47), cit., 326*.

(34) Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit., 1699.

(35) Così Cass. 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Riv. not.*, 1998, 266, con nota di Migliore. Si vedano inoltre Cass. 22 maggio 2008, n. 13225, in *Riv. not.*, 2008, 1422; Cass. 9 dicembre 1992, n. 13024, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 12; Cass. 27 aprile 2006, n. 9647, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

(36) Si veda in merito Cass. 4 gennaio 2002, n. 59, in *Contratti*, 2002, 660, con nota di Tagliaferrì.

(37) Cfr. in proposito Cass. 26 febbraio 1993, n. 2445, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 69, e Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1993, n. 1315, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 205.

(38) In merito cfr. Cass., Sez. Un., 3 luglio 1993, n. 7286, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1108.

(39) Cfr. Cass. 3 febbraio 1992, n. 1143, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1043.

(40) Sul punto si veda Cass. 18 agosto 1998, n. 8170, in *Giust. civ.*, 1999, 2463, con nota di Nacci, *Lottizzazione abusiva e contratto preliminare*; Cass. 4 gennaio 2002, n. 59, in *Dir. e giur.*, 2002, 280-283, con nota di Rinaldi, *Sulla validità del preliminare di vendita di immobile privo di concessione edificatoria*; Cass. 23 febbraio 1999, n. 1501, in *Contratti*, 1999, 1112, con nota di Enriques, *Il preliminare di compravendita e l'art 40 legge 47/1985*; Cass. 15 giugno 2000, n. 8147, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 211, con nota di Casu - Chiarelli, *Condono edilizio e commerciabilità dei beni* e tra le pronunce di merito cfr. Trib. Cagliari, 16 novembre 1999, in *Riv. Giur. Sarda*, 2000, 426, con nota di Pisu, *Il preliminare di compravendita immobiliare e la nullità sancita dagli artt. 17 e 40 legge 47/1985*; Trib. Verbania, 9 aprile 2001, in *Contratti*, 2002, 23, con nota di Radice, *Azione di adempimento del preliminare ex art. 2932 cod. civ. e regolamentazione urbanistica degli immobili*.

menti necessari siano compiuti prima del giudizio ovvero sia prodotta nel processo di trasferimento coattivo la concessione già esistente (41), e dunque l'immobile risulti sostanzialmente in regola con la disciplina edilizia, esigenze di ragionevolezza e di tutela del promissario acquirente, al quale altrimenti non resterebbe altro rimedio che la risoluzione del preliminare e il risarcimento danni, impongono di ammettere l'esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita, in modo da realizzare gli effetti del contratto non concluso (42). Infatti, come hanno sostenuto recentemente le Sezioni Unite (43), nulla osta a che la concessione edilizia sia prodotta in causa dal promissario acquirente, ovvero ne sia richiesta l'acquisizione ex art. 213 cod. proc. civ. da parte del giudice attraverso la richiesta alla pubblica Amministrazione, nell'udienza di cui all'art. 184 cod. proc. civ. per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti (44).

### Conclusioni

La soluzione su prospettata non pregiudica oltremodo il promissario acquirente, il quale si trova spesso in posizione di debolezza rispetto al venditore, frequentemente identificabile con una società costruttrice, alla quale il primo, che agisce in forma specifica, ha già versato consistenti anticipi senza acquisire la proprietà e talora senza neanche godere del possesso anticipato dell'immobile.

Si comprende, dunque, l'impossibilità di pronunciare sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 cod. civ., ogniqualvolta difetti la concessione edilizia o la successiva regolarizzazione delle difformità ai sensi dell'art. 40 legge n. 47/1985, o ancora qualora il promittente venditore non abbia provveduto, con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ad attestare che le relative opere sono state eseguite prima del 1° settembre 1967.

Risulta invece ammissibile il trasferimento coattivo ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. se dagli atti e dai documenti di parte o, eventualmente dal fascicolo d'ufficio, risultino adempite le necessarie formalità richieste dalla legge sul condono edilizio. La sentenza di esecuzione in forma specifica assume dunque la natura di surrogato del contratto definitivo che spiega la sua efficacia sostitutiva purché siano preventivamente determinati gli elementi essenziali del contratto.

Attraverso l'esecuzione specifica degli obblighi inadempiti contenuti nel preliminare, si consente in *executivis* di integrare il requisito formale mancante, esaltando quindi il ruolo della pronuncia ex art.

2932 cod. civ. quale rimedio conservativo e correttivo del sinallagma contrattuale (45).

### Note:

(41) Come sottolinea Cass. 8 febbraio 1997, n. 1199, cit., 266, i requisiti formali previsti dalla disciplina sul condono edilizio influiscono direttamente sulle condizioni dell'azione prevista dall'art. 2932 cod. civ., rivelandosi inutile l'eventuale ricorso ad una successiva sanatoria della nullità, in quanto la conferma dell'atto invalido è palesemente divergente rispetto alle peculiari caratteristiche della sentenza.

(42) Si veda in argomento Fabiani, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e legge n. 47/85 sul condono edilizio*, Studio n. 3101 approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del notariato il 15 novembre 2000, in *Riv. not.*, 2001, 982.

(43) Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2009, n. 23825, *Guida al diritto*, 2010, 6, 43 con nota di Castro, in *Vita not.*, 2010, 269.

(44) Non è univoco in dottrina se il giudice debba o meno controllare la conformità dell'edificio alla concessione edilizia che ne ha autorizzato la costruzione, sebbene prevalga l'orientamento negativo sul quale cfr. Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28 febbraio 1985 n. 47)*, cit., 326; e Cataudella, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, cit., 509. In tema alcune decisioni di legittimità, tra cui Cass. 5 aprile 2001, n. 5068, in *Gius.*, 2001, 1677, ha escluso che il giudice possa subordinare la sentenza di esecuzione in forma specifica ad una certificazione di conformità del bene alla concessione edilizia, posto che l'art. 40 della legge n. 47/1985 non contempla l'ipotesi della conformità o meno dell'immobile realizzato rispetto alla concessione edilizia.

(45) Si vedano *ex multis* Busnelli, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario Utet*, Torino, 1964, sub art. 2932, 350; Chioyenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 96; Mazzamuto, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Trattato Rescigno*, 20, Torino, 1985, 313; Micheli, *Dell'esecuzione forzata, art. 2932 in Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 1957, 531; Satta, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di Vassalli*, XV, Torino, 1963, 277.