

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 1702/b

La trascrizione del contratto preliminare

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 21 luglio 1997

1. Premessa. La legge 28 febbraio 1997, n. 30, che ha convertito in legge il decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, ha consentito la trascrizione del contratto preliminare.

La novità legislativa ha avuto lo scopo concreto, come è stato affermato da autorevole dottrina (GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, pag. 455) di evitare situazioni di squilibrio derivanti dalla "diffusione raggiunta, nella prassi degli acquisti immobiliari, dal ricorso a contratti preliminari con effetti anticipati", prevedenti cioè "l'esecuzione, prima della conclusione del contratto definitivo, di obbligazioni che soltanto in quest'ultimo troverebbero il proprio titolo giustificativo."

I primi commentatori della novità legislativa l'hanno criticata, sulla base di una duplice considerazione:

a) è parso a taluni improprio lo strumento di modificare il codice civile con un decreto legge;

b) è parso ad altri dirimente privilegiare un diritto di credito (quello appunto del promittente acquirente), rispetto ad un diritto reale (quello di colui che acquista la proprietà del bene promesso nelle more del passaggio dal contratto preliminare al contratto definitivo), quando tutto il nostro ordinamento è caratterizzato dalla più ampia tutela concessa al diritto reale rispetto al diritto di obbligazione.

Le critiche, peraltro, alla luce di una successiva più meditata riflessione, sono apparse ingiustificate.

Ingiustificata la prima, sull'utilizzazione dello strumento legislativo del decreto legge per modificare norme del codice civile. La valenza di questa critica si basa infatti sul rilievo che il codice civile appare uno strato sedimentato di norme, prodotto di una millenaria esperienza giuridica, mentre i decreti legge hanno la caratteristica di consistere in strumenti intesi a disciplinare l'emergenza (e quindi appaiono caratterizzati da approssimazione).

Nel nostro caso, peraltro, il contenuto normativo del decreto legge in discorso non è stato frutto di improvvisazione, bensì frutto di una riflessione durata più di tre anni in seno ad una commissione ministeriale composta di giuristi e di operatori professionali, assecondata da esigenze avvertite da tempo e sulla spinta di auspici più volte manifestati da vari settori del mondo sia accademico che professionale. Il decreto legge è stato soltanto lo strumento finale, sulla base di esigenze di bilancio dello Stato, per assecondare le avvertite esigenze.

Ingiustificata anche la seconda critica, cioè l'affermazione che il nostro ordinamento è restio a porre sullo stesso piano diritti reali e diritti personali in ordine alla tutela da attribuire ad essi. Nel nostro caso, infatti, non si tratta tanto di privilegiare la tutela del diritto di credito rispetto alla tutela del diritto reale, quanto di favorire, utilizzando lo strumento della pubblicità immobiliare, colui che si è impegnato ad acquistare un bene, rispetto a colui che ha ceduto il bene nel frattempo, tradendo il precedente impegno giuridico.

Va infatti considerato che la pubblicità gioca su un piano distinto rispetto agli effetti reali che nascono dai negozi posti in essere. La pubblicità è uno strumento di conoscenza per i terzi e pertanto attribuisce al comportamento di vari soggetti attinenti allo stesso bene attese ed aspettative tutelate dalla legge, senza peraltro determinare sconquassi in ordine agli effetti dei negozi che sono ad essa pubblicità assoggettati.

Ed infatti si afferma che "la trascrizione, pur se effettuata, non è certo in grado di attribuire carattere reale ad un contratto che, al momento, ha solo carattere obbligatorio" (così GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in Commentario del codice civile, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pag. 114).

In altre parole, la pubblicità non sana mai vizi di un contratto invalido, né crea effetti diversi da quelli attinenti al contratto posto in essere. Essa peraltro si muove su un piano diverso rispetto agli effetti negoziali realizzati, limitandosi a favorire tra più soggetti colui che ha trascritto per primo, non per agevolarlo in assoluto, ma sulla base della riflessione che chi ha trascritto per primo ha agito confortato da una situazione di tranquillità emergente dai registri immobiliari, mentre chi ha trascritto per secondo conosceva la situazione critica del bene. In tal caso la pubblicità acqui-

sisce tutta la sua valenza di strumento per superare conflitti tra i soggetti, considerato che le situazioni giuridiche risultanti dai registri non potevano non essere conosciute (cioè si dà per acquisito che siano conosciute).

Non va dimenticato che la tematica della pubblicità immobiliare ha trovato il suo fulcro problematico proprio nell'intento di raccordare il diritto sostanziale, caratterizzato dal trasferimento del bene sulla base del semplice consenso (*ex art. 1326 c.c.*), con il criterio della priorità della trascrizione (*ex art. 2644 c.c.*).

Con la legge n. 30 del 1997 il legislatore ha avuto di mira la tutela del contraente debole, specie nelle compravendite di immobili da parte di società immobiliari, ponendolo al riparo da comportamenti scorretti del venditore. Si è voluto, cioè, assicurare al promissario acquirente, una sorta di duplice vantaggio:

a) sul piano fisiologico della vicenda, cioè allorquando il preliminare si traduca nel definitivo, assicurare al promissario acquirente priorità rispetto ad un effettivo acquirente che abbia trascritto successivamente alla trascrizione del preliminare; in questo modo la nuova normativa sulla trascrizione del contratto preliminare si inserisce nella primaria funzione che è destinata ad assolvere la pubblicità immobiliare: rendere inopponibile l'acquisto, ancorché avvenuto per primo in ordine di tempo, a colui che ha trascritto anticipatamente sui registri immobiliari;

b) sul piano patologico (allorquando per qualsiasi motivo non si addivenga al contratto definitivo o ad un negozio ad effetto corrispondente) porre al riparo il promissario acquirente nei confronti dei creditori dell'altra parte, riconoscendogli un privilegio sul bene negoziato.

Per la verità una dottrina isolata (LUMINOSO, relazione svolta al Convegno di studio che si è svolto a Cagliari il 14 giugno 1997, sul tema *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*) critica il fatto che tutta l'attenzione del legislatore si sia concentrata sul preliminare anziché sul definitivo e trova abnorme che il privilegio sorga per il preliminare trascritto, destinato a venir meno nel tempo e non per il contratto definitivo. Ma questa opinione dimentica di valutare che i maggiori rischi, per l'acquirente di un immobile, sorgono proprio nella fase di passaggio dal preliminare al definitivo, perché quest'ultimo, attributivo di un diritto reale di proprietà, per ciò solo appare in grado di garantire in modo pieno il soddisfacimento dell'interesse dell'acquirente.

2. La trascrizione del preliminare come tassello di avvicinamento tra preliminare e definitivo. Va sottolineato che ad una parte della dottrina, che vedeva nel contratto preliminare una sorta di anticipazione del contratto definitivo ed era pertanto proiettata ad attribuire al preliminare maggiore valenza rispetto al de-

finitivo nel programma traslativo del bene ideato dalle parti, la trascrizione del preliminare è apparsa strumento di accelerazione di questa concezione.

Già Montesano (MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Milano, 1953) aveva affermato che tra il contratto preliminare e il contratto definitivo la sostanza di negozio impegnativo spettava più al primo che al secondo, al quale ultimo andava attribuita soltanto la funzione di strumento di documentazione dell'accordo. Questo Autore, in definitiva, riteneva i due aspetti dell'operazione negoziale come due momenti di un processo unitario, nel quale il maggior ruolo doveva essere attribuito al contratto preliminare.

Proseguendo questo indirizzo, altra dottrina, facendo leva sulla possibilità di utilizzare la domanda giudiziale ai fini della realizzazione coattiva del definitivo, affermava che il preliminare non era fonte di un obbligo di *fare*, bensì fonte di un obbligo di *dare*, cioè di un obbligo di trasferire il bene e non di un obbligo di dare il consenso al trasferimento (così GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, pag. 535).

Altra dottrina ancora, riassuntivamente, ma in senso descrittivo, afferma che la nuova legge aggiunge "un ulteriore tassello ad un processo di omologazione dei contratti preliminari ai *normali* contratti immediatamente traslativi di beni o di diritti, rendendoli suscettibili di quel meccanismo pubblicitario che è proprio di questi ultimi" (così DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Il corriere giuridico*, 1997, pag. 515).

3. La trascrizione del preliminare come episodio estensivo della portata della pubblicità immobiliare. Sviluppa un diverso discorso Tondo (S. TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, studio ancora inedito) il quale fonda tutto il suo argomentare sull'esigenza di attribuire alla pubblicità immobiliare "efficienza del sistema" che "viene a dipendere, essenzialmente, dall'adeguatezza della copertura della pubblicità stessa".

Così egli sottolinea che la funzione primaria iniziale della pubblicità immobiliare (dirimere il conflitto tra più acquirenti *inter vivos* dal medesimo dante causa), fondata sui soli atti astrattamente acquisitivi, si è venuta ampliando, nello sviluppo normativo storicamente subito dal codice civile, ad altre esigenze: allargamento delle categorie degli atti acquisitivi, fino a ricomprendere non soltanto gli atti tassativamente ad effetti reali, ma anche ogni altro atto o provvedimento che produce effetti menzionati nell'art. 2643 (così art. 2645 c.c.); estensione a tutta una serie di fattispecie particolari (cessione dei beni ai creditori, divisione, acquisti *mortis causa*, acquisti a titolo originario che abbiano formato oggetto di accertamento giudiziale).

L'Autore afferma che la legge 30 del 1997 si colloca su questo piano e quindi opera nel pieno rispetto dello sviluppo in senso dogmaticamente ineccepibile della pubblicità immobiliare, con l'utilizzazione appunto della funzione prenotativa di quest'ultima, già applicabile alla fattispecie disciplinata dall'art. 2652, n. 2 c.c.

E seguendo questo filo logico di espansione del sistema nel rispetto della sua impostazione di base, Tondo perviene alla conclusione che siano trascrivibili: il preliminare di vendita di cosa altrui; il preliminare di vendita di cosa futura; il preliminare unilaterale; infine anche un vincolo che "in vista del futuro completamento del contratto per sola determinazione dell'altra parte, si sia concretato, indifferentemente, in un patto d'opzione o in una proposta irrevocabile" (in queste ultime ipotesi con opportuni correttivi attinenti ai termini di durata dell'effetto prenotativo; sulla trascrivibilità del patto di opzione, peraltro, dissente la dottrina più comune e la giurisprudenza, come si vedrà più avanti).

4. Funzione prenotativa. La dottrina che ha approfondito il problema ha sottolineato come scopo precipuo della trascrizione del preliminare sia quello non di realizzare una pubblicità compiuta, bensì quello di effettuare una sorta di prenotazione della data dell'iscrizione pubblicitaria, analogamente a quello che avviene, per effetto dell'art. 2652, n. 2 c.c., per le domande dirette ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., pag. 516; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 457). Anzi queste domande, e le altre previste dall'art. 2652 c.c. venivano ritenute dalla dottrina (GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 457; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., pag. 349) le uniche ipotesi di "prenotazione" previste dall'ordinamento, ipotesi tassative e pertanto non estensibili oltre i casi previsti.

Caratteristica della c.d. "prenotazione" (questo va opportunamente sottolineato) è che la pubblicità prenotativa non è fine a se stessa, ma abbisogna di essere completata da un altro segmento della pubblicità, il quale deve ubbidire a tutti i presupposti essenziali dell'effetto destinato ad essere iscritto nel pubblico registro (atto ad effetto reale, in primo luogo); scopo della prenotazione è soltanto quello di fare anticipare la data degli effetti della pubblicità ad un momento anteriore.

In altre parole, la prenotazione non può reggersi mai da sola, ma abbisogna di essere supportata dal secondo momento, che si realizza in un negozio ad effetti reali, che a sua volta sia stato assoggettato alle formalità della pubblicità immobiliare. In questo modo i due momenti si saldano e la trascrizione del primo momento

assolve in pieno al suo compito di rendere inopponibili tutte le trascrizioni od iscrizioni verificatesi nel periodo intermedio.

La prenotazione, pertanto, se vogliamo, ha un compito ridotto, perché, considerata a se stessa, è un episodio di pubblicità ancora incompleta. Tuttavia è pur sempre elemento della pubblicità e quindi trova piena applicazione la norma dell'art. 2644 c.c. che sintetizza uno degli scopi principali della pubblicità immobiliare: calcolare la priorità dell'acquisto non sulla base del principio del *prior in tempore potior in iure*, bensì del principio che prevale chi trascrive per primo.

Sotto questo aspetto appare ininfluyente, ai fini dell'operatività dell'effetto prenotativo, la data in cui l'atto negoziale sia stato posto in essere, per cui l'effetto prenotativo opera anche sovrapponendosi ad un negozio traslativo (mai trascritto, o trascritto in ritardo rispetto al preliminare) avente data certa anteriore al preliminare trascritto.

Un Autore si è chiesto (DELFINI, *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, pag. 178) se il preliminare trascritto prevale sull'eventuale definitivo precedente, ma non trascritto o trascritto successivamente. La risposta è affermativa, perché la priorità della trascrizione segue proprie regole che superano le regole derivanti dal principio *prior in tempore potior in iure*. E' una scelta del legislatore, il quale, ai fini della priorità dell'acquisto, ha privilegiato la priorità della trascrizione rispetto alla priorità effettiva dell'acquisto. E' insomma un conflitto di interessi regolato alla stregua del criterio dell'apparenza di ciò che risulta nei registri immobiliari.

5. Effetto prenotativo e accollo di mutuo fondiario. L'art. 2825 *bis*, introdotto dalla novella n. 30 del 1997, prescrive che "l'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio" ai sensi delle norme sul credito fondiario "prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari... limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollato con il contratto preliminare o con altro atto successivo".

La norma può essere riassunta nel modo seguente:

a) prevale l'ipoteca iscritta a garanzia di mutuo fondiario ancorché iscritta successivamente alla trascrizione del contratto preliminare;

b) la prevalenza peraltro opera limitatamente alla parte di mutuo che si è accollato il promissario acquirente che ha trascritto prima della iscrizione ipotecaria; e quindi non si verifica quello che si verificava in passato: il promissario acquirente

restava esposto con tutto il valore del suo appartamento alla garanzia globalmente iscritta a favore dell'istituto bancario da parte del promittente venditore;

c) la regola testé menzionata opera soltanto nella fase che passa dalla trascrizione del preliminare alla trascrizione del definitivo; infatti se il definitivo viene trascritto prima dell'iscrizione ipotecaria a favore della banca, quest'ultima non potrà prevalere rispetto alla precedente, ma dovrà seguire le sorti derivanti dalla priorità della data nella quale viene effettuata la pubblicità immobiliare.

Va chiarito che la formula utilizzata dal legislatore ("finanziamento dell'intervento edilizio") lascia intendere che si deve trattare di un finanziamento di scopo, cioè per fini edilizi, per cui non sarebbe sufficiente soltanto un mutuo genericamente indicato come mutuo fondiario (GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 459; TUCCI, Relazione svolta ad un convegno di studio tenutosi a Bari il 26 giugno 1997, sul tema "La trascrizione del contratto preliminare di vendita"). L'affermazione appare corretta, perché occorre partire dal momento in cui viene concesso il finanziamento bancario: se questo non è finalizzato all'intervento edilizio, ancorché l'ipoteca sia iscritta sull'immobile oggetto del contratto preliminare, bisogna concludere che l'art. 2825-*bis* non sia rispettato e che pertanto l'ipoteca iscritta debba seguire la regola della priorità temporale della pubblicità immobiliare. E ciò ancorché, ai fini della qualificazione del credito fondiario, l'art. 38 della legge bancaria menzioni un finanziamento bancario, a medio e lungo termine, garantito da ipoteca di primo grado su immobile, senza più qualificare, come invece avveniva in passato, il credito fondiario come mutuo di scopo.

6. Tipi negoziali. La legge parla di "contratto preliminare", tipo negoziale ben definito. Ciò ha indotto la dottrina ad analizzare i collegamenti del preliminare con figure negoziali affini, allo scopo di stabilire quante di queste ultime potessero rientrare nella nuova disciplina.

a) Preliminare unilaterale e patto di opzione. Il preliminare unilaterale è un contratto tra due soggetti, per effetto del quale soltanto uno di loro si obbliga a stipulare il contratto definitivo; il preliminare unilaterale, cioè, è un vero e proprio contratto preliminare, con obbligo a contrarre proveniente soltanto da una delle parti contraenti. Si dice che sia possibile la trascrizione anche di questo preliminare unilaterale, a patto (sembra di capire) che la parte che si obbliga a contrarre sia il soggetto titolare del bene (TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, cit.; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*,

Padova, 1997, pag. 2960, i quali ultimi danno per scontata detta soluzione, senza particolari approfondimenti; SPADOLA, *La trascrizione del preliminare*, in *Summa*, 1997, numero 116, pag. 24; CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 215).

In passato è stata da taluno posta in dubbio la stessa esistenza del preliminare unilaterale, data la tendenza ad assimilare il preliminare unilaterale al patto di opzione (v. per tutti MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, Torino, 1980, pag. 210). Di recente, peraltro, sulla base di un forte impulso dato alla soluzione del problema dalla Corte di Cassazione, pressata dalla pratica, si è affermato che il patto di opzione ha una sua precisa ragion d'essere proprio in funzione preparatoria del contratto preliminare, in quanto appunto il patto di opzione di un preliminare bilaterale costituisce uno strumento idoneo a realizzare un interesse reale del traffico giuridico (v. Cass. 25 ottobre 1978, n. 4870, in *Arch. civ.*, 1979, 623; Cass. 14 luglio 1975, n. 2784; Cass. 4 dicembre 1974, n. 3986, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 597).

In definitiva, mentre una parte minoritaria della dottrina afferma l'assimilazione del patto di opzione al preliminare unilaterale, detta assimilazione è negata da tutta la giurisprudenza e dalla dottrina più diffusa, con l'affermazione che "mentre la stipulazione del preliminare obbliga entrambe le parti a concludere il contratto definitivo, dalla conclusione del patto di opzione deriva, per il contraente favorito, il diritto potestativo di produrre, mediante dichiarazione unilaterale di accettazione della proposta irrevocabile, l'effetto reale dell'accordo" (così FRATTINI, *L'opzione*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA e M. BESSONE, vol. II, *I requisiti del contratto*, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1991, pag. 385; la differenziazione tra preliminare e patto di opzione è anche affermata da CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 215).

La Cassazione a sua volta ha chiarito che il contratto preliminare unilaterale è un contratto in sé perfetto ed autonomo, con obbligazione a carico di una sola parte; mentre l'opzione non è che uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva; nel primo caso (preliminare unilaterale) gli effetti definitivi si producono soltanto a seguito di un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti contraenti; nel secondo caso (opzione) è sufficiente la semplice dichiarazione unilaterale di accettazione della parte non obbligata (Cass. 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1626).

Insomma, data la diversità esistente fra preliminare unilaterale (vero e proprio contratto preliminare) e patto di opzione, si può affermare che il primo sia tra-

scrivibile e che il secondo non lo sia. Questo, peraltro, sul piano teorico, restando da accertare in concreto, sulla base delle clausole contrattuali utilizzate e facendo appello alla volontà delle parti, se ci si trovi di fronte all'una o all'altra delle fattispecie ipotizzate.

b) Patto di prelazione. Mentre in precedenza la giurisprudenza era portata ad effettuare una certa assimilazione tra contratto preliminare unilaterale e patto di prelazione (Cass. 13 maggio 1982, n. 3009; Cass. 4 marzo 1980, n. 1445), più di recente essa distingue tra i due istituti, affermando che "a differenza del contratto preliminare unilaterale che comporta l'immediata e definitiva assunzione dell'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo, il patto di prelazione genera, a carico del promittente, una immediata obbligazione negativa, consistente nel non vendere ad altri la cosa oggetto del patto se non dopo che il prelazionario, debitamente interpellato, dichiara di non voler acquistare (o non dia alcuna risposta nel termine concessogli), ed un'obbligazione positiva, consistente nel vendere - ove assuma una decisione in tal senso - al prelazionario medesimo, al quale deve formulare la relativa proposta attraverso la *denuntiatio*". Ed ha concluso in tal caso per l'inapplicabilità dell'art. 2932 c.c. (Cass. 1 aprile 1987, n. 3124).

La dottrina (MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pag. 211) ha avuto modo di chiarire che l'ultima opinione giurisprudenziale appare fondata sul rilievo che la *denuntiatio* non significa proposta di contratto e la dichiarazione di voler utilizzare la prelazione non significa accettazione; perché "chi ha dato la facoltà di prelazione non si è impegnato a contrarre, ma soltanto a preferire taluno ad ogni altro, nel caso che egli decida di contrattare sopra un determinato oggetto".

In definitiva si può concludere affermando che il patto di prelazione non consiste in un contratto preliminare e che pertanto esso non possa essere trascritto (in questo senso cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., pag. 353).

c) Vendita di cosa altrui. La vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.) è una vendita ad effetti obbligatori, per cui si ritiene comunemente che essa non possa essere assoggettata a pubblicità immobiliare; tuttavia un autore (CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 215), sul presupposto che sia trascrivibile il contratto preliminare, pur esso ad effetti obbligatori, afferma la trascrivibilità del preliminare di vendita di cosa altrui, precisando peraltro che il definitivo possa essere trascritto soltanto se il promittente alienante abbia nel frattempo acquistato la proprietà del bene oggetto della promessa. Questa stessa opinione è ripresa e sostan-

zialmente accolta senza eccezioni, da un altro Autore (DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., pag. 516).

Si possono nutrire dubbi sulla correttezza di questa impostazione: il definitivo non può essere che la prosecuzione logica del preliminare e pertanto deve corrispondere ad esso in tutto. Pertanto un preliminare di un contratto di vendita di cosa altrui deve sfociare in un contratto definitivo di vendita di cosa altrui; ciò significa che il definitivo non potrà mai essere un contratto ad effetti reali, perché nel momento in cui esso sia stipulato, la cosa appartiene ancora ad altri. Non si vede pertanto come possa affermarsi che il definitivo presupponga che la cosa sia diventata propria.

Addirittura un Autore (BARBIERA, *La trascrizione di alcuni tipi di contratto preliminare: vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pag. 225 e segg.) perviene alla conclusione che, avendo la legge previsto la trascrizione di un contratto con effetti obbligatori (appunto il preliminare), la trascrizione "deve ammettersi per ogni tipo di contratto obbligatorio", e conclude sostanzialmente affermando che questo è un argomento a sostegno dell'opinione che sia consentita la trascrizione di un contratto definitivo di vendita di cosa altrui. Questa opinione non appare peraltro accoglibile, perché l'effetto prenotativo, collegato com'è alla trascrizione del contratto definitivo, presuppone che quest'ultimo sia *ex se* trascrivibile, sulla base delle regole generali che governano la pubblicità immobiliare (trascrivibilità dei negozi comportanti effetti reali).

Sotto altro profilo va anche detto che se si consentisse la trascrizione del preliminare di vendita di cosa altrui, si verificherebbe uno scarso risultato, perché il vero proprietario potrebbe alienare nel frattempo ad altri la propria cosa e il promissario acquirente non sarebbe in tal caso sotto alcun aspetto protetto nel nostro caso, perché il preliminare non impegna sotto alcun aspetto il proprietario del bene.

d) Vendita con riserva della proprietà. Si ritiene che la vendita con riserva della proprietà (vendita con riservato dominio) rientri fra i negozi suscettibili di trascrizione (GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., pag. 143), per cui si pone il problema della trascrivibilità del preliminare di vendita con riserva della proprietà.

Va da sé che il patto di riservato dominio va incluso nel preliminare e anch'esso assoggettato a trascrizione. Come opera la trascrizione del patto di riservato dominio? La dottrina ha ipotizzato due trascrizioni: una del trasferimento della proprietà (a favore dell'acquirente e contro l'alienante), ed una del riservato dominio (a favore dell'alienata e contro l'acquirente). Va chiarito che questa posizione,

sostenuta da Gazzoni, è contrastata da altra dottrina (GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., pagg. 145 e segg.).

7. Oggetto. La nuova normativa sulla trascrizione del contratto preliminare trova applicazione soltanto per i beni immobili e non concerne i beni mobili registrati. La dottrina è unanime in questa interpretazione, che del resto deriva pianamente dal testo legislativo, che fa richiamo non a tutte le ipotesi di trascrizione, ma soltanto a quelle previste dai numeri da 1 a 4 dell'art. 2643, concernenti senza eccezione fattispecie caratterizzate da negozi relativi a beni immobili.

8. Obbligo di trascrizione. Nel testo originario contenuto nel decreto legge la norma disponeva che i preliminari *potavano* essere trascritti se redatti per atto pubblico o per scrittura privata autenticata. Nel testo introdotto dalla legge di conversione la formulazione è stata cambiata con la seguente: "i contratti...*devono* essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata autenticata". La dottrina (DELFINI, *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, pag. 178, nota 1; DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., pag. 515) ha affermato che la norma non ha voluto mutare l'onere della trascrizione sempre esistente in capo ai soggetti interessati in obbligo a loro carico di procedere alla pubblicità immobiliare, il che sembra corretto; ma ha anche affermato che la modifica non era indispensabile, perché comunque il notaio che avesse ricevuto un contratto preliminare per atto pubblico o per scrittura privata autenticata avrebbe dovuto procedere alla sua trascrizione *ex art. 2671 c.c.*. Quest'ultima osservazione non sembra esatta; se la norma fosse rimasta quella originaria, le parti avrebbero potuto invitare il notaio a non procedere alla trascrizione del contratto preliminare, mentre con l'attuale formulazione le parti che non vogliano procedere alla pubblicità del preliminare debbono limitarsi a redigerlo per scrittura privata non autenticata, perché in ogni caso l'atto pubblico o la scrittura autenticata determina ora l'obbligo notarile di assolvere alla pubblicità immobiliare.

E' stato affermato (SPADOLA, *La trascrizione del preliminare*, cit., pag. 24) che la richiesta di trascrizione possa provenire anche da una sola parte. L'affermazione è corretta, ma richiede alcune puntualizzazioni: il presupposto formale per addivenire alla trascrizione è che il contratto preliminare sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata. Nell'ipotesi che soltanto una delle parti contraenti (evidentemente nella maggior parte dei casi sarebbe il promissario

acquirente, che ha interesse alla prenotazione degli effetti pubblicitari) intenda effettuare la trascrizione e la parte avversa non intenda aderire a tale desiderio, quest'ultima si rifiuterà di addivenire all'autenticazione notarile della scrittura privata che racchiude il preliminare, ma in tal caso, mancando una delle due autentiche il contratto non potrebbe essere trascritto.

Peraltro, poiché la legge prevede che il preliminare debba essere trascritto anche nell'ipotesi che esso risulti da scrittura privata con sottoscrizione non autenticata, ma accertata giudizialmente, detta legge, nella sostanza, sottrae alle parti la disponibilità del preliminare ai fini della sottoscrizione; nel senso, beninteso, che è sufficiente che una delle parti intenda addivenire alla trascrizione, perché essa trascrizione, a seguito di sentenza di accertamento dell'autenticità della sottoscrizione, possa essere effettuata.

In definitiva, non si può ritenere che il preliminare sia trattato dal legislatore in modo diverso dagli altri negozi assoggettati a pubblicità immobiliare.

Va soltanto chiarito che mentre il preliminare per atto pubblico o per scrittura privata autenticata è trascrivibile immediatamente, sulla base dell'idoneità del titolo ai sensi dell'art. 2657 c.c., se il preliminare è redatto per scrittura privata non autenticata e se viene proposta azione per ottenere sentenza di accertamento giudiziale dell'autenticità della sottoscrizione, l'idoneità del titolo ai fini di consentire la pubblicità non è data dalla proposizione dell'azione giudiziaria di accertamento, ma occorrerà attendere la sentenza, perché soltanto questa varrà a realizzare sul piano formale la documentazione richiesta ai fini della pubblicità immobiliare *ex art. 2657 c.c.*

9. Corrispondenza tra contratto preliminare e contratto definitivo.

a) corrispondenza tra effetti negoziali. La corrispondenza tra il contratto preliminare e il contratto definitivo, occorrente per impedire abusi in danno di terzi, è stata affermata dalla Cassazione e dalla dottrina in termini di rigore.

La Cassazione ha dichiarato che risultato di detta tassativa corrispondenza è che allorquando la sentenza che accoglie la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto contenga una pronuncia in parte diversa dall'accoglimento puro e semplice della domanda (nel caso di specie, proposta una domanda per ottenere l'esecuzione del contratto preliminare, nelle more della causa era intervenuto il contratto definitivo e la parte attrice, per evitare di perdere la priorità afferente alla data di presentazione della domanda, aveva chiesto al giudice di dichiarare che la prenotazione continuava a sussistere anche in costanza di con-

tratto definitivo intervenuto nelle more di causa), l'effetto prenotativo della domanda viene meno; con la conseguenza che la trascrizione della sentenza non può in alcun modo essere ricollegata alla trascrizione della domanda, facendo così venir meno l'effetto prenotativo (Cass. 26 luglio 1967, n. 1968, in *Riv. dir. ipotec.*, 1969, 246, con nota adesiva di PESCATORE, *Il principio della tassatività quanto alle formalità ipotecarie*).

Parafrasando una sentenza che si è occupata della prenotazione in connessione con la domanda giudiziale intesa ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (Cass. 13 agosto 1996, n. 7553), ed applicando la massima all'ipotesi di trascrizione del contratto preliminare, si può affermare che il contratto definitivo, una volta trascritto, retroagisce rispetto ai terzi - per stabilire quale effetto debba prevalere sugli altri - alla data della trascrizione del contratto preliminare, con la conseguenza che tutte le trascrizioni o iscrizioni sulla cosa contesa eseguite dopo la trascrizione del preliminare sono inefficaci nei confronti del promissario acquirente.

La legge stabilisce la "trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione" del contratto preliminare. L'espressione "altro atto che costituisca comunque esecuzione" del preliminare è stata interpretata dai primi commentatori della novella come riferentesi a qualunque atto che determini il trasferimento della proprietà o del diritto reale indicato nel contratto preliminare: così sono stati ipotizzati la transazione per una lite insorta nella fase attuativa del preliminare, la permuta comprensiva anche del bene indicato nel preliminare (così CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 218). Con un'avvertenza: che nel definitivo o comunque nel contratto attuativo dell'impegno assunto nel preliminare sia fatto riferimento a quest'ultimo, nel senso che il primo consiste nell'adempimento del secondo (così sempre CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 218; DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., pag. 517).

E' stato peraltro evidenziato che il definitivo può racchiudere contenuti parzialmente diversi dal preliminare, a patto che ciò non comporti mutamenti circa l'identità del bene oggetto del preliminare, come accadrebbe se fosse consentita la *datio in solutum* per liberarsi dalla prestazione attinente alla realizzazione del definitivo (così DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., pag. 517).

b) Corrispondenza tra oggetti. Un'opinione dottrinale (CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 216) ha ipotizzato la seguente fattispecie: preliminare

di compravendita di edificio da costruire trascritto; il promittente alienante, prima ancora di costruire l'edificio, cede il suolo ad un terzo, il quale realizza la costruzione. In tal caso, la dottrina predetta ha precisato, la prenotazione del preliminare ha scarso effetto, perché il bene incluso nel preliminare (fabbricato) ed il bene nel frattempo ceduto (suolo) sono diversi, per cui verrebbe a mancare quel collegamento d'identità tra beni e tra soggetti che è presupposto della prenotazione pubblicitaria.

A questa obiezione è stata contrapposta l'osservazione che se è vero che il preliminare concerne un oggetto ancora futuro (il costruendo fabbricato o porzione di esso), è anche vero che unitamente al futuro fabbricato viene ad essere promessa anche la cessione di tutte le parti comuni condominiali (evidentemente per la quota millesimale afferente al valore della porzione di edificio negoziata con il preliminare) ed è risaputo che il suolo sul quale sorgerà il fabbricato è parte comune del condominio, per cui non può negarsi che anche una porzione di suolo sia negoziata unitamente al costruendo fabbricato, con l'ovvia conclusione che in questo caso non potrà parlarsi di oggetto diverso, bensì di oggetto identico (così sostanzialmente GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 458). In altre parole, in questo modo il promittente alienante si impegnerebbe per la porzione di suolo destinata a supportare la futura costruzione ed il discorso per questa parte sembrerebbe tornare.

Ma non sembra che questa critica sia accettabile senza precisazioni. Il suolo sul quale sorge il fabbricato infatti è bene condominiale a patto che il fabbricato esista; prima della sua costruzione il suolo non ha tale caratteristica e viene disciplinato come bene autonomo rispetto, oltre tutto, ad un bene (il fabbricato) ancora futuro.

A meno che, come afferma Luminoso (LUMINOSO, relazione svolta al Convegno di studio che si è svolto a Cagliari il 14 giugno 1997, sul tema *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*), non si dica che con il preliminare ci si impegna a trasferire non soltanto la futura costruzione, ma anche il suolo sul quale questa dovrà sorgere.

I pericoli prospettati dalla dottrina precedente peraltro sussistono interamente, salvo che il promissario non abbia l'accortezza di far includere nel preliminare non soltanto il costruendo fabbricato ma anche il suolo sul quale esso dovrà sorgere. In questo modo non si potrà dire che tra preliminare e definitivo l'oggetto sia diverso e pertanto la nuova legge potrà trovare integrale applicazione.

c) Corrispondenza tra soggetti. E' indispensabile, perché il meccanismo della prenotazione della trascrizione del preliminare trovi attuazione, che tra i sog-

getti che hanno stipulato il preliminare e i soggetti che stipulano il definitivo esista una perfetta corrispondenza. Questo in linea di principio, perché può verificarsi che nella fase di passaggio dal preliminare al definitivo si verificano mutamenti di soggetti. In tal caso, ferma la regola che comunque questi mutamenti debbono essere assoggettati alla pubblicità immobiliare con apposita trascrizione (non basterebbe infatti la semplice annotazione, il cui scopo è di completare le formalità iscritte, non di iscrivere *ex novo*), è indispensabile che i mutamenti stessi si saldino con il contratto originario, contribuendo a perpetuarne gli effetti.

E' il caso del contratto per persona da nominare, della cessione del contratto, del contratto a favore di terzi, fattispecie che vanno singolarmente trattate.

a) Contratto per persona da nominare. Il contratto per persona da nominare, disciplinato dagli artt. 1401 e segg. c.c., è basato sulle seguenti regole: una parte (nel nostro caso presumibilmente il promissario acquirente) può riservarsi la facoltà di nominare successivamente la persona che deve acquistare; la nomina va fatta entro un termine stabilito dalle parti o entro tre giorni dal contratto; la dichiarazione di nomina non ha effetto se non è accompagnata dall'accettazione della persona nominata, salvo procura anteriore al contratto; la dichiarazione di nomina, la procura, l'accettazione richiedono stessa forma e stessa pubblicità; la dichiarazione di nomina regolarmente effettuata fa assumere alla persona nominata l'acquisto dei diritti e l'assunzione degli obblighi contrattuali con effetto dal momento in cui il contratto fu stipulato, fermo restando che, mancando la dichiarazione di nomina, il contratto produce i suoi effetti tra i contraenti originari.

Certamente è consentito il contratto preliminare per persona da nominare, che sarà trascritto con la clausola della riserva di nomina. La dichiarazione di nomina, con tutte le forme prescritte, se anteriore al definitivo, andrà trascritta autonomamente, come un'attenta dottrina ha posto in evidenza (IANNELLO, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, relazione svolta al convegno di studio tenutosi a Padova il 10 maggio 1997 sul tema "La trascrizione del contratto preliminare" in *Notariato*, 1997, 379) contro il promittente venditore ed a favore del terzo nominato, determinando in tal caso una sorta di automatica risoluzione della precedente trascrizione ed una sostituzione della seconda alla prima (v. IANNELLO, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit.).

Se la nomina del terzo sia contestuale al contratto definitivo, appare sufficiente che essa sia inclusa in questo e trascritta unitamente alla trascrizione del definitivo (così IANNELLO, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit.).

Su questo argomento si sofferma anche Gabrielli (GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 462), il quale tende a distinguere gli effetti negoziali derivanti dalla nomina del terzo nei confronti del contratto originale dagli effetti della pubblicità immobiliare, e conclude per l'esigenza che anche la nomina del terzo sia assoggettata a trascrizione, per rendere interamente applicabile la disciplina di quest'ultima, specie nell'ipotesi che la riserva non sia contenuta nel contratto preliminare trascritto.

b) Cessione del contratto. Può verificarsi anche l'ipotesi che si intenda effettuare cessione del contratto preliminare trascritto, ai sensi dell'art. 1406 c.c.. Va in proposito avvertito che entrambe le parti del contratto debbono consentire alla cessione o con patto *ad hoc*, oppure, nell'ipotesi che la cessione sia stata preventivamente consentita, con la notificazione oppure con l'espressa accettazione (art. 1407 c.c.). Rispettando le condizioni di legge, la sostituzione "è efficace" nei confronti delle parti originarie, per cui si verifica l'effetto che il precedente contratto continui ad operare nei confronti delle nuove parti.

Non vi sono pertanto dubbi sulla possibilità che la cessione di contratto possa avvenire per un preliminare trascritto e sulla conservazione in tal caso della funzione prenotativa del preliminare nell'ipotesi che il definitivo veda come parte il cessionario. Il problema che si pone è come realizzare in concreto nei registri immobiliari questa modifica soggettiva e si ritiene correttamente (così IANNELLO, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit.): a) che debba essere effettuata la trascrizione della cessione; b) che essa debba essere eseguita contro il promittente alienante ed a favore del cessionario del contratto.

c) Contratto a favore di terzo. Appare consentito che il contratto preliminare sia stipulato a favore di terzo. In tal caso il terzo, come regola, acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione; ferma la possibilità di revoca o di modifica del contratto finché il terzo non abbia dichiarato anche in confronto del promittente, di volerne profittare (art. 1411 c.c.). Anche in questo caso appare consentito effettuare la trascrizione.

d) Trascrizione del preliminare e trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione dell'obbligo di contrarre. Poiché l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare è assimilabile all'effetto derivante dalla trascrizione della domanda giudiziale intesa ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, la dottrina ha talvolta utilizzato, per la trascrizione del pre-

liminare, osservazioni ed approfondimenti effettuati in relazione alla trascrizione della domanda giudiziale; addirittura un Autore (DELFINI, *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, pag. 178) ha costruito tutta la sua disamina su questo parallelismo, ha cioè utilizzato problemi e soluzioni attinenti alla trascrizione della domanda *ex art. 2652, n. 2 c.c.* per risolvere problemi posti dalla novella che ha stabilito la trascrivibilità del contratto preliminare.

Approfondendo tale metodo d'indagine, essa dottrina (DELFINI *Efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, cit., pag. 179) ha con molta acutezza puntualizzato che non possa utilizzarsi per la trascrizione del preliminare quanto affermato dalla giurisprudenza per la trascrizione della domanda giudiziale intesa ad ottenere la condanna all'esecuzione del contratto in forma specifica. Detta giurisprudenza ha infatti ripetutamente sostenuto che "la sentenza costitutiva che, ai sensi dell'art. 2932 c.c., accoglie la domanda di esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di vendita, una volta trascritta, retroagisce rispetto ai terzi alla data della trascrizione della relativa domanda", con la conseguenza che tutte le trascrizioni o iscrizioni successive alla trascrizione della domanda sono inefficaci nei confronti dell'autore di quest'ultima (Cass. 13 agosto 1996, n. 7553; Cass. 5 aprile 1994, n. 3239, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 633, con nota di CIMEI; Cass. 27 aprile 1981, n. 2521, in *Foro it.*, 1981, I, 2757, con nota di MACARIO). Orbene detta dottrina ha chiarito che affermare la retrodatazione degli effetti non significa affermare che la sentenza acquista effetti alla data della trascrizione della domanda giudiziale, ma soltanto che tale data rileva ai fini della priorità dell'acquisto rispetto ai terzi, mentre nei rapporti tra le parti l'effetto costitutivo si verifica soltanto al momento della sentenza che accoglie la domanda giudiziale.

Trattasi di un giusto chiarimento che puntualizza il diverso piano sul quale si muovono, da una parte gli effetti negoziali che scaturiscono dai negozi posti in essere e, da un'altra parte, gli effetti propri della pubblicità immobiliare.

La dottrina si è posta il problema se continui ad avere una sua plausibilità la norma, già esistente, che attribuiva effetti prenotativi alla trascrizione *ex art. 2652, n. 2* della domanda giudiziale intesa ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo. Ed ha ritenuto di rinvenire una precisa ragion d'essere di questa norma sulla portata temporanea della funzione prenotativa del preliminare. Infatti l'effetto prenotativo della domanda *ex art. 2652, n. 2* mantiene il suo effetto fino alla trascrizione della sentenza che conclude il giudizio e si salda con questa. Essa prenotazione non è pertanto soggetta al termine stabilito dalla novella per la trascrizione del preliminare e viene consigliato, pertanto

(CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 217), di effettuare anch'essa per non avere la sorpresa di vedere decorso il termine contrattuale o del triennio senza la stipulazione del contratto definitivo, perdendo in tal modo tutti i vantaggi della novella afferenti all'effetto prenotativo del preliminare.

10. Privilegio immobiliare.

a) Generalità. Può accadere che il programma negoziale non vada a buon fine e che non si addivenga al definitivo. La novella ha voluto anche in tal caso attribuire un vantaggio al promissario acquirente, prevedendo a suo favore un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare.

L'art. 2775-*bis*, intitolato "Credito per mancata esecuzione di contratti preliminari", dispone al primo comma nel modo seguente: "Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi".

Il rapporto che si instaura tra creditore privilegiato e terzi trova la sua ragion d'essere nel fatto che "la funzione concreta del privilegio si rivela non già nei confronti del debitore (che, se chiamato a rispondere solo dal creditore privilegiato, risponde anche con il resto dei suoi beni, pur se quegli è tenuto ad agire previamente sui beni che sono oggetto del privilegio), ma nei confronti dei creditori concorrenti." (così Cass. 25 luglio 1975, n. 2901, in *Diritto fallimentare*, 1976, II, 8).

E la stessa Cassazione ha sottolineato che il privilegio rappresenta un'eccezione, imposta dal legislatore in considerazione della causa del credito, alla regola della *par condicio* dei creditori rispetto allo stesso debitore; "poiché a favore dei creditori concorrenti sta il principio della *par condicio* (che è immanente alla esecuzione concorsuale ed opera dalla qualificazione fino alla concreta collocazione dei crediti), derogabile appunto solo in presenza di cause legittime di prelazione, colui il quale invoca quest'ultima ha l'onere di dimostrare non solo l'astratta natura privilegiata del credito, ma anche i presupposti necessari per l'esercizio concreto del privilegio, indicando i beni che ne sono colpiti e provando la loro esistenza fra i beni assoggettati all'espropriazione" (Cass. 25 luglio 1975, n. 2901, cit.).

“La particolare tutela accordata al riconoscimento del privilegio si giustifica, almeno tradizionalmente, in funzione della qualità del credito e, in quanto tale, è fissata dalla legge” (S. CICCARELLO, voce “*Privilegio (dir. priv.)*”, in *Enc. diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pag. 724). Affermazione, del resto, contenuta nello stesso codice civile, che all’art. 2745 c.c. afferma che il privilegio “è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito.” A questo proposito la dottrina ha chiarito che l’espressione “causa” non è sinonimo di “causa negoziale”, bensì di ragione giustificativa del privilegio, di *ratio legis* delle norme che lo prevedono (così V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, libro VI, Tutela dei diritti, Bologna-Roma, 1958, pag. 61).

L’art. 2775-*bis* c.c. collega il privilegio al credito del promissario acquirente che sia risultato insoddisfatto nei confronti degli obblighi assunti dal promittente venditore con il contratto preliminare trascritto. Trattasi di credito che, a monte, presuppone la trascrizione del preliminare e, a valle, la sua mancata attuazione. E’ evidente, pertanto, che nel programma negoziale preliminare-definitivo instaurato è questa la c.d. fase patologica. Per non lasciare il promissario acquirente (contraente debole) del tutto sprovvisto di tutela proprio nella fase più critica del suo rapporto con il contraente forte (in larga misura l’impresa di costruzione) si è ritenuto di far nascere il suo credito come credito privilegiato.

L’art. 2775-*bis* c.c. costituisce una norma piuttosto articolata: essa opera a patto che l’effetto prenotativo sia ancora in funzione nel momento in cui il promissario acquirente instaura la procedura di conflitto, procedura che la legge identifica nelle seguenti fattispecie alternative: atto avente data certa di risoluzione del contratto preliminare; domanda giudiziale di risoluzione del contratto; domanda giudiziale di pagamento del credito; momento della trascrizione del pignoramento; momento dell’intervento nella esecuzione promossa da terzi. Qualora in uno dei predetti momenti l’effetto prenotativo del preliminare non sia venuto meno (per decorso dei termini di legge), si crea il privilegio sull’immobile a favore del promissario acquirente a garanzia dei suoi crediti verso il promittente alienante.

b) Operatività del privilegio ed eccezioni di priorità. La legge prende in considerazione il privilegio allorquando, da una parte, sia stato trascritto il preliminare e, da un’altra parte, questo non sia stato adempiuto. Presupposto del privilegio sono pertanto queste due situazioni:

- a) trascrizione del preliminare;
- b) mancata attuazione del preliminare.

Se manca uno o l'altro di questi due elementi, il privilegio non viene ad esistenza. Si può pertanto correttamente parlare di "privilegio iscrizionale", perché il privilegio, che trova pur sempre nella legge la sua fonte primaria, ha necessità della trascrizione del preliminare per venire ad esistenza.

Una volta riscontrato che il preliminare trascritto non ha trovato esecuzione, evidentemente si verifica una situazione da inadempimento che può dar luogo a procedure giudiziarie di soddisfacimento. Queste riguardano esclusivamente crediti del promissario acquirente, che solitamente trovano la propria fonte in:

- clausole penali limitative del risarcimento danni da inadempimento;
- caparre confirmatorie;
- versamenti di anticipi di somme in conto prezzo;
- obbligo per risarcimento danni (i primi commentatori della legge 30 del 1997 non hanno posto in dubbio che il privilegio garantisca anche il credito da risarcimento danni: DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., pag. 517; CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 220).

Nel nostro caso l'unico credito garantito da privilegio è quello del promissario acquirente; la legge non attribuisce il privilegio a vantaggio di terzi. A favore di questi ultimi prevede soltanto che determinate ipoteche, anche successive alla trascrizione del preliminare, prevalgono nei confronti del privilegio.

Poiché la legge prevede due eccezioni (art. 1775-*bis*, 2° comma), esse operano allorché opererebbe il privilegio e quindi l'ipotesi è sempre quella del preliminare trascritto che non abbia trovato adempimento. In tal caso, il privilegio opera, ma nei suoi confronti sono favorite in termini di priorità ipoteche determinate, ancorché iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare. Esse concernono:

- a) mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile;
- b) mutui fondiari erogati a terzi (solitamente al promittente venditore) che il promissario acquirente si sia accollato, e limitatamente alla parte accollata.

In entrambi i casi il promissario acquirente è debitore e pertanto, se gli viene concesso il privilegio, non si può pretendere che sia favorito a tal punto da pregiudicare i suoi creditori (e quindi anche con attinenza alla sua contestuale posizione di debitore), sul presupposto che un vantaggio concesso ad una parte in difficoltà (il privilegio) non le può essere riconosciuto anche nell'ipotesi in cui essa parte manchi ai propri impegni negoziali. Ci si trova di fronte, quindi, ad una sorta di controbilanciamento tra diritti e doveri, senza ampliare la tutela di un soggetto a tal punto da premiarlo anche per i suoi debiti insoluti.

La disciplina stabilita per dette eccezioni può così riassumersi:

a) l'ipoteca iscritta per mutuo fondiario, per la parte accollata, in qualunque momento iscritta (sia prima che dopo la trascrizione del preliminare), prevale sul privilegio;

b) l'ipoteca iscritta per credito destinato all'acquisto dell'abitazione concesso a vantaggio del promissario acquirente, in qualunque momento iscritta (sia prima che dopo la trascrizione del preliminare), prevale sul privilegio.

In entrambi i casi, peraltro, il presupposto è che la fattispecie sia tale da far sorgere il privilegio (preliminare trascritto non andato a buon fine).

Può verificarsi invece l'ipotesi che il privilegio non venga ad esistenza, perché il preliminare trascritto è andato a buon fine e quindi il promissario acquirente abbia realizzato il proprio programma di acquisto. In tal caso si pone il problema della sorte dell'ipoteca eventualmente iscritta successivamente sul bene compravenduto in via definitiva.

Si pensi all'ipotesi di preliminare trascritto che vada a buon fine; contemporaneamente si pensi al fatto che nella fase di passaggio dal preliminare al definitivo il promissario acquirente abbia acquisito un credito fondiario per l'acquisto dell'immobile, con contestuale ipoteca concessa dal promittente venditore, al momento ancora proprietario del bene. In tal caso non opera l'art. 2775-*bis* c.c. perché l'obbligo risultante dal preliminare è stato adempiuto, e quindi non trova applicazione il principio della priorità dell'ipoteca sul privilegio.

Né trova applicazione l'art. 2825-*bis* c.c., che attiene soltanto alla disciplina dell'accollo di mutuo fondiario da parte del promissario acquirente e attribuisce priorità all'ipoteca rispetto al preliminare trascritto in precedenza, ma limitatamente alla parte di mutuo accollata e quindi limitatamente alla parte d'ipoteca frazionata attinente alla porzione di credito accollata.

In conclusione, nell'ipotesi che il preliminare trascritto sia stato adempiuto o con il definitivo o con atto equipollente, il rapporto tra acquirente del bene e iscrizione ipotecaria sarà disciplinato dalla priorità della trascrizione o dell'iscrizione nei registri immobiliari. Se l'ipoteca è stata iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, essa soccomberà rispetto all'acquisto del bene da parte del promissario acquirente; essa non soccomberebbe soltanto se risultasse iscritta prima della trascrizione del preliminare. Si verifica, in questo caso, che mentre nell'ipotesi del privilegio il vantaggio del privilegio è stato reso innocuo allorquando il promissario acquirente sia anche debitore; nell'ipotesi dell'adempimento del preliminare il credito non viene favorito a vantaggio del promissario acquirente, perché costui, acquistando il bene, prevale sulle ipoteche iscritte sul bene anche se a suo favore ma posteriormente alla trascrizione del preliminare.

Indubbiamente la legge ha in questo modo inteso privilegiare l'acquisto del bene, anche nell'ipotesi che il promissario acquirente abbia mancato sul piano degli impegni assunti. In altre parole, il promissario acquirente in questo modo acquisterà il bene libero da ipoteche e la garanzia ipotecaria avrà esaurito tutto il suo ruolo, perché, pur conservando la pubblicità il suo aspetto formale di iscrizione nel registro, essa non potrà essere opposta al promissario acquirente, il quale acquisterà il bene libero da garanzia ipotecaria e potrà destinarlo alla libera contrattazione senza che detta garanzia ipotecaria possa essere opposta ai futuri acquirenti.

c) Priorità tra privilegio ed ipoteca. Si è posto il problema se un'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del preliminare debba o meno prevalere nei confronti del privilegio stabilito dall'art. 2775 *bis* c.c.

Un parere ministeriale (Ministero di Grazia e Giustizia, Ufficio legislativo, 15 aprile 1997, prot. 2914 21/35-2) aveva, senza peraltro particolari approfondimenti, espresso l'avviso che le ipoteche iscritte prima del preliminare (ma dopo l'entrata in vigore della nuova legge) non prevalgono sul privilegio. Il parere ministeriale dava per scontata la risposta e non la motivava in alcun modo, limitandosi a richiamare l'art. 2748 c.c. Questa norma (comma secondo) stabilisce che "i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente".

Successivamente, peraltro, probabilmente sulla base delle critiche dottrinali nel frattempo intervenute, il Ministero, riesaminando il problema, ha ritenuto di prendere le distanze dalla propria precedente posizione, giudicando quest'ultima come "lettura a caldo della nuova normativa, formulata senza neppure l'ausilio di quella elaborazione dottrinale che la stessa divulgazione della nota ha in parte contribuito a far lievitare"; nella sostanza il Ministero ha attribuito alla sua precedente lettera semplice valore di nota riservata, interpretazione di prima mano, certamente non idonea a supportare interpretazioni da poter essere qualificate come interpretazione autentica (così Ministero di Grazia e Giustizia, Ufficio legislativo, Nota 11 agosto 1997, prot. 6371/21/35-2).

Evidentemente il Ministero fa un'interpretazione pedissequa dell'articolo codicistico testé richiamato. Il parere ministeriale ha creato notevoli preoccupazioni nel mondo bancario, che, sulla base di questa interpretazione, si è visto vanificare tutte le garanzie ipotecarie iscritte in precedenza a vantaggio dei costruttori di fabbricati, in un momento, si badi, in cui l'ipoteca era sorta su beni liberi del tutto da formalità pregiudiziali.

La precedente interpretazione ministeriale non appariva corretta, come è stato dimostrato dall'intervento effettuato sul tema da parte di alcuni studiosi (TUCCI, *Relazione svolta ad un convegno di studio tenutosi a Bari 14 giugno 1997, sul tema La trascrizione del contratto preliminare immobiliare*; LUMINOSO, *relazione svolta al Convegno di studio che si è svolto a Cagliari il 14 giugno 1997, sul tema La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*; BARALIS, *Il privilegio del promissario acquirente e il conflitto con diritti di garanzia anteriori nonché con i creditori procedenti del promittente. Problemi connessi*, inedito).

Con molta acutezza Baralis (BARALIS, *Il privilegio del promissario acquirente e il conflitto con diritti di garanzia anteriori nonché con i creditori procedenti del promittente. Problemi connessi*, cit.) manifesta l'opinione che il privilegio ex art. 2775-bis non debba prevalere sull'ipoteca già iscritta, soprattutto per la natura convenzionale o iscrizionale del privilegio, derivante dalla trascrizione del preliminare, perché esso è pur sempre manifestazione di un onere esistente in capo alle parti che hanno stipulato il contratto preliminare.

Ed infatti la maggioranza della dottrina specialistica afferma che per il privilegio iscrizionale non trova applicazione la norma dell'art. 2748, capoverso c.c., perché caratteristica di questo privilegio è di essere assimilato all'ipoteca legale. Si dice infatti che "nei casi in cui i privilegi sono condizionati a determinate forme di pubblicità, l'ordine di priorità non è più regolato *ex causa*, cioè secondo la qualità dei crediti, ma secondo il meccanismo pubblicitario" (così espressamente V. TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 19°, Torino, 1985, pag. 463; della stessa opinione è V. ANDRIOLI, *De privilegi*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, libro VI, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1958, pag. 62 e segg.).

Si ritiene più corretto affermare che, sul presupposto che la fase patologica del rapporto "preliminare-definitivo" è sempre fondata sulla trascrizione del preliminare, essa, in perfetta corrispondenza con quanto avviene per la fase fisiologica, resti interamente correlata ai meccanismi della pubblicità immobiliare. Con la conseguenza, come si tenterà di dimostrare, che il privilegio, il quale viene ad esistere soltanto se il preliminare trascritto non sia stato adempiuto, prevarrà certamente sulle ipoteche iscritte successivamente ad esso, ma non su quelle iscritte anteriormente.

a) Opinione avversa. Critica.

Uno degli argomenti a favore dell'opinione che il privilegio debba prevalere sulle ipoteche iscritte anteriormente (argomento peraltro non svolto per iscritto, ma semplicemente adombrato nelle discussioni orali che hanno interessato questa problematica) è quello attinente alla c.d. tutela del consumatore, o del contraente debole. Nella sostanza, si dice, la legge intende tutelare il promissario acquirente e questi va tutelato in modo estensivo e non in modo riduttivo. Si precisa, da parte dei sostenitori di questa tesi qui non accolta, che se l'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del preliminare dovesse prevalere sul privilegio, il promissario acquirente, nell'ipotesi che non si realizzi il definitivo, finirebbe per essere svantaggiato rispetto all'ipotesi di realizzazione del contratto definitivo: in quest'ultimo caso, infatti, il promissario acquirente soddisferebbe in pieno i suoi interessi, acquistando il bene ed evitando che prevalgano nei suoi confronti formalità pubblicitarie iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare.

Così ragionando, peraltro, si dimentica di tener conto di varie considerazioni.

In primo luogo il rilievo che il privilegio è stato costruito non in modo disancorato rispetto alla vicenda fisiologica dell'adempimento del preliminare con la stipulazione del definitivo, ma nella stessa logica di quest'ultima vicenda, innestandosi come strumento di garanzia per far fronte all'aspetto patologico della predetta vicenda, ma rispettando la consecuzione temporale esistente tra trascrizione del preliminare e mancata tempestiva attuazione di esso.

In secondo luogo il rilievo che il promissario acquirente non ha di che lamentarsi se, nel momento in cui trascrive il preliminare, riscontra che nei registri immobiliari esistono già formalità pregiudizievoli. Egli in tal caso può tutelarsi non stipulando il contratto preliminare; se, malgrado l'esistenza di formalità pregiudizievoli, egli ha stipulato il preliminare, deve ascrivere a proprio rischio l'esito del programma negoziale che si è proposto, senza che possa affermarsi che il legislatore abbia inteso a tal punto agevolarlo, da aver posto in posizione subalterna rispetto a lui i creditori ipotecari che abbiano trascritto in precedenza.

Terza considerazione: il privilegio viene ad esistenza con la trascrizione del preliminare cui non faccia seguito il contratto definitivo; se il contratto preliminare non viene trascritto, il privilegio non si realizza. Pertanto la caratteristica usuale dei privilegi di legarsi alla causa del credito viene nel nostro caso ad essere correlata a una formalità pubblicitaria: se il privilegio sorge non per l'esistenza del credito in sé, ma sulla base della trascrizione del preliminare, è giocoforza ritenere che esso privilegio inizi la sua disciplina soltanto da questa data.

L'opinione avversa, ancora, utilizza l'art. 2775-*bis*, secondo comma, come argomento a proprio favore, sulla base della seguente riflessione: se la legge ha fatto

salve le ipoteche ivi previste (ipoteche per debiti del promissario acquirente per l'acquisto del bene; ipoteche per mutuo fondiario del promittente venditore, ma con acollo da parte del promissario acquirente), favorendole rispetto al privilegio, ancorché iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, si è detto, essa legge ha inteso derogare alla regola dell'art. 2748, 2° comma, che stabilisce la priorità del privilegio immobiliare sull'ipoteca iscritta anteriormente.

Ma questa affermazione palesa un salto logico: l'art. 2775-*bis*, 2° comma c.c. ha inteso derogare non alla priorità del privilegio sull'ipoteca, ma alla priorità derivante dalla precedente formalità pubblicitaria; la deroga concerne non la disciplina del privilegio immobiliare, ma la disciplina desumibile dall'art. 2644 c.c. per cui nella pubblicità immobiliare prevale sempre chi trascrive o iscrive per primo.

Che sia questa la ragione di fondo lo dimostra la seguente ulteriore considerazione: l'art. 2775-*bis*, 2° comma ultima parte prescrive che il privilegio non è opponibile "ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825-*bis*". Orbene, i creditori qui considerati sono i creditori del promittente venditore che abbia effettuato un mutuo fondiario per la costruzione del bene, mutuo che si sia successivamente accollato il promissario acquirente, e con ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare. In questo caso l'ipoteca iscritta successivamente al preliminare prevale sul privilegio. La legge tace per l'ipotesi che la stessa fattispecie sia caratterizzata da ipoteca su mutuo fondiario iscritto prima del preliminare. Facendo applicazione rigorosa dell'art. 2748, 2° comma c.c. questa ipoteca dovrebbe soccombere rispetto al privilegio: ed allora si avrebbe la stranezza di una norma che da una parte afferma la soccombenza dell'ipoteca iscritta prima e, dall'altra parte, afferma la priorità della stessa ipoteca iscritta dopo.

La verità è che le eccezioni delle quali si discorre non rappresentano eccezioni all'art. 2748, 2° comma c.c., ma eccezioni alla norma desumibile dall'art. 2644 c.c. sul vantaggio di colui che ha per primo realizzato la formalità immobiliare. Da ciò la conclusione che se il legislatore ha ritenuto di apportare, nel rapporto privilegio ed ipoteca, un correttivo all'art. 2644 c.c., indirettamente esso ha inteso riaffermare l'integrale applicabilità, per tutto il resto, della norma in discorso che, si badi, costituisce il fondamento normativo della primaria finalità della pubblicità immobiliare.

b) Soluzione accolta.

L'argomento di fondo, sul quale è fondata l'opinione che nel nostro caso l'art. 2748, 2° comma c.c. sia inapplicabile, è che il privilegio previsto dalla novella a favore del promissario acquirente è un privilegio che per realizzarsi presuppone che

sia in vigore il meccanismo della prenotazione del preliminare. In altre parole, se il privilegio non viene ad esistenza nel caso in cui l'effetto prenotativo del preliminare sia venuto meno (*ex art. 2775 bis*), occorre concludere che esso non operi neppure se detto effetto prenotativo non sia stato ancora posto in essere. Infatti si afferma che il privilegio in discorso non sussiste né a favore dell'acquirente che non abbia stipulato un contratto preliminare, né a favore del promissario acquirente che non abbia trascritto il proprio preliminare. Ma allora va affermato che il privilegio si realizza nel momento in cui detto effetto prenotativo viene posto in essere.

E' fuor di dubbio, pertanto, che il privilegio in discorso sia qualificabile come privilegio iscrizionale, cioè come privilegio che nasce con l'iscrizione pubblicitaria ed è risaputo che in dottrina si afferma che il criterio del conflitto tra privilegi iscrizionale diritti de terzi non è disciplinato dal principio della prevalenza del privilegio sull'ipoteca, come dispone l'art. 2748, 2° comma c.c., ma dal principio che prevale la formalità iscritta per prima sul registro ipotecario.

Questa l'obiezione di fondo: se due posizioni confliggenti sono soggette allo stesso regime pubblicitario, è impensabile affermare che non debbano sottostare al regime di base che ne disciplina i conflitti, dato appunto dalla norma contenuta nell'art. 2644 c.c. (LUMINOSO, relazione sul tema *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*, cit.).

E vale altresì la seguente considerazione: poiché il privilegio opera soltanto se il contratto preliminare non vada a buon fine, nell'ipotesi che esso contratto vada a buon fine il privilegio non opera e pertanto (se si accogliesse la contraria opinione) il promissario acquirente nel primo caso sarebbe preferito ai creditori che abbiano iscritto ipoteca precedentemente, mentre nel secondo caso sarebbero preferiti i creditori ipotecari in discorso, soluzione ritenuta del tutto paradossale ((LUMINOSO, relazione sul tema *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*, cit.).

Caratteristica del privilegio è quella di rappresentare una garanzia correlata strettamente ad una causa di particolare interesse. Più che la garanzia, nel privilegio conta la ragione del credito. Se il credito appartiene allo Stato, il privilegio acquista tutta la sua ampiezza. Se il credito appartiene al privato, la ragione del privilegio si attenua sempre di più. Nel nostro caso si vuole favorire il contraente debole, ma non lo si può favorire fino al punto di stravolgere tutta il tessuto sul quale è fondata la pubblicità immobiliare, per il seguente motivo: il favore del legislatore che ha previsto questo privilegio sorge solo nel momento in cui il privato si sia assoggettato al meccanismo della pubblicità trascrivendo il preliminare; pertanto ne dovrà seguire tutte le implicazioni.

Infine si pensi all'ipotesi che sullo stesso immobile il promittente alienante effettui due o più preliminari, che tutti siano trascritti, evidentemente in date diverse, e che tutti non vadano a buon fine, ingenerando più diritti di credito garantiti dal privilegio in discorso. Si pone il problema di stabilire quali siano le priorità di questi privilegi ed evidentemente occorre favorire colui che abbia trascritto per primo il proprio preliminare. Ma in tal caso si afferma, indirettamente, che occorre riprodurre anche per il privilegio le regole sulla priorità della pubblicità iscritta per prima, che costituisce il criterio base per risolvere i problemi di conflitto in questa materia.

Ancora, se l'art. 2748, 2° comma c.c. risultasse applicabile, ciò potrebbe portare alla conclusione che nell'ipotesi patologica il promissario acquirente sarebbe più favorito che nell'ipotesi fisiologica; e quindi che egli potrebbe essere indotto ad utilizzare proprio la patologia della procedura per ottenere maggiori benefici. In altre parole, anziché procedere all'acquisto del bene, vedendosi anteporre le iscrizioni ipotecarie anteriori al preliminare (e quindi perdere il bene, sul piano dell'esecuzione immobiliare, dopo averlo acquistato), egli potrebbe preferire di non procedere all'acquisto definitivo, proprio per conservare il privilegio e, per esso, rendere innoce le precedenti ipoteche.

Ma in questo modo si finirebbe per rendere il privilegio (strumento inteso a lenire, sul piano alternativo, colui che non avesse potuto concludere positivamente il programma divisato di acquisto) da strumento alternativo, a parità di condizioni, a strumento di favore in ogni caso, sbilanciando enormemente la situazione ideata dal legislatore.

In conclusione, se l'ipoteca è stata iscritta anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare (e quindi del privilegio) essa prevale sul privilegio, se è stata iscritta posteriormente prevale il privilegio.

La Cassazione, ancorché in altro contesto normativo, ha nella sostanza attribuito priorità alla disciplina della pubblicità immobiliare rispetto alla norma contenuta nell'art. 2748, 2° comma c.c., quando ha affermato che in deroga alla generale prevalenza accordata al privilegio speciale immobiliare sull'ipoteca, qualunque sia la sequenza cronologica dell'uno rispetto all'altra, il privilegio accordato ai crediti dello Stato per tributi indiretti non può esercitarsi in pregiudizio della ipoteca da terzi acquistata anteriormente sull'immobile oggetto del trasferimento tassato (Cass. 11 maggio 1978, n. 2294, in *Boll. trib. inf.*, 1979, 342, con nota adesiva di QUATTRARO). In questo modo la Cassazione ha forzato l'interpretazione della norma contenuta nell'art. 2772, 4° comma c.c., includendo anche l'ipoteca nell'espressione "diritti dei terzi", ma sostanzialmente riducendo la portata dell'art. 2748, 2° comma c.c.

11. Trascrizione del preliminare e pignoramento. Un Autore (CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., pag. 221) ha affermato che la trascrizione del preliminare “non garantisce contro le procedure esecutive individuali o concorsuali instaurate nei confronti del promittente alienante”.

L'affermazione appare certamente esatta con riferimento alla procedura fallimentare, perché la novella n. 30 del 1997 ha aggiunto all'art. 72 della legge fallimentare apposita norma, per la quale il curatore fallimentare conserva intatto, pur dopo la trascrizione del preliminare, il potere di chiedere lo scioglimento del contratto, consentendo in tal caso al promissario acquirente d'insinuarsi nella massa fallimentare conservando il privilegio *ex art. 2775-bis c.c.*

Ma detta affermazione non appare esatta se essa voglia significare che il pignoramento, ancorché successivo alla trascrizione del preliminare, debba prevalere su questo. Probabilmente, anche se ciò non risulta argomentato in modo esplicito, il citato Autore si è voluto riferire all'art. 2914, n. 1 c.c., che dichiara prive di effetto, nei confronti del creditore pignorante, le alienazioni di immobili trascritte successivamente al pignoramento. Presumibilmente detto Autore ha interpretato in senso letterale l'espressione “alienazioni di beni immobili”, riferendola al contratto definitivo e non al contratto preliminare trascritto.

Il Cian argomenta nel modo seguente: poiché la legge 30 del 1997, nel formulare l'art. 2775-*bis*, fa menzione della “trascrizione del pignoramento” come di una delle possibili ipotesi che fanno sorgere il privilegio a favore del promissario acquirente, indirettamente essa legge fa comprendere che la trascrizione del pignoramento valga a fermare l'*iter* fisiologico che corre dal preliminare al definitivo. L'argomento, peraltro, non appare convincente, perché detto articolo prevede espressamente anche l'ipotesi alternativa che al momento della trascrizione del pignoramento detto *iter* non si sia ancora concluso e che pertanto vi sia ancora tempo per la stipulazione del contratto definitivo.

E' più plausibile, pertanto, ritenere che la funzione prenotativa del preliminare operi anche nel caso del pignoramento, allo stesso modo come esso effetto deve ritenersi operativo nell'ipotesi di domanda giudiziale *ex art. 2652, n. 2 c.c.* (così DELFINI, *Efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, cit., pag. 181, il quale afferma che “la selezione tra titoli di acquisto incompatibili è operata sulla base della priorità cronologica della trascrizione degli atti, anziché su quella degli atti medesimi”; e conclude per la prevalenza “dell'attore *ex art. 2932 c.c.* sul terzo acquirente che non abbia trascritto, o abbia trascritto posteriormente, ancorché l'acquisto sia precedente alla trascrizione della domanda”).

Infatti, quando più appropriatamente l'intero sistema è stato esaminato nell'ottica della pubblicità immobiliare, altro Autore, più correttamente, ha affermato che l'effetto prenotativo prevale su un pignoramento trascritto successivamente, mentre non prevale su una procedura concorsuale; nel primo caso, perché operano in modo tassativo i principi sulla priorità della trascrizione; nel secondo caso, perché tutto deriva dai poteri riconosciuti in via generale al curatore fallimentare dalla legge sul fallimento (così GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 458). Ed anzi proprio questa differenza di piano in cui si trovano ad operare le due fattispecie normative porta alla conclusione che la differenza di disciplina non appaia viziata d'incostituzionalità (sempre GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., pag. 459).

In conclusione, si deve affermare che il pignoramento trascritto dopo la trascrizione del preliminare non possa prevalere su quest'ultimo (cfr. in tal senso ampiamente BARALIS, *Il privilegio del promissario acquirente e il conflitto con diritti di garanzia anteriori nonché con i creditori precedenti del promittente. Problemi connessi*, cit.).

12. Riflessi sull'attività notarile.

a) Visure ipotecarie. L'obbligo di effettuare le visure ipotecarie prima di addivenire ad una stipula che possa restarne in qualche modo condizionata è usuale per il notaio, dopo che la Cassazione, tralasciata l'opinione che esista un obbligo per il notaio correlato alla sua funzione pubblica, ha affermato che l'obbligo delle visure per il notaio, in mancanza di diverso incarico delle parti, sussiste e deriva dal contratto d'opera professionale (v. da ultimo Cass. 18 ottobre 1995, n. 10842, in *Vita not.*, 1996, 882; Cass. 6 aprile 1995, n. 4020, in *Riv. not.*, 1995, 996; Cass. 22 marzo 1994, n. 2699, in *Riv. not.*, 1994, 1094).

L'impegno di effettuare le visure ipotecarie, in ordine al preliminare trascritto, appare ancor più pregnante se si pensa che il futuro contratto preliminare, redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, avrà la sua sostanziale ragione d'essere nella necessità della trascrizione, allo scopo di attribuire alla pubblicità in discorso valore di prenotazione; ma tale prenotazione non potrà crearsi se non a patto che in precedenza non sussistano altre contrarie formalità pubblicitarie; il tutto varrà ad impegnare particolarmente il notaio, il quale sarà chiamato ad effettuare un atto parzialmente inutile se trascritto il preliminare egli dovesse accorgersi che nei registri immobiliari esistono contrastanti registrazioni (cfr. CARUSI, *Trascrizione dei preliminari immobiliari. Considerazioni che vanno oltre gli istituti che la*

riguardano, in *Notaro*, 1997, pag. 23, il quale afferma addirittura che il notaio è tenuto ad effettuare le visure anche in ordine alla trascrizione del preliminare).

b) Condono edilizio. Il problema che si pone è se il contratto preliminare trascritto debba ritenersi assoggettato alle prescrizioni degli artt. 17, 18 e 40 della legge 47 e successive modifiche. Il problema è stato esaminato alla luce del criterio della natura del contratto preliminare che, consistendo in un contratto ad effetti obbligatori, e non in un contratto ad effetti reali, non rientra nelle norme predette, come ha chiarito ripetutamente la Corte di Cassazione.

La Suprema Corte ha infatti precisato che il momento in cui occorre dotarsi della prescritta documentazione non è quello del contratto preliminare, bensì quello del contratto definitivo, oppure quello della sentenza sostitutiva di esso; ciò perché soltanto in questo momento si verifica il trasferimento del diritto reale sul quale è fondato l'obbligo documentale previsto dalla legge 47. Donde la conclusione che la documentazione prevista dalla legge 47, se non viene allegata al momento del preliminare, va allegata con atto successivo, e comunque prima della sentenza *ex art.* 2932 c.c., allo scopo di consentire a quest'ultima sentenza il compito di svolgere la sua funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto (così da ultimo Cass. 8 febbraio 1997, n. 1199; Cass. 13 agosto 1996, n. 7552).

Vi è da chiedersi cosa sia mutato per effetto della novella che ha previsto la trascrizione del contratto preliminare. La risposta è che tutto è rimasto come prima, perché la trascrizione del preliminare non significa che gli effetti reali retroagiscano al momento del contratto preliminare, ma soltanto che qualsiasi pubblicità immobiliare successiva alla data di trascrizione del preliminare è inopponibile alle parti che abbiano trascritto il preliminare. Quest'ultimo conserva in pieno la sua efficacia di negozio non traslativo di effetti reali, ma soltanto costitutivo di effetti obbligatori. La trascrizione, insomma, nulla aggiunge e nulla toglie all'effetto normale ed usuale del contratto preliminare. Insomma, l'effetto traslativo della proprietà del bene si verifica anche in questo caso nel momento del contratto definitivo, con l'ulteriore conseguenza che la trascrizione del definitivo impedisce che debba ritenersi prioritaria la formalità intervenuta nel frattempo avente ad oggetto le stesse persone e lo stesso bene.

Diverso discorso è se sia opportuno che il notaio tenga conto, anche per il preliminare, delle prescrizioni della legge sul condono edilizio. Si potrebbe essere indotti ad affermare detta opportunità, sulla base del valore prenotativo della trascrizione del preliminare e, soprattutto, considerando che il contratto preliminare è soltanto preparatorio del definitivo e che quindi appare opportuno conoscere fin da

quel momento la situazione urbanistica del bene, per evitare sorprese successive. Ma un conto è l'opportunità (che sussiste), altro conto la necessità (che non sussiste), tanto più che nella fase di passaggio dalla data del preliminare alla data del definitivo la situazione urbanistica del bene può mutare anche in termini consistenti (si pensi ad un vincolo artistico o paesistico sorto in detta fase intermedia; oppure ad abusi edilizi commessi successivamente al preliminare ma anteriormente al definitivo).

c) Dichiarazione di assoggettamento a tributo. Analogo discorso potrebbe essere sviluppato in ordine al problema se il preliminare avente per oggetto un fabbricato debba ritenersi assoggettato alle prescrizioni della legge 26 giugno 1990, n. 165 che, come è noto, richiede per la validità dell'atto la dichiarazione che il reddito della costruzione è stato dichiarato nell'ultima dichiarazione dei redditi.

Analogamente a quanto previsto per il condono edilizio, anche in questo caso si può rispondere che la fattispecie prevista dalla legge n. 165 del 1990 è una fattispecie caratterizzata da atti ad effetto reale, non ad effetto obbligatorio. Il preliminare non è atto ad effetto reale e non acquista efficacia di atto ad effetto reale neppure con la trascrizione. Pertanto occorre rispondere che per esso, ancorché trascritto, non trovi applicazione la legge in discorso, che invece troverà applicazione per il contratto definitivo, e tenuto conto dell'avvenuto assoggettamento a tributo nella data di quest'ultimo (il definitivo potrebbe essere stipulato con forte posticipo rispetto al preliminare).

d) Comunione legale. Vi è da chiedersi se il preliminare trascritto debba ritenersi assoggettato alle regole concernenti gli acquisti e gli atti dispositivi effettuati in regime di comunione legale.

Anche in questo caso va precisato che il contratto preliminare, ancorché trascritto, non perde la sua qualità di negozio ad effetti obbligatori, che non vengono per nulla intaccati dalla pubblicità immobiliare, la quale ha soltanto lo scopo di dirimere il conflitto tra più acquirenti dallo stesso dante causa, ma a patto che anche il definitivo sia posto in essere e assoggettato a trascrizione.

Va in proposito ricordato che la comunione legale fra i coniugi, di cui all'art. 177 cod. civ., riguarda gli acquisti, cioè gli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della *res* o la costituzione di diritti reali sulla medesima, non quindi i diritti di credito sorti dal contratto concluso da uno dei coniugi, i quali, per la loro stessa natura relativa e personale, pur se strumentali all'acquisizione di una *res*, non sono suscettibili di cadere in comunione. (così Cass. 27 gennaio 1995, n. 987,

in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1995, 889, con nota di F. REGINE, *Questioni in tema di contratto preliminare e comunione legale*, la quale ne ha concluso che, nel caso di contratto preliminare di vendita, stipulato da uno solo dei coniugi, l'altro coniuge non è legittimato - sostituendosi al primo - a proporre la domanda di esecuzione specifica ex art. 2932 cod. civ.; nello stesso senso v. Cass. 9 luglio 1994, n. 6493, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 455; Cass. 11 settembre 1991, n. 9513).

In considerazione di ciò, come si afferma che l'acquisto assoggettato alle regole della comunione legale dei beni non riguarda acquisto di diritti di credito, così appare opportuno affermare che il preliminare non debba per se stesso essere assoggettato alle regole degli acquisti di beni assoggettati al regime della comunione legale. E' infatti nel momento del contratto definitivo che la disciplina della comunione legale dovrà essere applicata.

Giovanni Casu

BIBLIOGRAFIA

- BORDIERI, *L'iter storico della legge n. 30/97*, in *Notariato*, 1997, pag. 363
- MARICONDA, *Fattispecie trascrivibili e aspetti transitori*, in *Notariato*, 1997, pag. 366
- IANNELLO, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, pag. 372
- PICCOLI, *Natura ed effetti della trascrivibilità del preliminare*, in *Notariato*, 1997, pag. 380
- DOLZANI, *La trascrizione del preliminare in ambito tavolare: spunti di riflessione*, in *Notariato*, 1997, pag. 389
- TARDIVO, *Trascrizione del preliminare di vendita e finanziamento fondiario*, in *Vita not.*, 1997, pag. 114
- SCAGLIONE, *Osservazioni in tema di forma del negozio risolutorio di preliminare di vendita immobiliare*, in *Vita not.*, 1997, pag. 179
- CIOFFI, *La trascrivibilità di una fattispecie di contratto preliminare di vendita immobiliare*, in *Vita not.*, 1997, pag. 505
- SOLIMENE, *La trascrizione del preliminare e le azioni revocatorie*, in *Vita not.*, 1997, pag. 538
- DELFINI, *Efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, pag. 178
- SPADOLA, *La trascrizione del preliminare*, in *Summa*, 1997, pag. 24
- DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, in *I contratti*, 1997, pag. 5
- CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, pag. 215
- CARUSI, *Trascrizione dei preliminari immobiliari. Considerazioni che vanno oltre gli istituti che la riguardano*, in *Notaro*, 1997, pag. 21
- BARBIERA, *La trascrivibilità di alcuni tipi di contratto preliminare: vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pag. 225
- BARALIS, *Il privilegio del promissario acquirente e il conflitto con diritti di garanzia anteriori nonché con i creditori procedenti del promittente. Problemi connessi*, inedito
- BARALIS, *Appunti su preliminare e trascrizione*, inedito
- LUMINOSO, relazione svolta al Convegno di studio che si è svolto a Cagliari il 14 giugno 1997, sul tema *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*
- PALERMO, relazione svolta al Convegno di studio che si è svolto a Cagliari il 14 giugno 1997, sul tema *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare*
- GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, pag. 455

DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Il corriere giuridico*, 1997, pag. 514

TUCCI, Relazione svolta ad un convegno di studio tenutosi a Bari 14 giugno 1997, sul tema *La trascrizione del contratto preliminare immobiliare*

MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1985

MARICONDA, *La trascrivibilità del contratto preliminare*, in *Notariato*, 1995, 337

LICINI, *Trascrizione della promessa di vendita immobiliare*, in *Riv. not.*, 1993, 1195

(Riproduzione riservata)