

LA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE

estratto dallo Studio n. 19-2007/C "La redazione del preliminare - Profili operativi" (estensore Notaio Giovanni Rizzi) studio approvato dalla Commissione studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato in data 27 gennaio 2007

Premessa

Nella pratica il ricorso al preliminare, nell'ambito di una trattativa per la compravendita di un immobile, è assai diffuso: raramente infatti le parti "chiudono" la trattativa con l'immediata stipula dell'atto di compravendita comportante il trasferimento della proprietà.

Nella maggior parte dei casi tra il momento in cui viene raggiunto l'accordo per la compravendita dell'immobile ed il momento in cui viene perfezionato l'atto comportante il trasferimento della proprietà, passa un certo lasso di tempo, più o meno lungo a seconda delle circostanze e ciò per i più svariati motivi. Ad esempio, solo per citarne alcuni tra i più ricorrenti:

- per l'esigenza dell'acquirente di istruire una pratica per l'ottenimento di un prestito bancario
- per l'esigenza dell'acquirente di "smobilizzare" i fondi da utilizzare per il pagamento
- per l'esigenza del venditore di integrare tutta la documentazione necessaria per la predisposizione dell'atto definitivo (frazionamenti catastali, denunce catastali in variazione, reperimento dei titoli edilizi, cancellazione di ipoteche ecc. ecc.)
- per l'esigenza del venditore di occupare gli immobili per il tempo necessario ad ottenere a sua volta la disponibilità di altro immobile.

E l'elenco potrebbe continuare.

In tutti questi casi le parti ricorrono al preliminare, la cui funzione, pertanto, è quella di fissare, *su un piano obbligatorio*, quelli che sono i termini dell'accordo raggiunto, da tradurre nell'atto definitivo, e tutto ciò al fine di evitare che, durante il lasso di tempo intercorrente tra il momento dell'accordo ed il momento dell'atto di trasferimento, vi possano essere dei "ripensamenti" o che, comunque, si debbano ridiscutere alcuni dei punti dell'accordo già raggiunto.

Il preliminare svolge, in tal modo, una funzione di "*tutela*" delle parti nella fase delle trattative per la compravendita di un immobile.

La tutela generica

Innanzitutto il preliminare garantisce una forma di *tutela generica* a favore di entrambe le parti del contratto, nel senso di predeterminare il contenuto del futuro contratto di compravendita, ed evitare:



- che la stipula di detto contratto possa subire ritardi per l'esigenza di discutere alcuni degli aspetti fondamentali della transazione (individuazione precisa dell'immobile oggetto di vendita, caratteristiche dello stesso, prezzo, modalità di pagamento del prezzo, eventuali diritti di terzi, ecc. ecc.);
- che una delle parti possa rifiutarsi di stipulare il contratto definitivo obiettando di non essere stato messo a conoscenza di determinate caratteristiche o qualità del bene in vendita o di altre circostanze che comunque possano incidere sulla commerciabilità del bene.

Ovviamente, affinché il preliminare possa esplicare tale sua funzione di "*tutele generica*" delle parti dovrà essere redatto con particolare cura e meticolosità, evidenziando tutte quelle problematiche che possano comunque incidere sul consenso delle parti, in modo che la futura stipula del rogito definitivo non possa essere messa in discussione dall'emergere di circostanze rilevanti ma non evidenziate nel contratto preliminare (si pensi, ad esempio, ad un immobile con provenienza donativa ed alle problematiche che ne possano derivare per il promissario acquirente che richieda per l'acquisto l'erogazione di un mutuo bancario).

La tutela specifica

In secondo luogo il preliminare garantisce alle parti una forma di *tutela specifica* per il caso di inadempimento di una delle due parti del contratto. Qualora durante il lasso di tempo che intercorre tra il momento dell'accordo ed il momento dell'atto di trasferimento, vi sia un ripensamento da parte di una delle parti, la quale si rifiuta di stipulare il contratto definitivo, senza giustificato motivo, alla parte "non inadempiente" l'ordinamento riconosce specifici strumenti di "reazione" per la tutela dei propri diritti:

- innanzitutto la parte "non inadempiente" può rivolgersi al giudice ed ottenere una sentenza che tiene luogo del rogito definitivo. E' questa la "*esecuzione in forma specifica*" del contratto preliminare prevista dall'art. 2932 c.c. **(1)**. Gli effetti (trasferimento della proprietà del bene a fronte del pagamento del corrispettivo pattuito) che non si ottengono attraverso il contratto definitivo, a causa del rifiuto alla stipula opposto da una delle parti, li si può, comunque, ottenere attraverso una sentenza, che costituisce, a tali fini, titolo idoneo per la trascrizione. Pertanto se è interesse di una delle parti "concludere" l'affare (disfarsi del bene in vendita per quanto riguarda il *promittente venditore* ovvero acquistare quello specifico bene per quanto riguarda il *promissario acquirente*), tale interesse può trovare adeguata tutela, anche prima della stipula dell'atto comportante il trasferimento della proprietà, proprio con il ricorso allo strumento del "preliminare", in relazione alla possibilità di ottenerne la "*esecuzione in forma specifica*" ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Anche in questo caso, peraltro, il preliminare, affinché possa esplicare tale sua funzione di "*tutela specifica*" delle parti, dovrà essere redatto con particolare cura, in quanto, al fine di ottenere la sentenza ex art. 2932 c.c., oltre alle condizioni previste in detta norma, la giurisprudenza ha individuato altre e diverse condizioni, delle quali bisogna pertanto tener conto nella redazione di un preliminare al fine di non "privare" le parti della facoltà di ricorrere a questo rimedio (si pensi alle posizioni assunte dalla giurisprudenza in ordine alla necessità delle menzioni urbanistiche al fine di ottenere la sentenza ex art. 2932 c.c.)

- in alternativa alla "esecuzione in forma specifica" la parte "non inadempiente" può ricorrere al rimedio previsto in via generale per il caso di inadempimento di una delle parti del contratto: potrà pertanto richiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. **(2)** nonché il risarcimento del danno subito.

Se l'interesse della parte non inadempiente non è "concludere" comunque ed in ogni caso quello specifico affare (disfarsi del bene in vendita per quanto riguarda il *promittente venditore* ovvero acquistare quello specifico bene per quanto riguarda il *promissario acquirente*), ma, piuttosto, "liberarsi" dei vincoli discendenti dal preliminare stipulato, per poter "ritornare sul mercato" (alla ricerca di un nuovo acquirente per quanto riguarda il *promittente venditore* ovvero di un altro immobile da acquistare per quanto riguarda il *promissario acquirente*) allora l'ordinamento offre, in alternativa alla richiesta dell'adempimento, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto stipulato ed il risarcimento del danno subito.

L'effetto risolutivo si produce:

- per effetto della *sentenza* di accoglimento della domanda di risoluzione, sentenza alla quale viene riconosciuta efficacia costitutiva, e con la quale, inoltre, dovrà essere stabilita anche l'entità del risarcimento (sempreché sia stata presentata anche la domanda di risarcimento che è indipendente ed autonoma rispetto a quella di risoluzione). Al fine di "*predeterminare*" l'importo del risarcimento dovuto alla parte non inadempiente, ed evitare a quest'ultima l'onere di provare l'esistenza del danno e l'entità dello stesso, vi è la possibilità di prevedere nel preliminare una "*clausola penale*" la cui funzione, ai sensi e per gli effetti di cui *all'art. 1382 c.c. (3)*, è per l'appunto quello di fissare l'importo del risarcimento a prescindere dalla "prova del danno". Peraltro la clausola penale limita il risarcimento alla prestazione in essa prevista, a meno che non sia stata espressamente convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.
- ovvero *può prodursi "di diritto"* nei seguenti casi:
 - nel caso di *diffida ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 c.c. (4)*: la parte non inadempiente intima all'altra per iscritto di adempiere entro un congruo termine, non inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che risulti congruo un termine minore, con la dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il preliminare si intenderà senz'altro risolto. In questo caso, una volta decorso il termine senza che il preliminare sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.
 - nel caso della "*clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c. (5)*: al fine di ottenere l'effetto estintivo del preliminare, senza la necessità di procedere neppure alla notifica della "*diffida ad adempiere*", può essere inserita nel preliminare la clausola con la quale le parti convengono, espressamente, che lo stesso si risolve nel caso che il rogito definitivo non venga stipulato entro il termine previsto, per causa imputabile ad una delle parti; in questo caso l'effetto estintivo si verifica quando la parte non inadempiente dichiara all'altra che intende valersi della clausola così convenuta.
 - nel caso di "*termine essenziale ai sensi dell'art. 1457 c.c. (6)*: se il termine fissato per la stipula del contratto definitivo viene qualificato "*essenziale*" dalle parti, qualora la parte non inadempiente non comunichi all'altra parte, entro tre giorni, che vuole esigere comunque l'esecuzione del preliminare, lo stesso si intende risolto di diritto.Ovviamente nei casi di "*risoluzione di diritto*" del preliminare, dovrà comunque essere

presentata domanda per il risarcimento del danno subito, ed instaurata la relativa azione giudiziaria, a meno che non sia prevista in contratto la "*clausola penale*" di cui all'art. 1382 c.c., particolarmente opportuna, pertanto in questi casi.

La risoluzione ha effetto retroattivo tra le parti (art. 1458 c.c. **(7)**); tuttavia la risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione.

Pertanto, anche per poter esplicitare quella funzione che abbiamo definito di "*tutela specifica*" delle parti, il preliminare dovrà essere redatto con particolare cura, in modo che la parte non inadempiente possa avvalersi in maniera efficace e tempestiva dei rimedi riconosciuti dall'ordinamento.

La funzione di tutela della caparra confirmatoria

Sempre sul piano della *tutela specifica* un ruolo particolare deve essere riconosciuto alla "*caparra confirmatoria*". Infatti nel caso in cui nel preliminare sia prevista a carico della parte *promissaria acquirente* la dazione di una somma di denaro a titolo di *caparra confirmatoria* la stessa:

- in caso di adempimento del contratto dovrà essere imputata al prezzo dovuto
- in caso di inadempimento della parte *promissaria acquirente* la stessa potrà essere trattenuta dalla parte *promittente venditrice* che receda dal contratto
- in caso di inadempimento della parte *promittente venditrice*, invece, la parte *promissaria acquirente*, che receda dal contratto, potrà esigere il doppio della caparra.

Anche la caparra, pertanto svolge una funzione di predeterminazione del risarcimento del danno subito dalla parte non inadempiente che a fronte dell'inadempimento dell'altra parte chieda di recedere dal contratto (art. 1385 c.c.) **(8)**. L'art. 2385 c.c. collega la funzione di "risarcimento" della caparra alla richiesta di "recesso" ad opera della parte non inadempiente. La stessa norma stabilisce invece che nel caso in cui la parte non inadempiente preferisca domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali. In realtà in dottrina si è avuto modo di osservare che il recesso cui fa riferimento l'art. 1385 c.c. non va confuso con il *recesso "convenzionale"* di cui all'art. 1373 c.c., ma che si tratterebbe, invece, di una particolare facoltà di risoluzione del contratto per inadempimento, con la conseguenza che:

- non trova applicazione la condizione di cui al primo comma dell'art. 1373 c.c. cosicché tale particolare forma di *recesso legale* può essere esercitato anche quando il contratto abbia avuto un principio di esecuzione;
- l'inadempimento che legittima la richiesta di recesso ex art. 1385 c.c. sarebbe lo stesso che legittima la richiesta di risoluzione sia sotto il profilo dell'imputabilità sia sotto quello della gravità;

Il recesso ex art. 1385 c.c. non è, peraltro, subordinato, a un termine essenziale, alla presenza di una clausola risolutiva espressa o ad una diffida ad adempiere.

Nel caso sia prevista una *caparra confirmatoria* pertanto alla parte adempiente si prospettano tre diverse soluzioni per reagire all'inadempimento dell'altra parte:

- *o richiede l'adempimento* (con rinuncia ad avvalersi della caparra, salvo il diritto al

risarcimento dei danni effettivamente subiti); la richiesta di adempimento può comunque essere revocata, sia nel senso della richiesta della risoluzione sia nel senso della richiesta del recesso con conseguente riscossione della caparra);

- *o richiede la risoluzione ex art. 1453 c.c.*, con diritto al risarcimento del danno (che può essere stato predeterminato mediante la previsione di una *clausola penale*); tale richiesta preclude una eventuale successiva richiesta di adempimento (art. 1453 secondo comma c.c.), ma, a detta della dottrina, non precluderebbe una richiesta di avvalersi del recesso ex art. 1385 c.c. con conseguente riscossione della caparra (recesso inteso, come detto, pur sempre come una particolare forma di risoluzione per inadempimento);
- *richiede il recesso e la caparra ex art. 1385 c.c. (trattenendola o esigendone il doppio)*; a detta della dottrina, invece, tale richiesta sarebbe irrevocabile, per cui precluderebbe sia la richiesta di adempimento che la richiesta di risoluzione.

Ovviamente le facoltà sopra illustrate spettano alle parti solo se nel preliminare è stata prevista una caparra confirmatoria. Tali facoltà sono escluse invece se le somme anticipate dalla parte promissaria acquirente alla parte promittente venditrice sono state versate:

- a titolo di *acconto*: in questo caso le somme versate costituiscono un adempimento parziale e non svolgono quella duplice funzione di preventiva liquidazione del danno per il caso di inadempimento ovvero di anticipato parziale pagamento per il caso di adempimento, tipica invece della caparra confirmatoria;
- a titolo di *cauzione*: in questo caso la somma anticipata ha mera funzione di "garanzia" e non può essere incamerata dal garantito né svolge la funzione di liquidazione convenzionale del danno propria della caparra;
- a titolo di *caparra penitenziale*: in questo caso la somma versata costituisce il corrispettivo per l'esercizio della facoltà di recesso convenzionale che sia stata eventualmente riconosciuta ad una delle parti (se il recesso verrà esercitato da chi ha versato la caparra l'altra parte potrà trattenere la caparra stessa, se invece verrà esercitata dall'altra parte la stessa dovrà versare il doppio della caparra ricevuta) (art. 1386 c.c.) **(9)**.

Anche in questo caso, peraltro, affinché ci si possa avvalere della funzione di "*tutela specifica*" svolta dalla *caparra confirmatoria*, dovrà essere cura, nella redazione del preliminare, qualificare in maniera corretta le dazioni di somme previste a carico della *parte promissaria acquirente*. Solo se qualificate come "*caparra confirmatoria*" le parti potranno avvalersi di quella duplice funzione di preventiva liquidazione del danno per il caso di inadempimento ovvero di anticipato parziale pagamento per il caso di adempimento, tipica di tale strumento. Da tutto ciò discende l'estrema importanza di specificare, in maniera puntuale, la funzione voluta dalle parti per i versamenti previsti in preliminare. Anche perché, per la giurisprudenza, nel dubbio sulla effettiva volontà delle parti, l'anticipo versato dalla parte promissaria acquirente va qualificato come acconto e non come caparra confirmatoria, perché non si può presumere che le parti si siano assoggettate tacitamente ad una "*pena*" civile.

Da segnalare che è opinione corrente che nello stesso preliminare possa essere prevista sia una *clausola penale* che una *caparra confirmatoria*, in quanto la clausola penale, in questo caso, avrebbe la funzione di limitare preventivamente il risarcimento del danno nel caso in cui la parte non inadempiente preferisca richiedere l'esecuzione del contratto o la risoluzione ordinaria anziché il recesso e la caparra ai sensi dell'art. 1385 c.c.



La tutela "rafforzata" (la trascrizione del preliminare)

Il preliminare è un contratto ad effetti obbligatori. Le pattuizioni in esso contenute hanno effetto solo tra le parti e non sono opponibili ai terzi. Tale efficacia "interna" del preliminare può finire per compromettere parte delle tutele che l'ordinamento garantisce ai contraenti, per effetto della stipula del preliminare stesso, e quali sopra illustrate. In particolare potrebbe risultare compromessa quella forma di tutela costituita *dall'esecuzione in forma specifica*, vanificando, in tal modo, la possibilità per la parte non inadempiente di chiedere l'esecuzione del contratto.

Si pensi al caso di Tizio (*promittente venditore*) che dopo la stipula di un preliminare con Caio avente per oggetto un determinato immobile vendita detto immobile a Nevio. Per Caio (*promissario acquirente*) non vi sarebbe più la possibilità di richiedere l'adempimento del contratto, ricorrendo alla procedura di cui all'art. 2932 c.c., posto che l'immobile è oramai uscito dal patrimonio di Tizio e che il preliminare a suo tempo stipulato non è opponibile a Nevio (il quale potrebbe anche non essere a conoscenza della stipula di detto preliminare), a meno che non abbia proceduto alla trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. prima della trascrizione del contratto di vendita da Tizio a Nevio.

Ma anche la cd. "*tutela generica*", intesa come diritto delle parti di addivenire alla stipula dell'atto definitivo alle condizioni pattuite al momento in cui è stato raggiunto l'accordo per la vendita, a prescindere quindi da uno specifico inadempimento ad opera di una delle parti, può essere pregiudicata dall'efficacia puramente obbligatoria del contratto preliminare.

Si pensi al caso di Nevio, creditore di Tizio, che dopo la stipula di un preliminare tra Tizio (*promittente venditore*) e Caio (*promissario acquirente*) avente per oggetto un determinato immobile, proceda, a seguito del mancato soddisfacimento del suo credito, al pignoramento di detto immobile. Se si addivene alla stipula del definitivo, in esecuzione dei reciproci obblighi assunti col preliminare, Caio si troverebbe, peraltro, ad acquistare un immobile gravato da pignoramento a favore di Nevio (e quindi un immobile in condizioni ben diverse da quelle in cui lo stesso si trovava al momento della stipula del preliminare).

L'ordinamento, peraltro, ha previsto un rimedio anche per ovviare a queste conseguenze "negative".

Tale rimedio consiste nella *trascrizione del preliminare* (art. 2645 bis c.c.) **(10)**. Secondo la dottrina prevalente, la trascrizione del preliminare produce un "*effetto prenotativo*" (analogo a quello prodotto dalla trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c.) nel senso di far retroagire gli effetti della trascrizione dell'atto definitivo o della sentenza ex art. 2932 c.c. al momento della trascrizione del preliminare: in tal modo l'acquirente, una volta trascritto il contratto definitivo o una volta trascritta la sentenza ex art. 2932 c.c., prevale rispetto ai terzi che abbiano eseguito trascrizioni o iscrizioni a carico del promittente venditore dopo la trascrizione del preliminare. In poche parole, nei rapporti con i terzi, è come se l'atto definitivo o la sentenza fossero stati trascritti nel momento in cui è stato trascritto il preliminare.

In questo modo vengono garantite sia la *tutela generica*, consentendo all'acquirente di acquisire l'immobile nello "*stato di diritto*" in cui si trovava al momento della stipula del preliminare, che la *tutela specifica*, venendo neutralizzate eventuali trascrizioni o iscrizioni



pregiudizievoli successive alla trascrizione del preliminare.

L'art. 2645 *bis* c.c., peraltro, subordina il prodursi di detto effetto prenotativo (così come tutti gli altri effetti) della trascrizione del preliminare a due condizioni:

- che la trascrizione del contratto definitivo o della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. avvenga entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo;
- che la trascrizione del contratto definitivo o della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. avvenga entro tre anni dalla data della trascrizione del preliminare.

La trascrizione del preliminare garantisce una specifica tutela alla parte *promissaria acquirente* anche per il caso di *mancato adempimento* del contratto preliminare. Infatti la norma dell'art. 2775 bis c.c. **(11)**, riconosce ai crediti del *promissario acquirente* che sorgono per effetto di tale inadempimento (ad esempio *per il rimborso degli acconti pagati o per ottenere il doppio della caparra*) *privilegio speciale* sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, e ciò a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati (*ossia non sia trascorso più di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo e più di tre anni dalla trascrizione del preliminare*) al momento:

- della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa
- della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento,
- della trascrizione del pignoramento
- dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Detto privilegio, peraltro, non è opponibile:

- ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al *promissario acquirente* per l'acquisto del bene immobile (mutui ai quali, pertanto, deve essere intervenuto il *promettente venditore* in qualità di *terzo datore di ipoteca* dovendo essere garantiti da ipoteca sull'immobile oggetto del preliminare e pertanto non ancora acquisito in proprietà dal mutuatario/acquirente);
- nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis c.c. **(12)**; si tratta, in particolare, dei creditori, garantiti da ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia della quota di debito derivante da finanziamento fondiario ex artt. 38 e segg. Dlgs 385/1993, che il *promissario acquirente* si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo, debitamente annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare.

Sull'estensione di quest'ultima tutela a favore del promissario acquirente molto si è discusso.

Al riguardo si è sostenuto che il privilegio ex art. 2775 bis c.c. prevale rispetto le ipoteche iscritte tanto posteriormente quanto anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare e ciò in forza della regola generale in tema di "*priorità*" riconosciuta ai privilegi di cui all'art. 2748 secondo comma c.c., stante la mancanza di alcuna diversa disposizione in deroga nella norma in commento e salve le due specifiche limitazioni previste dall'art. 2775 bis c.c. secondo comma per la non opponibilità del privilegio (e quali sopra riportate) **(13)**

La dottrina prevalente, peraltro, si è schierata a favore della tesi della non opponibilità del privilegio ex art. 2775 bis c.c. alle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare. Varie sono state le argomentazioni portate a favore di quest'ultima tesi **(14)**. Da segnalare, in

particolare, l'argomentazione fondata sulla *natura iscrivibile del privilegio* in questione. Si è osservato, al riguardo, che se la legge subordina il sorgere del privilegio, alla trascrizione del preliminare, ciò significa che alla formalità pubblicitaria è stata attribuita anche la funzione di criterio di risoluzione dei conflitti tra creditore privilegiato e terzi titolari di diritti incompatibili. La trascrizione del preliminare, rispetto al privilegio, va considerata alla stregua di una *comune iscrizione ipotecaria*. Come tale sarà soggetta, sul piano delle regole di conflitto, ai principi che informano gli artt. 2644 e 2852 cod. civ., cioè alla regola che prevale chi ha iscritto o trascritto in data anteriore.

Da segnalare che la tesi sostenuta dalla dottrina prevalente ha ottenuto autorevole conferma anche in giurisprudenza avendo aderito a tale tesi la Corte di Cassazione in Sezioni Unite 1 ottobre 2009 n. 21045 (successivamente anche Cass. 17 agosto 2016 n. 17141).

La trascrizione del preliminare garantisce ulteriori specifiche tutele alla parte *promissaria acquirente* anche per il caso di *fallimento del promittente venditore*. L'art. 72, c. 1, della legge fallimentare (RD. 16 marzo 1942 n. 267) stabilisce, in via generale, che se un contratto è ancora ineseguito da entrambe le parti, la sua esecuzione rimane sospesa sino a che il curatore, con l'autorizzazione del comitato creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dal medesimo. Il successivo art. 72, c. 3, dispone che la disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto dall'art. 72bis (che prevede nel caso di immobili da costruire, a sensi del d.lgs 122/2005, che il preliminare comunque si sciogla qualora prima che il curatore comunichi la propria scelta l'acquirente abbia escusso fideiussione prevista da tale decreto dandone altresì comunicazione al curatore. La fideiussione, peraltro, non può essere escussa dopo la comunicazione del curatore di voler dare esecuzione al preliminare). Tuttavia lo stesso art. 72 prevede alcune deroghe sostanziali alla disciplina succitata per il caso di preliminare trascritto e ciò a maggior tutela della posizione del promissario acquirente:

- il comma 7 dell'art. 72 stabilisce che in caso di fallimento del promittente venditore, qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto e il curatore scelga lo scioglimento del contratto, il promissario acquirente ha diritto di far valere i propri crediti (ad esempio *per il rimborso degli acconti pagati o per ottenere il doppio della caparra*) nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, ma avvalendosi del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile, il tutto peraltro a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento (ossia condizione che alla data di dichiarazione del fallimento non sia trascorso più di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo e più di tre anni dalla trascrizione del preliminare);

- il comma 8 dell'art. 72, a sua volta, stabilisce che in caso di fallimento del promittente venditore, il curatore non può chiedere lo scioglimento del contratto, se oggetto del preliminare, che sia stato debitamente trascritto, sia un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente.

Dalle considerazioni sin qui svolte discende che se si vuole assicurare una tutela piena ed effettiva alle parti, e quindi

– sia al *promittente venditore*, che ha tutto l'interesse a trasferire l'immobile alle condizioni

- pattuite, pena una sua responsabilità per inadempimento contrattuale,
- che al *promissario acquirente*, il quale deve poter disporre di tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per poter acquisire l'immobile promesso in vendita, alle condizioni convenute,

la trascrizione del preliminare, e quindi *la stipula dello stesso mediante atto notarile* (scrittura privata autenticata e/o atto pubblico) è condizione imprescindibile.

In caso contrario le parti dovranno essere debitamente informate del minor grado di tutela di cui possono beneficiare.

Ovviamente nella valutazione dell'opportunità di ricorrere alla trascrizione del preliminare non potrà non avere un peso determinante il grado di rischio al quale, nella trattativa immobiliare, si stanno esponendo le parti, fermo restando che SEMPRE ed in OGNI CASO è *consigliabile procedere alla trascrizione* del preliminare per poter fruire di tutte le tutele e garanzie offerte dall'ordinamento, tutele che come già detto, potrebbero essere vanificate:

- dalla inopponibilità del preliminare stipulato nei confronti di terzi
- dalla impossibilità per il *promissario acquirente* di avvalersi dello specifico privilegio, riconosciuto dall'art. 2775 bis c.c., solo in caso di trascrizione del preliminare.

Ma vi sono dei casi nei quali non vi deve essere alcun dubbio sulla necessità (e quindi non solo sulla opportunità) di ricorrere alla trascrizione del preliminare. Si pensi a tutti quei casi nei quali altissimo è il rischio assunto dal *promissario acquirente*; un esempio per tutti: Tizio stipula con Caio, imprenditore e quindi soggetto fallibile, un preliminare avente per oggetto un terreno o un fabbricato già ultimato per il quale non entrano in gioco le garanzie del *dlgs 122/2005*. È previsto il pagamento dell'80% del prezzo in più *tranches* prima del rogito definitivo.

Se il preliminare non viene trascritto e Caio fallisce prima del definitivo ma dopo aver incassato l'80% del prezzo, Tizio si trova sostanzialmente privo di tutele: difficilmente il curatore fallimentare stipulerà il contratto definitivo (*avvalendosi della facoltà di chiedere lo scioglimento del preliminare ex art. 72 legge fallimentare*) e Tizio vedrà le somme anticipate trasformarsi in un credito chirografario da insinuare nel fallimento con scarsissime probabilità di recupero.

Se invece il preliminare è stato trascritto, il curatore non potrà optare per lo scioglimento del contratto se oggetto del preliminare è un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente. con la conseguenza che quest'ultimo potrà conseguire la disponibilità dell'immobile oggetto di preliminare (pagando il saldo prezzo dovuto). Nel caso in cui il preliminare avesse per oggetto altri e diversi immobili ed il curatore optasse per lo scioglimento del contratto, Tizio sarà comunque garantito nel recupero dei suoi crediti dal privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c. (*sempreché ricorrano le condizioni "temporali" previste in detta norma ossia che alla data di dichiarazione del fallimento non sia trascorso più di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo e più di tre anni dalla trascrizione del preliminare*).

Giovanni Rizzi

Note:

(1) Art. 2932 c.c. (Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto):

Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

(2) Art. 1453 c.c. (Risolubilità del contratto per inadempimento)

[1] Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

[2] La risoluzione può esser domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

[3] Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione

(3) Art. 1382 c.c. (Effetti della clausola penale)

[1] La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

[2] La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

(4) Art. 1454 c.c. (Diffida ad adempiere)

[1] Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto

[2] Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.

[3] Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.

(5) Art. 1456 c.c. (Clausola risolutiva espressa)

[1] I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.

[2] In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.

(6) Art. 1457 c.c. (Termine essenziale per una delle parti)

[1] Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni.

[2] In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione.

(7) Art. 1458 c.c. (Effetti della risoluzione)

[1] La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite

[2] La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione.

(8) Art. 1385 c.c. (Caparra confirmatoria)

[1] Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

[2] Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

[3] Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.

(9) Art. 1386 c.c. (Caparra penitenziale)

[1] Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso

[2] In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta.

(10) Art. 2645 bis c.c. (Trascrizione di contratti preliminari)

[1] I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

[2] La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

[3] Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2.

[4] I contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

[5] Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate, nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti.

[6] Ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura.

(11) Art. 2775 bis c.c. (Credito per mancata esecuzione di contratti preliminari)

[1] Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'[articolo 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 nell'esecuzione promossa da terzi.

[2] Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'[art. 2825-bis](#).

(12) Art. 2825 bis c.c. (Ipoteca sul bene oggetto di contratto preliminare)

[1] 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 degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'[articolo 2645-bis](#), limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'articolo 39, comma 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993. Se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare

(13) In questo senso Tribunale di Genova Sezione fallimentare 18 gennaio 2001 (ordinanza) in *Notariato IPSOA 2001 pag. 583 e segg.*; Ministero di Grazia e Giustizia – Ufficio legislativo – nota 15 aprile 1997 prot. 291421/35-2 in *Guida Normativa Edizioni Sole 24 Ore – 1997 n 89 pag. 24*; Cass. 14 novembre 2003 n. 17197)

(14) Per una disamina della questione vedasi *F. Magliulo, "Privilegio del promissario acquirente e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare"*, in *Notariato IPSOA 2001 pag. 585 e segg.*