Valerio Moscatelli

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SULLA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE

Sommario: 1. La situazione di base. - 2. Il privilegio generale di cui all'art. 2775 *bis* del promissario acquirente soccombe in ogni caso alle ipoteche iscritte prima e dopo la trascrizione del preliminare. - 3. Preliminare di vendita di quote sociali. - 4. Preliminare di vendita di immobile della comunione concluso senza il consenso dell'altro coniuge.

1. *La situazione di base*

L'ordinamento risolve i conflitti tra più acquirenti di uno stesso bene sulla base dell'attuazione di formalità pubblicitarie, e prescinde dalla buona fede, che è del tutto irrilevante in materia di circolazione dei diritti reali immobiliari.

Fino all' introduzione del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito nella legge 28 febbraio 1997, n. 30, e, quindi, degli artt. 2645 *bis*, 2775 *bis*, 2825 *bis* nel c.c., permettendo la trascrivibiltà del preliminare, non vi era alcuna forma di protezione preventiva per chi concludesse tale contratto, in particolare nelle vesti di promissario acquirente di un immobile.

Prima della novella, l'unico meccanismo di tutela concesso al promissario acquirente era dato dalla trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica *ex* artt. 2932 e 2652, n. 2 che, presupponendo l'inadempimento della controparte, non costituisce tuttavia un sistema preventivo di tutela e necessita comunque che il bene sia venuto ad esistenza (1).

(1) Cass. 16 dicembre 1992, n. 13282, in *Vita not*., 1993, p. 798. Il giudice per potere pronunciare la sentenza *ex* art. 2932 deve verificare se ricorrono i requisiti richiesti dalla norma. Il primo comma della norma dispone che la parte può chiedere l'esecuzione specifica se ciò è possibile e non è escluso dal titolo.

La dottrina precedente sosteneva che il contratto preliminare avente ad oggetto la conclusione di un contratto ad effetti reali, in quanto di per sé contratto ad affetti puramente obbligatori, non fosse trascrivibile ai sensi degli artt. 2463 e 2465 del c.c. e presentava come requisito imprescindibile per la trascrizione l'idoneità dell'atto a produrre effetti reali.

Nella pratica commerciale la stipulazione di un preliminare costituisce una fase quasi imprescindibile del procedimento negoziale che conduce al trasferimento dei diritti reali immobiliari.

La prassi presenta, a volte, la consegna anticipata dell'immobile e, spesso, il versamento di uno o più acconti sul prezzo pattuito che, nel caso di vendita di beni da edificare o in corso di costruzione, si giustifica con l'interesse del venditore di autofinanziarsi mediante anticipata riscossione del corrispettivo e dell'acquirente a spuntare un prezzo più vantaggioso attraverso l'acquisto su progetto.

Oltre la normale alea dell'inadempimento del contratto da parte della controparte, si aggiunge, nel caso in cui il promittente venditore è un imprenditore, quello proprio dell'attività di impresa, che aumenta il pericolo dell'aggressione dei beni da parte dei terzi, fino all'ipotesi del fallimento.

La disciplina dell'art. 2645 *bis*, al comma 1, stabilisce, che devono trascriversi i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione dei contratti di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643, anche se relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, e al comma 2, che la trascrizione del contratto definitivo prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

La trascrizione del contratto preliminare svolge la propria funzione in stretto collegamento con la trascrizione del contratto definitivo, che è il contratto che produrrà gli effetti reali.

Secondo l'opinione dominante (2) la funzione della trascrizione del preliminare è c.d. prenotativa degli effetti della successiva trascrizione dell'atto definitivo, in modo che le trascrizioni e iscrizioni curate nelle more della stipula del definitivo soccomberebbero nel conflitto con la posteriore trascrizione.

Il d.lgs. n. 05/122 ha previsto una ulteriore tutela a favore della persona che intenda acquistare la proprietà o un diritto reale di godimento, su un immobile da costruire, con particolari disposizioni che riguardano la disciplina del fallimento, nel caso in cui il venditore fallisca dopo la conclusione del preliminare di vendita o del definitivo (3).

Nel caso di fallimento di una delle parti, nelle more della stipula del definitivo si applica, al contratto preliminare, la regola generale prevista dal nuovo art. 72 l. fall. ed è, quindi, rimesso alla volontà del curatore fallimentare che si addivenga o meno al contratto definitivo (4).

---

(2) **Delle Monache**, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 29 ss..

(3) Per i rapporti giuridici preesistenti e il potere di scioglimento del curatore del fallimento cfr. Cass. 1999, n. 4747, in *Il Fallimento*, 2000, II, p. 727.

(4) Cass., 2 novembre 1999, n. 755, in *Contratti*, 2000, p. 344, con nota di Borrello. L'eventuale caparra versata originariamente dal fallito e a lui restituita a seguito dello scioglimento

Per finire, aspetto rilevante della normativa è l'obbligo per il costruttore di fornire una fideiussione rilasciata da una banca o da una compagnia di assicurazione, a garanzia della restituzione degli importi pagati dagli acquirenti in sede di stipula del preliminare (5).

2. *Il privilegio* generale *di cui all'art. 2775* bis *del promissario acquirente soccombe in ogni caso alle ipoteche iscritte prima e dopo la trascrizione del preliminare*

La trascrizione del preliminare fa sorgere *ex* art. 2775 *bis*, a favore dei crediti del promissario acquirente (da pagamento del prezzo anticipato, clausola confirmatoria, clausola penale), derivanti dalla mancata esecuzione del preliminare, un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto stesso, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in atto al momento in cui si verificano gli eventi che costituiscono la causa del credito.

Il nuovo meccanismo pubblicitario non introduce alcuna norma generale di conflitto volta a stabilire l'ordine di preferenza tra l'ipoteca concessa sullo stesso immobile oggetto del preliminare e il privilegio di cui all'art. 2775 *bis*.

Parte della dottrina (6), dato il combinato disposto degli artt. 2775 *bis* e 2748, comma 2, ritiene che il privilegio dei promissari acquirenti prevale sulle ipoteche sia posteriori che anteriori alla trascrizione del preliminare, salvo le due eccezioni di cui al comma 2 dell'art. 2775 *bis* come conferma la pronunzia della S.C. n. 17197 del 2003 (7).

Secondo questo orientamento il concorso tra privilegi ed ipoteche sarebbe regolato esclusivamente dall'art. 2748, comma 2. La norma regola l'efficacia del privilegio speciale e prevede che, in ipotesi di conflitto, i creditori che hanno privilegio sugli immobili siano preferiti ai creditori ipotecari, anche se l'iscrizione dell'ipoteca precede la trascrizione del preliminare.

Le Sezioni Unite, chiamate di recente circa la soluzione del conflitto e a stabilire se il privilegio previsto dall'art. 2775 *bis* prevalga o ceda rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, hanno effettuato un *revirement*

---

del preliminare non entra a far parte della massa attiva. Se il curatore intenda stipulare il definitivo, la controparte non può rifiutarsi; se, invece, quegli non intenda addivenire alla stipulazione, la controparte non può avvalersi del rimedio dell'art. 2392 c.c., non tanto perché le è vietata ogni azione esecutiva individuale (art. 51 l. fall.), quanto perché il curatore succede negli obblighi del fallito solo allorquando lo voglia e non può succedervi se non nei casi in cui vi sia utilità per la massa dei creditori.

(5) In caso di fallimento del costruttore, l'acquirente può pretendere il pagamento dell'importo di cui alla fideiussione, per recuperare gli anticipi versati.

(6) **Di Majo**, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 517 ss.; **Cian**, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, p. 389.

(7) Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197, in *Notariato*, 2004, p. 130; La fattispecie riguardava un complesso immobiliare in corso di ristrutturazione rientrante nella massa attiva di un fallimento. Tale bene risulta gravato da un'ipoteca iscritta a vantaggio di una banca, quale garanzia per il rimborso di un mutuo precedentemente concesso all'impresa fallita per finanziare i predetti lavori di ristrutturazione.

giurisprudenziale e ritenuto irrilevante nella fattispecie la precedente affermazione della Corte.

La sentenza a Sezioni Unite (8) afferma che il privilegio che assiste, ai sensi dell'art. 2775 *bis*, i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis*, perché subordinati ad una particolare forma di pubblicità, ritenuta dalla Suprema Corte di efficacia costitutiva, restano sottratti alla regola generale di prevalenza del privilegio.

La Corte rileva la natura "iscrizionale" del privilegio e, non essendo il privilegio accordato esclusivamente in ragione della causa del credito, questa basta a rendere applicabile il principio della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle trascrizioni e delle iscrizioni dal quale è regolata la pubblicità immobiliare (2644).

La conclusione delle Sezioni Unite è, quindi, che, relativamente al privilegio non vige la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche, bensì il criterio della *priorità temporale della trascrizione* su cui si incentra l'intero sistema delle pubblicità, facendone conseguire che l'ipoteca trascritta prima della costituzione del privilegio debba su questo prevalere.

Per le ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare quale norma di conflitto applicare?

Le cause di prelazione costituiscono uno *ius singulare* insuscettibile di applicazione analogica in quanto di carattere eccezionale rispetto alla regola della *par condicio* (2741).

L'interpretazione della Suprema Corte, nel ricondurre la normativa speciale all'interno del sistema della pubblicità immobiliare, si discosta dalla precedente interpretazione che creava difficoltà nella gestione dell'erogazione del credito.

Nello specifico, la garanzia ipotecaria dalle banca ricevuta per il finanziamento di un intervento edilizio ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 38, poteva venire pregiudicata dalla successiva trascrizione di un preliminare, in caso di inesecuzione del contratto medesimo.

Secondo l'ultima decisione della Corte l'art. 2748, co. 2, in virtù del quale il privilegio immobiliare prevale sulle ipoteche, non trova applicazione per quelle iscritte prima della trascrizione del preliminare, dovendosi applicare l'art. 2644. Quelle iscritte dopo soccombono, sempre *ex* art. 2644, con le due eccezioni previste dall'art. 2775 *bis*, co. 2.

La prima ipotesi riguarda l'ipoteca iscritta sul bene promesso in vendita a garanzia del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile del quale al momento questi non è ancora proprietario.

---

(8) Cass. civ., Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045; la fattispecie concerneva il fallimento della società costruttrice N. nel quale la Cassa di Risparmio di Forlì propose opposizione ad un piano di riparto del ricavato della vendita di un appartamento su quale risultava iscritta ipoteca a garanzia del credito della Cassa stessa vantato in virtù di un mutuo fondiario concesso alla società costruttrice dell'immobile. L'opponente sosteneva che erroneamente tale credito era stato collocato con grado inferiore a quello vantato dal B. per il rimborso della caparra da questo versata contestualmente alla stipula di un contratto preliminare di acquisto dell'appartamento, trascritto in data successiva all'iscrizione dell'ipoteca e scioltosi ai sensi della l. fall., art. 72.

La seconda ipotesi si riferisce all'ipoteca iscritta a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio, concesso al promittente venditore, ai sensi degli artt. 38 ss.. Del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei preliminari.

La questione riferita al conflitto tra il privilegio *ex* art. 2775 *bis* e l'ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare non viene risolta.

Il privilegio non è un diritto a sè stante rispetto al diritto di credito, ma costituisce un modo di atteggiarsi del credito stesso. Non vi è, quindi, una scissione tra il rapporto di credito e il rapporto di garanzia, così come non è ravvisabile una doppia convenzione di cui una (di garanzia) è accessoria all'altra (da cui nasce il rapporto obbligatorio) e da questa dipendente come avviene per le altre cause legittime di prelazione quali il pegno e l'ipoteca (9).

Il privilegio è il diritto di prelazione che la legge accorda esclusivamente in considerazione della causa del credito, al di fuori di ogni pubblicità.

Il ricorso del legislatore alla figura del privilegio speciale e il riferimento al bene immobile oggetto del preliminare, risulta, in questo caso, del tutto improprio.

La prestazione, oggetto della obbligazione (1174) del diritto di credito, tutelata dal legislatore con la dazione del privilegio, è la consegna di una somma di denaro.

L' obbligazione pecuniaria rientra nell'ambito delle obbligazioni generiche in quanto ha ad oggetto l'attribuzione in proprietà di un bene generico, ossia determinato esclusivamente in riferimento alla sua appartenenza a un genere (10), e si esegue in conformità dell' importo nominale (11).

Il privilegio non si riferisce quindi a un bene determinato ma ha ad oggetto la somma di denaro.

La prestazione della consegna dell'immobile afferisce al preliminare non eseguito dalla quale situazione di fatto nasce il diritto di credito alla somma di denaro altrimenti si potrebbe esercitare l'azione di esecuzione in forma specifica, ed ottenere la consegna del bene di cui il promittente venditore si è obbligato.

In sede di riparto, il credito assistito da privilegio generale, deve essere collocato al grado inferiore, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente o successivamente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice.

Svolte queste considerazioni, la disciplina introdotta con la legge 28 febbraio 1997, n. 30, di carattere speciale, che introduce all'art. 2775 *bis*, un privilegio, in contrasto con il disposto normativo, deve essere qualifica-

---

(9) **Gazzoni**, *Manuale di diritto privato*, 2007, p. 887.

(10) **Bianca**, *Diritto Civile*, Vol. 4, *L'obbligazione,* 1993.

(11) **Inzitari**, *Le funzioni giuridiche del denaro*, 709; **Ascarelli**, *La moneta*, Padova, 1928; **Ascarelli**, *Obligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca (Artt. 1277-1284)*, 1959; **Pothier**, *Traité du contrat de prèt de consomption*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, I, Paris, 1835, n. 117 s., 1032 s.; **Mann**, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1953.

to come generale, e quindi, resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal 2 comma dell'art. 2748, e anche agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti (2644), trovando applicazione i principi generali in materia di ordine dei privilegi.

Il privilegio presenta delle caratteristiche peculiari per quanto riguarda l'ordine di preferenza. La legge in questo caso non ricorre al criterio della priorità temporale, che cozzerebbe contro il principio secondo cui il privilegio è accordato in ragione della particolare natura del credito, ma fissa essa stessa l'ordine dei privilegi.

I conflitti sono risolti ricorrendo ora a un principio ora ad un altro senza prendere in considerazione la diversa natura dei crediti, i quali soccombono o prevalgono a seconda dei tempi di iscrizione e non per la diversa qualità.

La qualità del credito è ritenuta dal legislatore decisiva per accordare una forma privilegiata.

Le eccezioni dettate dal legislatore nella novella possono considerarsi degli ordini di preferenza dei privilegi, come agli artt. 2770 ss..

3. *Preliminare di vendita di quote sociali*

La Suprema Corte (12), nel ricorso per l'esecuzione in forma specifica di un preliminare, conferma le precendenti decisioni in sede arbitrale e in appello, e afferma che ai fini della decisione assume rilievo non la situazione di fatto esistente al momento di proposizione della domanda, ma data la natura costitutiva dell'azione, quella esistente al momento della pronuncia.

Nel periodo intercorrente tra la domanda e la pronuncia, era intervenuta una delibera societaria di riduzione del capitale sociale con un successivo azzeramento finalizzato ad un aumento di capitale e, il valore nominale delle quote, per il cui trasferimento era stata promossa l'azione di esecuzione in forma specifica, era stato annullato, con la conseguente impossibilità per il promissario acquirente di averle.

Il principio affermato dalla corte riveste particolare rilievo.

L'annullamento del valore delle quote sociali determina che l'oggetto del contratto diviene impossibile, e pertanto la prestazione ineseguibile per impossibilità sopravvenuta e, il ricorso ad un'azione di esecuzione specifica, non può cambiare la situazione di fatto.

In principio, quindi, la domanda di esecuzione specifica *ex* art. 2932 c.c. non può essere validamente esperita quando la situazione di fatto o di diritto impedisce che gli effetti della sentenza realizzino il contratto definitivo.

---

(12) Cass. civ., Sez. I, 19 maggio 2005, n. 10600, in *Contratti*, 2006, p. 339; la fattispecie concerneva un preliminare di vendita di quote sociali di una s.r.l., il cui valore nominale, nelle more del giudizio promosso per ottenere il trasferimento coattivo, ha subito un totale annullamento, ad opera di una delibera di azzeramento del capitale sociale, determinando così per i promissari acquirenti l'impossibilità di dare esecuzione al contratto e nella specie veniva respinta la richiesta di esecuzione.

Nel caso di specie l'impossibilità sopravvenuta dell'oggetto del contratto preliminare, non è considerata dalla Corte compatibile con la pretesa al trasferimento coattivo delle quote sociali, poiché si tratta di impossibilità totale dell'oggetto.

In argomento si segnala che in precedenti decisioni, la Suprema Corte ha affrontato fattispecie similari, in cui modificazioni sopravvenute delle condizioni di fatto e di diritto, hanno portato la Corte a respingere la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, stante l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (13).

4. *Preliminare di vendita di immobile della comunione concluso senza il consenso dell'altro coniuge*

La Suprema Corte (14) conferma l'orientamento per il quale l'atto dispositivo di beni della comunione compiuto dal singolo coniuge, senza il consenso o la partecipazione dell'altro, sia efficace e realizza il trasferimento del diritto in capo al terzo acquirente, finchè l'azione di annullamento non venga proposta da parte del coniuge non consenziente o pretermesso.

Il preliminare di vendita di bene immobile è un atto di amministrazione straordinaria, in quanto potenzialmente pregiudizievole dell'interesse dell'altro coniuge e della comunione stessa ed eccedente la normalità degli atti sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo (art. 180 c.c.).

La disciplina dell'art. 180, comma 2, pone un principio di ordine generale in base al quale l'amministrazione dei beni della comunione, per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi.

L'art. 184 c.c. dispone poi che gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge possono essere annullati se riguardano beni immobili o mobili registrati.

La Suprema Corte precisa (15) che la comunione tra i coniugi a differenza di quella ordinaria, è una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Ne consegue che nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dal comma 2 dell'art. 180 c.c. per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo, la cui mancanza non rende inefficace o invalido l'atto, ma lo sottopone

---

(13) Cass. 5 maggio 1998, n. 44, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 840. Nel caso di specie si afferma che se un preliminare, prodromico a realizzare un frazionamento di un terreno agricolo in lotti a scopo edificatorio (cosiddetta lottizzazione abusiva cartolare) è stato stipulato prima dell'entrata in vigore della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (art. 18), ma la domanda di esecuzione in forma specifica è proposta dopo l'entrata in vigore di tale legge, non può essere accolta per sopravvenuta ineseguibilità del contratto.

(14) Cass. civ., Sez. III, 21 dicembre 2001, n. 16177, in *Familia,* 2002, II, p. 883.

(15) Come affermato anche dalla Corte cost. n. 311 del 1988, in *Riv. Not*. 1988, p. 1306.

alla sola sanzione dell'annullamento ai sensi dell'art. 184 c.c., in forza dell'azione proponibile dal coniuge pretermesso entro i termini previsti dall'art. 184 c.c. (16).

Le conseguenze giuridiche degli atti compiuti da un solo coniuge, senza il necessario consenso dell'altro, quando è richiesto, ai sensi dell'art. 180 c.c., detto consenso, sono stabilite dall'art. 184 c.c., il quale stabilisce che gli atti di straordinaria amministrazione della comunione legale, se riguardano beni immobili o mobili registrati sono annullabili ad istanza del coniuge pretermesso (17).

Secondo una prima tesi, l'art. 184 sarebbe applicabile soltanto agli atti dispositivi di beni della comunione, immobili o mobili, mentre tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione sarebbero inefficaci (18).

Secondo altra tesi, la sanzione fondamentale per gli atti di straordinaria amministrazione compiuti da un solo coniuge rimarrebbe l'inefficacia, mentre la sanzione più lieve dell'annullabilità troverebbe applicazione solo rispetto agli atti relativi a beni di cui il coniuge disponente è l'unico intestatario.

---

(16) Cass. 2 febbraio 1995, n. 1252, in *Vita not*., 1995, p. 759; Cass. 14 gennaio 1997, n. 284, in *Ascotributi*, 1997, p. 450.

(17) **G. Gabrielli**, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 362; **Santosuosso**, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983; **M. Bianca**, *Diritto civile*, 2, Milano, 1992.

(18) **Schlesinge**r, Sub art. 184, in *Comm. Carraro*, Oppo, Trabucchi, I, Padova, 1977, p. 423.