LA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE E LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI DA COSTRUIRE

A cura di Giuseppe Miceli

Abstract

Il settore della vendita, in particolare quella immobiliare, è stato ed è terreno fertile per un'evoluzione, non solo giurisprudenziale e dottrinale, ma anche e soprattutto legislativa, del contratto preliminare.

Il seguente lavoro si propone di ripercorrere, attraverso spunti di criticità, in *primis* la disciplina introdotta in materia di trascrizione del preliminare (legge 30 del 1997) ed *in secundis* quella di cui al decreto legislativo n. 122 del 2005.

Entrambe le normative, in modi e tempi differenti, hanno cercato di percorrere, con un obiettivo comune, la stessa strada: offrire specifica tutela ai promissari acquirenti di appartamenti facenti parte di stabili in corso di costruzione; ed entrambe le normative sono state foriere di dubbi e perplessità.

In particolare, il decreto legislativo 122 del 2005 emanato per porre rimedio alle vistose lacune, soprattutto in termini di effettiva tutela, della legge 30 del 1997, si è rivelato, invece, fonte, a sua volta, di numerosi dubbi interpretativi e di nodi problematici da sciogliere.

Come si avrà occasione di sottolineare la cosiddetta "sciatteria redazionale", che sempre più spesso caratterizza i provvedimenti legislativi, solleva dubbi di non poco momento e conseguentemente stimola gli studiosi del diritto a trovare soluzioni interpretative, e quindi applicative, che di fatto realizzino l'obiettivo di tutela che il nuovo provvedimento si pone solo in linea teorica.

SOMMARIO: 1. La disciplina della trascrizione del contratto preliminare. - 2. Legge n° 30 del 1997: *ratio* ed esegesi della novella . – 2.1. Sfera applicativa: preliminari trascrivibili – 2.2. Effetto prenotativo della trascrizione e disciplina della pubblicità dichiarativa. – 3. La tutela dell'acquirente di immobili da costruire alla luce del d. lgs. 122 del 2005. – 3.1. Il contenuto del contratto di acquisto di immobili da costruire: l'art. 6 del d. lgs. 122 del 2005. – 3.2. (*segue*): Le conseguenze della mancanza dei contenuti obbligatori. – 3.3. (*segue*): La tesi della responsabilità precontrattuale e contrattuale.

1. LA DISCIPLINA DELLA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE.

Era regola indiscussa, fino all'entrata in vigore del d. l. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito, con modifiche, nella legge 28 febbraio 1997 n. 30, l'inammissibilità della trascrizione dei contratti preliminari, pur se aventi per oggetto la conclusione di un futuro contratto definitivo soggetto a trascrizione.

Tale principio costituiva corollario di un'altra regola più generale, ovvero la tassatività delle previsioni di pubblicità legale degli atti[1].

Di conseguenza[2], non vi era mai stata alcuna oscillazione circa l'impossibilità di trascrivere il contratto preliminare; ciò sulla scorta del fatto che quest'ultimo producesse solo effetti obbligatori e che non vi fosse possibilità di rintracciare alcuna fattispecie cui ricondurlo sulla scorta del rinvio operato dall'art. 2645 c.c..

[1] Cfr. G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* in *Riv. di dir. civ.*, 1997, fasc. 4°, p. 529. L'autore precisa che la tassatività delle previsioni pubblicitarie trova la propria *ratio* nella circostanza che la pubblicità legale è attività della pubblica amministrazione e come tale non può dispiegarsi senza una specifica previsione legislativa (art. 97 Cost.); per cui il silenzio della legge porta ad escludere qualsiasi possibilità di trascrizione di un contratto preliminare; S. Delle Monache, *La trascrizione del contratto preliminare,* in *Nuove leggi civili commentate,* 1998, fasc. 1, p. 257.

[2] Cfr. A. Carraba, *La trascrizione, trascrizione del contratto preliminare: giornata di studio,* Bari, 14 giugno 1997, Napoli, 1998 , p. 43, ove viene evidenzia la concordanza di opzioni sulla non trascrivibilità del preliminare in quanto privo di effetti traslativi.

Per di più, la trascrizione di tale contratto sarebbe stata rilevante per l'ordinamento soltanto come fatto illecito, comportante l'obbligo di risarcimento del danno a carico del richiedente e del pubblico funzionario che avesse accolto la richiesta, alla stregua della trascrizione illegittima[3].

La tutela del promissario acquirente era limitata alla trascrizione della domanda *ex* art. 2652 c.c., finalizzata all'ottenimento della sentenza costitutiva dell'obbligo di trasferire la proprietà del bene oppure al sequestro conservativo dell'immobile (al ricorre dei presupposti).

In questo contesto, una voce isolata sosteneva la tesi secondo cui il contratto preliminare conterrebbe già l'effetto traslativo del diritto di proprietà, da ciò facendo discendere l'immediata trascrivibilità dello stesso[4].

Successivamente all'introduzione, nel codice del '42, del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.) non viene più consentito di parlare del preliminare come di un contratto obbligatorio, avente ad oggetto la prestazione di un atto di volontà, quanto piuttosto, quale titolo per la costituzione di una situazione giuridica (finale), e precisamente della situazione giuridica determinabile in forza del contratto definitivo.

Sicuramente[5], pur presentando la nuova disciplina legislativa note di originalità, con riguardo al nostro ordinamento positivo, di essa è possibile, tuttavia, rinvenire alcuni precedenti indiretti, come il progetto di legge (n. 589 del 22 novembre 1972) presentato dai senatori Carraro e Follieri.

L'interesse della dottrina civilistica[6] e la particolare attenzione della classe notarile condussero a questo progetto di legge, che assumeva come modello di riferimento la legge francese 3 gennaio 1967, n. 67-3, che riconosceva espressamente l'impegno del promittente venditore a riservare un immobile o parte di immobile al promissario acquirente.

Il progetto, piuttosto semplice, era articolato in due parti.

Il Capo I esaminava la costituzione di condominio ad opera dei proprietari del terreno che lo avevano acquistato allo scopo di costruirvi un fabbricato (corrispondente al c.d. metodo

[3] Gabrielli, *cit.*, pp. 529- 530.

[4] A. Chianale, *Il contratto preliminare*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, Torino,1989 p. 49

[5] Cfr. A. Luminoso – G. Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi*, Padova, 1998, p.2.

[6] Cfr. J. Costola, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge 2 agosto 2004, n. 210*, in *Studium iuris*, 2004, fasc. 12, p. 1491; A. Luminoso, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d. lgs. 20 giugno 2005 n° 12), Appendice a La compravendita*, Torino, 2004, p. 2

Glenoble francese). Nel contratto, ad ogni comproprietario dell'area, a cui (in genere) aderiva lo stesso venditore del terreno, serbandosene una quota, veniva assicurata la proprietà esclusiva di un appartamento individuato sulla base della planimetria della costruzione da erigere, appartamento o porzione di piano che il promissario acquirente acquistava man mano che l'edificio veniva edificato.

Già nel momento dell'acquisto veniva riservata anche la quota relativa alle parti comuni, sulla scorta dell' art. 1117 c.c., in base al *pactum de ineundo condominio*. Questo atto costitutivo del condominio faceva sì che i comproprietari del terreno controllassero l'effetto dell'accessione, in modo tale da divenire direttamente proprietari esclusivi (per le quote millesimali possedute) del fabbricato in corso d'opera escludendo, quindi, la c.d. comunione.

Il Capo II disciplinava il contratto di vendita di porzioni di edificio da costruire senza ricorrere al contratto preliminare. Più precisamente, l'art. 4, della summenzionata legge, prevedeva che il contratto di vendita di un piano o porzione di esso di un edificio da costruire o in costruzione su un'area di proprietà del venditore, conferiva al compratore la quota millesimale di proprietà sull'area e sulle parti comuni già esistenti e la proprietà esclusiva del piano o di una parte di esso già eretto e il cui completamento si sarebbe perfezionato con il realizzarsi della costruzione.

Giacché non era una promessa di vendita, l'art. 4 comma 2, precisava che, nella nota di trascrizione (art. 2659c.c.), la porzione di fabbricato doveva essere individuata tramite il progetto di costruzione ed una volta sorta la costruzione medesima, un atto ricognitivo avrebbe regolato il frazionamento e completato la pubblicità necessaria[7].

Di fronte a questo progetto di legge, la dottrina[8] dimostrò subito qualche ritrosia ad accogliere l'idea di un acquisto della proprietà progressivo e contestuale alla graduale venuta in essere del bene compravenduto.

Ciò che suscitava incertezza era la possibilità che il costruttore potesse privarsi del suolo ancor prima di edificare e successivamente potesse privarsi delle parti venute in essere.

Le perplessità sorgevano soprattutto per le difficoltà scaturenti nel sistema creditizio; ovvero per il corretto funzionamento di quest'ultimo, occorreva che il venditore avesse la piena

[7] Cfr. Costola, *Verso nuove forme di tutela*, cit., p. 1491.
[8] Cfr. Costola, *Verso nuove forme di tutela*, *op.* cit., p. 1492.

proprietà e disponibilità del bene al fine di costituire le ipoteche necessarie ad ottenere i finanziamenti utili a svolgere l'attività.

Il rapporto sorgeva come un semplice accordo interno tra le parti, senza alcuna rilevanza esterna, fino a che l'*iter* non fosse giunto a naturale conclusione con la stipulazione dell'atto definitivo e la conseguente pubblicazione nei registri immobiliari.

Il mancato intervento legislativo diede luogo a una distorsione del rapporto in quanto sorgeva sbilanciato[9] e nell'intervallo intercorrente tra la stipula del preliminare e l'atto definitivo, il promissario altro non era che un creditore sprovvisto di speciale qualificazione, esposto, pertanto, ad ogni vicenda patrimoniale del proprio promittente/debitore. Una simile mancanza divenne un'emergenza sociale nel momento in cui le ragioni del promissario vennero comparate agli stati di crisi dell'impresa costruttrice[10].

Altro termine di riferimento per valutare la novella sulla trascrizione del contratto preliminare è costituito dal dibattito che, specie a partire dagli anni 70, si aprì nella dottrina italiana a proposito delle gravi carenze che il nostro ordinamento positivo presentava in merito alla disciplina della contrattazione immobiliare in genere e di quella di abitazione in modo particolare[11].

Tuttavia, anche tale dibattito rimase inascoltato dal nostro Parlamento, tanto che sono occorsi oltre vent'anni per raccoglierne i frutti con il d.l. 669 del 1996.

La disciplina dettata da questo provvedimento legislativo – che di quel dibattito rappresenta, ad oggi, l'unico esito tangibile, si ricollega idealmente alle elaborazioni riferite, tanto che alcune delle nuove norme – ed in particolare quelle relative ai contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione e al privilegio spettante al promissario acquirente (art. 2775 *bis*) – non potrebbero essere comprese appieno se non venissero ricondotte ai motivi ispiratori del dibattito di cui si è detto.

---

[9] Si veda: A. Guarneri, *Il contratto preliminare e la legge n° 30 del 1997,* in *La Nuova Giur. Civ. comm.,* fasc. 2, 1998, pp. 119 e seguenti.

[10] In tale ipotesi, spesso accade che gli istituti di credito nonostante possano far affidamento sulle garanzie ipotecarie di primo grado, lascino salire l'indebitamento del costruttore ad un livello insostenibile fino al momento in cui, con la *redde rationem,* escutono la garanzia reale, soddisfacendo *in toto,* il loro credito, prosciugando l'attivo fallimentare. Di conseguenza, i soggetti che avevano perfezionato un contratto preliminare, anticipando somme ingenti, vedono svanire la possibilità di recuperare anche una sola parte di quanto precedentemente versato.

Per un approfondimento della questione si rinvia a : U. Bechini, *La trascrizione del contratto preliminare,* in *Rivista del notariato,* 1999, fasc. 2; F. Cimei, *Trascrizione del preliminare, della domanda di esecuzione, della sentenza di accoglimento,* in *Giurispr. it.,* 1995, fasc. 5.

[11] Cfr. Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare,* cit., pp. 3 e seguenti.

2. LEGGE n° 30 del 1997: *RATIO* ED ESEGESI DELLA NOVELLA

Da più parti si sollecitava un intervento legislativo che offrisse adeguata tutela alle ragioni del promissario acquirente di diritti reali immobiliari, in considerazione del fatto che per contratto preliminare si intende essenzialmente il preliminare di vendita[12].

Il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, (contenente " Disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997") convertito – con modifiche – nella l. 28 febbraio 1997, n. 30, accoglie tali richieste.

Viene introdotto l'articolo 2645 bis c.c., sulla trascrizione del preliminare e sugli effetti della formalità; viene aggiunto all'art. 2688 c.c. l'ultimo comma, sulla cancellazione della trascrizione; viene introdotto l'articolo 2825 bis c.c., per i rapporti tra preliminare trascritto ed ipoteca accesa dal promittente alienante; viene previsto e disciplinato, agli artt. 2775 bis e 2780 n 5 *bis* c.c., il nuovo privilegio speciale immobiliare per i crediti vantati dal promissario acquirente; viene, altresì, modificato l'art. 72 della legge fallimentare, al fine di rafforzare il credito del promissario acquirente alla restituzione degli acconti di prezzo[13].

La novella ha decisamente accresciuto le possibilità di tutela del promissario acquirente[14]. Questo gode, infatti, da un lato dell'effetto prenotativo, connesso alla trascrizione del contratto preliminare – effetto limitato nel tempo e destinato a consolidarsi fisiologicamente con la conclusione e trascrizione del definitivo - d'altro lato, per il caso di esito patologico, gode sia della normale azione costitutiva ex art. 2932c.c., sia del privilegio speciale sull'immobile per il credito restitutorio e risarcitorio.

---

[12] Cfr. A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, p. 49, Torino, 1998; E. Barbiera, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la novella del 1997*, in *Rassegna di dir. civ.*, 1997, fasc. 2°; G. Cioffi, *La trascrivibilità di una fattispecie di un contratto preliminare di vendita immobiliare*, in *Vita notarile*, 1997, fasc. 1°; G. Rebecca, *Preliminari di compravendita immobiliare. La trascrizione: interpretazioni problematiche, profili fallimentari e tributari, rapporti con ipoteche, precauzioni e frodi, aspetti pratici, modelli, schemi, suggerimenti, giurisprudenza recente*, seconda edizione ampliata ed aggiornata, Milano, 2002.

[13] Tra i tanti autori si rinvia a: E. Barbiera, *La trascrivibilità di alcuni tipi di contratto preliminare, : vecchi e nuovi problemi* , in *Rivista di diritto civile*,1997 fasc.2, p. 225, ivi l'autore riscontra che ancora una volta la legislazione speciale, in un contesto di norme finanziarie e tributarie, incide in misura rilevante nel tessuto del codice civile; Chianale, *La Trascrizione*, cit., p. 49.

[14] Cfr. F. Gazzoni, *Le teorie sul contratto preliminare*, Napoli, 2000., p. 19; A. Cannavale, *Il contratto preliminare trascritto*, in *Vita notarile*, 1998, fasc. 1, p. 470; F. Ricci, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del preliminare*, in *Giustizia civile*, 1997, fasc. 6, p. 315.

La convergenza di questa tutela si ha, esclusivamente, quando il contratto preliminare riveste la forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, in modo da rendere possibile sia la trascrizione del contratto che quella della domanda.

Ove il preliminare venga redatto per scrittura privata non autenticata, è, tuttavia, possibile agire ai sensi dell' art. 2932 c.c , salvo che non si trascriva la domanda di accertamento giudiziale della sottoscrizione ed in tal caso si applica l' art. 2652, n 3 c.c. .

Tale novità legislativa è stata definita come una rivoluzione "epocale" nel sistema della pubblicità immobiliare[15]; essa disciplina tre distinti profili gius - civilistici e segnatamente : a) presupposti, effetti e vicende della trascrizione di alcuni tipi di contratto aventi ad oggetto beni immobili; b) rapporti fra promittente alienante e promissario acquirente ed opponibilità del preliminare ai creditori del promittente alienante ; c) rapporti tra ipoteche sul bene oggetto del preliminare e privilegio del promissario acquirente per mancata esecuzione del preliminare.

La *ratio* della novella in commento può essere rinvenuta nella necessità di bilanciare la posizione del promissario acquirente, quale "contraente debole" meritevole di tutela a fronte di abusi della parte contrattualmente più forte, in modo tale da ripristinare una maggiore uguaglianza sostanziale fra le parti[16].

Allo stesso tempo, con essa si è cercato di ricondurre, perlomeno rispetto alla contrattazione preliminare rivestita di idonea forma, l'azione costitutiva ex art. 2932 c.c. alla natia funzione di reazione contro l'inadempimento del patto di contrarre, corroborata, in ossequio alla disciplina della trascrizione, dalla retroazione, nei confronti dei terzi, degli effetti *inter partes* della sentenza resa: l'esigenza di costituire un vincolo reale transitorio sul bene, a presidio di un obbligo, viene ora più convenientemente soddisfatta dalla trascrizione del contratto[17].

---

[15] Cfr. Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare, op.* cit., pp. 93 e seguenti. L'autore afferma che le norme dall'art. 3 del d.l. n. 669 del 1996 possono essere paragonate ad una scossa tellurica, prodottasi all'interno dell'ordinamento positivo, che dall'epicentro del sistema si propaga ad ampio raggio ripercuotendosi anche su territori più lontani e periferici del sistema.

[16] Cfr. L. Nivarra, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita notarile*, 1998 fasc. 3., p. 1370. Per l'autore, a ben vedere ci troviamo al cospetto di un altro caso di legislazione a sostegno di gruppi o categorie sociali deboli o comunque portatori di interessi ritenuti meritevoli di tutela particolare, la quale si attua sempre per il tramite di una differenziazione delle regole ordinariamente vigenti, anche se la tecnica di volta in volta impiegata muta a seconda dei tempi e degli ambiti di intervento.

[17] Cfr. Carraba, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., pp. 66 e seguenti. La volontà legislativa di rendere soggette a pubblicità ipotesi contrattuali meritevoli di tutela, superando problemi giuridici dibattuti, come quello della trascrivibilità delle vendite obbligatorie o con effetti reali differiti, permettendo ancor più la trascrizione, con effetti limitati nel tempo, di negozi esclusivamente obbligatori, sol perché collegati all'atto che consacra il trasferimento immobiliare, rappresenta la vera novità legislativa e, al tempo stesso, la direttiva per risolvere i problemi conseguenti all'applicazione della normativa considerata. Qui l'autore evidenzia che il legislatore ha mostrato la consapevolezza di

La nuova legge, assoggettando alla trascrizione il contratto preliminare ex art. 2645 bis c.c., ha impedito ogni acquisto successivo alla trascrizione da parte del terzo ed ha, così, sottratto al promittente venditore una delle prerogative dominicali più cospicue: il potere di disporre del bene, a lui altrimenti spettante ex art. 832 c.c.[18].

Ma è anche vero che nessun progresso di tutela realizza in relazione al fallimento del promittente venditore, dal momento che una consolidata giurisprudenza riconosce al curatore la facoltà di recedere dal contratto preliminare, ai sensi dell'art. 72, comma 4, legge fallimentare; anche nei casi di preventiva trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (ex art. 2932 c.c.) o del preliminare.

Questa scelta legislativa è stata ampiamente criticata da parte della dottrina[19], giacché sarebbe da dimostrare la condizione del promissario acquirente quale contraente debole.

A ben vedere, il promittente alienante rischia sempre in quanto non può essere sicuro dell'integrità del patrimonio della controparte, fino al momento della stipula del contratto definitivo; l'unica garanzia concessagli, sembrerebbe quella dell' art. 2740 c.c. . In più, il promissario acquirente risulta titolare di un credito e non di una proprietà, di conseguenza non risponde ai sensi dell' art. 2053 c.c. per i danni cagionati a terzi dall'immobile e, per ciò che concerne il sistema delle impugnazioni, i termini della prescrizione cominceranno a decorrere solo dal giorno del perfezionamento del definitivo[20].

Il testo delle norme, quale risultava dal decreto legge, è stato, in sede di conversione, saggiamente modificato in più punti[21] : l'art. 2645 bis, comma 1 , nella formulazione datane dal

---

simili problemi nel 2° comma dell'art. 3 della novella. Per cui, pare in sostanza rimessa all'interprete la determinazione degli effetti della trascrizione in presenza di un rapporto dialettico tra contratto preliminare ed atto esecutivo.

[18] Cfr. Guarneri, *Il contratto preliminare,* cit., p. 120.

[19] Cfr. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare,* op. cit., p. 531.

[20] Guarneri, *Il contratto preliminare,* op. cit., p. 672. Altra critica riguarda il profilo fiscale e dei costi notarili, in quanto, se con la trascrizione del preliminare si accentuano i costi fiscali e notarili, gli operatori cercheranno di sviarli tramite preliminari di preliminari in cui verrà dissimulato il prezzo stabilito dai contraenti. Così, si calcolerà un corrispettivo rifacendosi ai dati catastali, ovvero (come si faceva prima della riforma), sulla base del calcolo di determinazione automatica ai sensi dell'art. 2, comma 4, t.u. 26 aprile 1986, n. 131. L'autore osserva che, almeno agli esordi, la nuova disciplina non sembra incontrare grande favore presso i suoi stessi beneficiari: sono un'esigua minoranza i preliminari immobiliari di cui i promissori acquirenti curano la trascrizione. Un disincentivo è certamente rappresentato dai costi: la parcella del notaio il cui rogito o la cui autenticazione sono necessari per rendere l'atto trascrivibile, l'imposta di registro. D'altra parte, seppur la norma utilizzi il verbo "dovere", la trascrizione è solo un onere e non certo un obbligo della parte.

[21] L. Di Nosse, *Intervento alla giornata di studio su "Trascrizione del contratto preliminare",* in *Riv. del notariato,* 1998, fasc. 3, pp. 446 e seguenti. L'autore parla di una lacuna che non figura nel d.l. ed invece compare nella legge di conversione: l'art. 2657 c.c. che elenca in maniera tassativa quali sono i titoli per la trascrizione. Se esaminiamo l'art. 2645 *bis* c.c. come formulato nel d.l. (che richiamo l'intero art. 2657 c.c.) e nella legge di conversione notiamo che scompare da quest'ultima il titolo per la trascrizione costituito dalla sentenza. Vale a dire che secondo l'attuale formulazione del predetto articolo nella legge di conversione, una sentenza dichiari l'esistenza, la validità o l'efficacia

d.l. n 669 del 1996, sanciva la trascrivibilità dei preliminari se redatti nelle forme di cui all'art. 2657 c.c.. Tuttavia, tale rinvio non poteva riguardare tutti i titoli per la trascrizione da esso contemplati, tra questi figurando *in primis* la sentenza.

Con formula più precisa, il testo del citato art. 2645 *bis*, comma 1, risultante dalla legge di conversione, stabilisce ora che sono trascrivibili i preliminari che si presentano in forma di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Altra correzione riguarda la trascrizione: nella prima stesura del d.l. si prevedeva soltanto la facoltà di trascrivere il contratto preliminare; attualmente, invece, per una linea di continuità con la disciplina della trascrizione, con la legge di conversione, vi è l'obbligo di trascrizione. Se così non fosse, si potrebbe configurare il rischio, professionale per il notaio rogante, di prediligere la non trascrizione e, in questo modo, esulare dagli obblighi impostigli dalla legge (in base all'art. 2671 c.c.) nel momento in cui il perfezionamento del preliminare sia avvenuto per proprio ufficio.

2.1 SFERA APPLICATIVA: PRELIMINARI TRASCRIVIBILI

Con la legge 28 febbraio 1997, n. 30, è stato introdotto nel codice civile l'art. 2645 bis che prevede la trascrizione con efficacia "provvisoria"[22] (novità assoluta in quanto l'istituto della trascrizione non è assoggettato ad alcun limite temporale), di taluni tipi di contratto preliminare aventi la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

---

di un contratto preliminare non è titolo per ottenere gli effetti prenotativi propri della trascrizione. Si dovrebbe allora concludere che la sentenza emessa in giudizio, contiene rispetto a quella di verificazione della sola sottoscrizione, avente un oggetto più ampio e cioè l'accertamento della validità di tutta la scrittura non è trascrivibile, mentre lo è quello che accerta soltanto l'autenticità della firma apposta in calce alla scrittura.

[22] Cfr. F. Alcaro, N*ote in tema di trascrizione, del preliminare,* in *Vita notarile,*1997 fasc. 2, pt.1 , p. 607. L'autore ribadisce che gli effetti della trascrizione sono preparatori e limitati nel tempo. La pubblicità ha quindi carattere cautelare, determinando una sorta di prenotazione (come nel codice germanico, par. 883 *BGB*) – seppur in un contesto diverso – destinata a perfezionarsi solo se seguirà il trasferimento definitivo, con effetto retroattivo: in tale effetto è ravvisabile sostanzialmente il meccanismo proprio delle domande giudiziali di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare,* cit., p. 259, ivi l'autore sottolinea che la *ratio* della disposizione è più che palese: evita che gli immobili oggetto del preliminare siano sottoposti ad un limite nella loro circolazione; Barbiera, *La trascrivibilità,* cit., pp. 2 e seguenti, ivi l'autore sostiene che la nuova disciplina ha creato una dicotomia nel settore dei preliminari immobiliari: da un lato quelli "forti", per la maggiore efficacia verso i terzi assicurata dalla trascrizione; dall'altro quelli, rimasti assoggettati alla disciplina anteriore alla novella, che per la minore efficacia connessa alla intrascrivibilità, possono definirsi "deboli". Questa discrasia non può essere sanata da operazioni di estensione analogica, dato il carattere "chiuso" delle forme di pubblicità legali e la stessa soluzione si appalesa paragonando i preliminari c.d. "forti"con i corrispondenti aventi ad oggetto beni mobili registrati.

La trascrizione ha un effetto prenotativo in quanto attribuisce efficacia retroattiva alla trascrizione del definitivo in analogia con l'art. 2652 c.c.. Difatti, non senza significato appare la stessa collocazione della norma[23] nel codice civile, subito dopo gli artt. 2643, 2644, e 2645 c.c., e non di seguito all'art. 2652 c.c..

Tale disposizione ha introdotto una notevole innovazione nel regime delle trascrizioni, perché tutela il diritto immobiliare, oggetto del preliminare, in modo tale da tutelare il promissario acquirente dall'eventualità di atti dispositivi del futuro venditore, contrastanti con il naturale evolversi del contratto preliminare medesimo.

In questo caso è da riscontrarsi la volontà legislativa di trascrivere un contratto con effetti obbligatori (l'unico caso, poiché solitamente solo le obbligazioni reali aventi ad oggetto beni non mobili sono soggetti alla disciplina della trascrizione, anche se è possibile la trascrizione della domanda giudiziale a norma degli articoli 2690 n. 1 e 2652 n. 2 c.c.), in quanto il preliminare rappresenta fonte di obbligazioni consequenziali: istituisce un vincolo obbligatorio, terminante in un trasferimento di proprietà o di diritto reale; impone un vincolo rilevante sul bene oggetto del contratto.

I contratti preliminari trascrivibili[24] sono determinabili dal disposto normativo dell'art. 2643 c.c. nn. 1, 2, 3 e 4.

Il raggio operativo è estremamente variegato, comprende infatti: i preliminari strumentali alla conclusione di contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili ed i contratti che

[23] Cfr. Gazzoni, *Trascrizione del preliminare,* cit., pp. 36 e seguenti, l'autore sottolinea come funzione tipica e primaria della trascrizione con efficacia dichiarativa sia quella di risolvere le controversie tra più aventi causa da un comune autore; *contra* Pugliatti, il quale sostiene, invece, che la trascrizione assolve primariamente funzione di pubblicità, di tutela dell'affidamento di terzi sul potere economico di un soggetto in ordine a beni immobili, e cioè sulla titolarità di diritti reali immobiliari.

[24] Cfr. F. Camilletti, *Alcune considerazioni sull'obbligo a contrarre, e sulla trascrizione del contratto preliminare,* in *Rivista del notariato.,*2004 fasc. 5 e in *Vita notarile,*2004 fasc. 2 p. 1138; Alcaro, *Note in tema di trascrizione,* cit., p. 604; Delle Monache, *La trascrizione del contratto preliminare,* cit., p. 13; P. E. Corrias, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento nel c.d. preliminare ad effetti anticipati,* in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.,* 1998, fasc. 3, p. 1022. In particolare, quest'ultimo autore evidenzia come dalla lettura congiunta del comma 1° e 2° dell'art. 2645 *bis* c.c. emerge che i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3, e 4 dell'art. 2643 c.c. e, quindi, sicuramente anche i preliminari di compravendita, possono essere seguiti da un contratto definitivo oppure da un altro atto che costituisca comunque esecuzione degli stessi. Il legislatore ha indicato chiaramente che l'operazione negoziale che dilaziona in due fasi la realizzazione del programma complessivo, può articolarsi in due fattispecie ben distinte tra loro: la prima costituita dalla sequenza contratto preliminare - contratto definitivo – e la seconda da quella contratto preliminare – atto di esecuzione diversi dal contratto definitivo.

trasferiscono, costituiscono o modificano diritti reali su cosa immobile altrui o, ancora, i contratti che costituiscono una comunione di diritti immobiliari.[25]

Per parte della dottrina[26], se si dovesse seguire un'interpretazione strettamente letterale, si potrebbe escludere il preliminare di società per i conferimenti immobiliari (contratto previsto dal n. 10), e potrebbero esserci incertezze per l'ammissibilità o meno della trascrizione del preliminare di transazione (prevista dal n. 13).

In realtà, è preferibile ricondurre nell'alveo dell'art. 2643 n. 1 c.c. tutti i contratti produttivi di effetti reali su beni immobili (sia contratti nominati e sia contratti atipici).

Dunque, sarebbero trascrivibili: la transazione esplicante effetti reali, la transazione che risolve le liti su diritti immobiliari e l'atto costitutivo di società, tramite il quale si conferisce la proprietà di un immobile. Più in generale,[27] si deve ricomprendere, nella nozione di preliminare trascrivibile, ogni negozio avente per oggetto l'assunzione dell'obbligo di trasferire la proprietà di un immobile ed, attraverso una lettura estensiva, anche ogni contratto con tali effetti e produttivo del medesimo effetto obbligatorio come: il negozio fiduciario, il mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili, l'accordo di separazione consensuale tra coniugi, il preliminare di compravendita di eredità e di azienda (se compreso un immobile).

È d'uopo, però, sottolineare che non sono trascrivibili i preliminari stipulati in forma di semplice scrittura privata: in tale ipotesi, se si intende procedere alla loro trascrizione, occorrerà preventivamente autenticare le sottoscrizioni presso un notaio, oppure (se sorge una controversia tra le parti contraenti) ottenerne l'accertamento giudiziale.

In dottrina[28] si è sostenuto che la ragione di tali esclusioni non sia affatto chiara, soprattutto se si considera la circostanza che può essere trascritta anche la domanda di sentenza che tenga luogo di tutti i contratti definitivi soggetti a trascrizione.

Sono, poi, sicuramente trascrivibili i contratti preliminare bilaterali.

Per quanto attiene, invece, ai contratti preliminari unilaterali, per una parte della dottrina, dovrebbe ritenersi che la trascrivibilità vada circoscritta a quelli nei quali il soggetto obbligato a

[25] Nivarra, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit.
[26] Cfr. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare,* cit., p. 56.
[27] Cfr. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* op. cit., p. 532.
[28] Cfr. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* op. cit., p. 532.; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 249, quest'ultimo autore sottolinea che la scelta del legislatore è criticabile sul piano sistematico, ma è facilmente spiegabile su quello teleologico in quanto tali fattispecie sono estranee alle dinamiche commerciali ove esso ha inteso incidere.

stipulare il contratto definitivo sia il promittente alienante, non anche quelli che impegnino il solo promissario acquirente. Difatti[29], sembra evidente che, se merita tutela, in virtù della trascrizione, il diritto di acquistare in futuro un diritto immobiliare, tale tutela non può dipendere dalla circostanza che la fattispecie costitutiva dello *ius ad rem* comporti o no, fra i propri effetti, anche l'obbligo di acquistare: l'interesse del promissario è della stessa intensità, e merita pari protezione, indipendentemente dal fatto che egli sia anche promittente. Nel caso opposto, nessun impegno viene assunto dall'(eventuale) alienante: una trascrizione a suo carico, che liberi la sua disponibilità dell'immobile, non avrebbe ragione di essere.

Per altra parte della dottrina[30] non sarebbe ipotizzabile la trascrizione del preliminare unilaterale poiché, la fattispecie suddetta, non mette in gioco gli interessi tipicamente correlati al preliminare bilaterale; nel senso che, ivi, il promissario acquirente si riserva di decidere in futuro, invece di obbligarsi, e quindi evita una regolamentazione paritetica degli interessi. In altre parole, il preliminare unilaterale si apparenta con la proposta irrevocabile e con il patto d'opzione e si allontana dal processo di trasferimento della proprietà.

Le ragioni giustificative della scelta legislativa sono: da un lato, disciplinare, secondo principi di trasparenza e di tutela delle posizioni economicamente più deboli (principalmente un particolare settore della contrattazione immobiliare, quale quello che vede contrapporsi "il promittente alienante – costruttore" al "promissario acquirente – consumatore"); dall'altro

[29] Cfr. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* op. cit., p. 533, l'autore propone l'interrogativo sulla trascrivibilità del patto di opzione, in quanto anche esso comporta un'attribuzione di un diritto all'acquisto; Carraba, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 26, ove l' autore sottolinea che non dovrebbero esserci problemi circa possibilità di trascrivere il preliminare unilaterale. Tuttavia, in sede accademica si è fatto uno strano ragionamento: poiché l'opzione non si può trascrivere, di conseguenza anche il preliminare unilaterale non può essere trascritto. Per l'autore questo ragionamento è errato poiché nel preliminare unilaterale è il contratto che è volto al trasferimento attraverso l'attuazione dell'obbligo di trasferire a favore del promissario acquirente, mentre nell'opzione la contrattualità è al di fuori del meccanismo traslativo. G. Cian, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996 n. 669)* in *Studium iuris,* 1997, p. 215, ivi l'autore riferisce che prima della legge 30 del 1997, solo qualche voce isolata sosteneva la trascrivibilità del preliminare, mentre da più parti veniva affermata la trascrivibilità dell'opzione, sulla scorta della considerazione che attraverso l'opzione ci si spogliava del potere di disposizione del bene, in questo caso bene immobile. Per l'autore, dopo questa novella, dubbi sulla trascrivibilità dell'opzione non se ne possono avere per una ragione semplicissima: non si tratta di fare un'applicazione analogica, ma bensì ricorrere ad un'argomentazione *a fortiori.* Se è trascrivibile una situazione obbligatoria, a maggior ragione deve essere tutelata la posizione di colui che è beneficiario del diritto di opzione, in quanto si ispira ad un diritto potestativo. La soluzione auspicata dall'autore è risolvere i dubbi sulla trascrivibilità di alcune situazioni attraverso l'istituto della trascrizione con riserva introdotta dalla novella dell' 85 con l'inserzione nel codice civile dell'art. 2674 *bis* c.c.; Cannavale, *Il contratto preliminare trascritto,* cit., p. 473, ivi l'autore ammette la trascrizione del preliminare unilaterale, ma non per l'opzione perché nel contratto unilaterale esiste la sequenza contratto preliminare – contratto definitivo; dall'opzione nasce, solo una proposta irrevocabile come tale non trascrivibile.

[30] Cfr. Chianale, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 60.

allargare[31] l'area dell'effetto prenotativo ad altre ipotesi rispetto a quelle indicate nell'art. 2643 c.c. .

E' pacifico che ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c. non è possibile trascrivere i patti di prelazione, in considerazione della netta contrapposizione tra contratto preliminare e patto di prelazione: in effetti, chi concede una prelazione non destina affatto il bene all'acquisto altrui, ma si riserva piena libertà di valutare in futuro se l'alienazione gli convenga[32].

Dibattuto in dottrina[33] è il caso del preliminare di vendita di cosa altrui.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ne ammettono la trascrizione, in conseguenza della innovazione legislativa che consente ormai la pubblicità di un contratto privo di effetti traslativi diretti e di conseguenza in grado di svolgere un'utile funzione solutoria, nell'ipotesi in cui sorgano conflitti tra più promissari acquirenti del non *dominus* (tra i quali prevarrà il primo trascrivente e non solo, è ammessa la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione specifica del relativo preliminare).

Tuttavia, non può tacersi che una parte della dottrina, pur se minoritaria, non ne ammette la trascrivibilità in quanto non ritiene ammissibile un vincolo di prenotazione contro un soggetto, privo della legittimazione ad alienare, che non risulti proprietario dai registri immobiliari, non potendosi in questo caso far sorgere un privilegio a favore del promissario acquirente.

L'art. 2645 *bis*, commi 4, 5 e 6, c.c. ammette espressamente la trascrizione dei preliminari concernenti edifici da costruire o in corso di costruzione, con l'ammissione di una efficacia prenotativa immediata della trascrizione stessa[34], risolvendo in tal modo il dibattito dottrinario sull'ammissibilità o meno di tale trascrizione.

---

[31] Cfr. Camilletti, *Alcune considerazioni sull'obbligo a contrarre,* cit., p. 1139.

[32] Cfr. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* op. cit., p. 533; Triola, *Vendita di immobili da costruire,* cit., p. 10; Guarneri, *Il contratto preliminare,* cit., p. 122.

[33] Fra tutti: Bechini, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 251- 252; Chianale, *La trascrizione del contratto preliminare,* cit., p. 601; Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 24.

[34] Cfr. Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., pp. 21 -24. Viene sottolineato il valore sistematico non trascurabile assunto dalla novella, poiché pone fine alle incertezze che dottrina e giurisprudenza avevano in ordine alla trascrizione dei contratti traslativi o costitutivi di diritti reali su edifici futuri; Chianale, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., pp. 89 -94, ivi l'autore evidenzia che il preliminare e la nota di trascrizione devono indicare la porzione di edificio e la quota di diritto che spetterà al promissario acquirente sull'edificio, espressa in millesimi; R. De Matteis, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto,* in *Riv. di dir. civ.*, 1998, fasc. 4, pp. 318 – 338, Viene sottolineato come questo tipo di preliminare, divulgatosi nella prassi come contratto preliminare ad effetti anticipati, che nelle declamazioni giurisprudenziali è venuto a configurarsi talvolta come un vero e proprio contratto atipico, ove il consenso al trasferimento che hanno causa *aliunde*, altre come un comune contratto di vendita caratterizzato solo da una particolare disciplina del trasferimento del diritto venduto. Si sottolinea altresì come il nostro legislatore, a differenza di quello francese, non sia intervenuto direttamente sulla forma giuridica,

Per una parte della dottrina[35], la norma in questione non può essere interpretata nel senso della necessità (e sufficienza) della sola indicazione, nel contratto preliminare, della superficie della porzione immobiliare promessa in vendita, perché in tal caso si dovrebbe concludere che il legislatore ha previsto la trascrivibilità dei contratti preliminari nulli per indeterminatezza dell'oggetto.

Le giustificazioni di questa dottrina si basano sull'incertezza della individuazione dell'immobile, facente parte di un edificio da costruire, solo sulla base della sua superficie, senza indicazioni precise del piano e della sua posizione rispetto alle altre unità immobiliari, secondo il cui progetto verrà edificato l'immobile.

Neppure pare trascrivibile un preliminare avente ad oggetto una cosa generica. Infatti, da un lato la formalità non consentirebbe di individuare quale bene subisce l'effetto di prenotazione, e d'altro lato il definitivo non conterrebbe un riferimento univoco al preliminare.

La trascrizione potrà essere effettuata soltanto dopo l'atto di scelta, che concorre a fornire il titolo[36].

Vi è chi[37] pone il problema della trascrivibilità di tali contratti in termini differenti rispetto ai contratti traslativi.

Per questa dottrina il quesito principale sta nello stabilire se il contratto sia trascrivibile immediatamente, ovvero prima dell'individuazione del concreto immobile determinato nel contratto solo per l'appartenenza ad un *genus limitatum*. Per cui, anche se si ammettesse la non trascrivibilità del contratto prima dell'individuazione del bene, si dovrebbe ammettere in ogni caso la trascrizione del preliminare equivalente (avente effetto prenotativo in riferimento al completo *genus limitatum* in esso desunto).

---

ma abbia privilegiato l'adozione di strumenti già sperimentati in campo immobiliare, in grado di prevenire situazioni di conflitto e posizioni di abuso.

[35] Cfr. Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente,* cit., p. 24. L'autore sottolinea come la previsione della necessità di indicazione della superficie e della quota del diritto spettante al promissorio acquirente relativa all'intero edificio espressa in millesimi, ha un senso in relazione alla disciplina dell'articolo 2645 *bis* , comma 5, in ordine alla conseguenza della mancata coincidenza tra superficie indicata nel contratto preliminare e superficie effettiva dell'unità immobiliare realizzata. Se l'eventuale difformità delle superfici indicate supera di un ventesimo quella indicata nel contratto preliminare, quest'ultimo non produce effetti e di conseguenza, il contratto definitivo rimane opponibile ai terzi che avessero effettuato trascrizioni o iscrizioni successivamente alla trascrizione del contratto preliminare. La superficie utile da calcolare, secondo un'interpretazione letterale, è rappresentata dalla superficie interna, ovvero al netto dello spessore dei muri perimetrali comuni o divisori che delimitano l'immobile oggetto del contratto. Ovviamente l'indicazione dei millesimi necessità per la trascrivibilità e non per la validità del contratto preliminare e va riportata nella nota di trascrizione.

[36] Cfr. Bechini, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 252.

[37] Cfr. Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., pp. 25-26

Con il perfezionamento del definitivo, ove è individuato l'immobile, l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare varrà esclusivamente per quel determinato bene e non più per l'intero *genus limitatum.*

Per parte della dottrina[38], un limite alla trascrivibilità del contratto preliminare discenderebbe, solo nelle ipotesi in cui esso concerna porzioni di edifici futuri, dalle norme (art. 2645 – bis, comma 4, e 2659 c.c.) che richiedono, a tal fine, l'indicazione nel contratto e nella relativa nota di trascrizione, della superficie utile dell'unità immobiliare; norme che rendono più difficile, in questi casi, la promessa di alienazione di un immobile determinato solo nel genere.

Nessun problema sembra sussistere per il contratto preliminare a favore di terzo: la trascrizione sarà eseguita a favore del terzo e contro il promittente – alienante, ovviamente occorrerà, ai fini del perfezionamento dell'operazione, la dichiarazione del terzo di volere approfittare del beneficio; tale dichiarazione sarà annotata a margine della prima trascrizione o quanto meno trascritta autonomamente.

Se lo stipulante revoca la stipulazione o se il terzo dichiara di non volerne approfittare, la trascrizione dovrà essere ripetuta contro il promittente – venditore a favore dello stipulante[39].

Un cenno merita la questione relativa alla trascrizione del contratto per persona da nominare[40], anche in relazione alla norma dell'art. 1403, comma 2, c.c[41]..

Occorre evidenziare come l'interesse pratico dell'indagine era finora scarso, essendo raro il caso in cui si concludesse per persona da nominare un contratto con efficacia immediatamente traslativa, poiché le parti preferivano, nell'incertezza sull'identità del definitivo acquirente, concludere un semplice contratto preliminare.

In questo caso, se interrogativi sussistono sulla trascrizione, essi non concernono la trascrivibilità del contratto (definitivo o preliminare) ma, in generale, gli effetti della trascrizione (del contratto per persona da nominare e soprattutto) della dichiarazione di nomina.

[38] Cfr. Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente,* cit., p. 23.
[39] Cfr. Cannavale, *Il contratto preliminare trascritto,* cit., p. 477.
[40] Tra gli altri autori si segnala: Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, op. cit., pp. 540 e seguenti; nonché Cannavale, *Il contratto preliminare trascritto*, op. cit., p. 476 che pone l'accento sul profilo fiscale, ovvero l'obbligo di nominare il soggetto entro tre giorni dalla stipula, pena la duplice imposizione fiscale. Per ovviare al problema, l'autore suggerisce di prevedere la riserva di nomina da esercitarsi entro tre giorni dalla stipula del definitivo.
[41] Si rinvia per un approfondimento della questione a : F. Patti, *Il contratto preliminare per persona da nominare*, in *Rivista del notariato,* 2001.

E' controverso se possa parlarsi di contratto preliminare a favore di terzo, nell'ipotesi in cui le pattuizioni prevedono che il promissario acquirente potrà, al momento della definizione del contratto definitivo, designare un altro soggetto che tale ultimo contratto stipuli in posizione di acquirente.

Alla risposta affermativa data al quesito dalla giurisprudenza, si è opposto in dottrina chi ritiene che nell'ipotesi *de qua* manchi l'elemento caratterizzante costituito da una clausola che, deviando gli effetti negoziali (o meglio, parte di essi) rispetto al loro normale dispiegarsi, determina l'acquisto di un diritto in capo ad un soggetto non contraente[42].

2.2. EFFETTO PRENOTATIVO DELLA TRASCRIZIONE E DISCIPLINA DELLA PUBBLICITA' DICHIARATIVA

Nel sistema pubblicitario del codice civile (precedente all'introduzione della novella del 1997), un'efficacia prenotativa si riconosceva esclusivamente alla trascrizione delle domande giudiziali e non già a quella di atti di diritto sostanziale.

La nuova disciplina ha esteso la funzione prenotativa alla trascrizione del contratto preliminare, di conseguenza la successiva trascrizione del definitivo resta indifferente alle trascrizioni o iscrizioni eventualmente eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare[43].

Ad attribuire l'indicata funzione prenotativa alla pubblicità del contratto preliminare ha indotto, anzitutto, un brano della Relazione ministeriale illustrativa del decreto legge dal quale la nuova prescrizione è stata introdotta.

Non può, comunque, nascondersi come l'impulso all'introduzione di tale prescrizione si deve innanzitutto al notariato, favorevole, *de lege ferenda,* ad ammettere la pubblicità del contratto

[42] Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente,* op. cit., p. 21. Ivi l'autore fa ricorrere la figura in esame nell'ipotesi in cui l'effetto di un contratto sia da attribuire ad un terzo che possa pretendere dal promettente la conclusione del contratto definitivo. In questo caso, il contratto (a detta dell'autore) deve più precisamente qualificarsi come preliminare unilaterale, dal momento che, il terzo non può obbligare il promettente a contrarre.

[43] Guarneri, *Il contratto preliminare,* op. cit., p. 123. L'autore si sofferma ad evidenziare la rilevanza della novità sistematica. Per questo autore è possibile, in proposito, evocare senza difficoltà la categoria della prenotazione, per la quale, come è ben noto, gli effetti dell'atto finale del procedimento retroagiscono al momento dell'atto iniziale, sottraendo così efficacia ad iscrizioni o trascrizioni *medio tempore* effettuate da terzi contro il comune autore.

Alcuni autori ritengono l' impossibilità di assimilare in *toto* all'istituto della *vormerkung* del *BGB,* poiché quest'ultima, a differenza della sua corrispondente italiana, tutela il prenotato contro gli atti posti in essere a suo danno nelle procedure esecutive, concorsuali o individuali. In tal senso: Cian, *La trascrivibilità del preliminare,* cit., p. 382.

Altri autori ancora rilevano che il termine prenotazione è riduttivo per le potenzialità del preliminare. In tal senso: Gazzoni, *Trascrizione del preliminare,* cit., pp. 36.

preliminare; ma non si deve dimenticare l'apporto di un illustre civilista, il quale aveva osservato che non vi era ragione in forza della quale la previsione di una pubblicità con efficacia prenotativa dovesse essere limitata ai soli atti introduttivi di un processo, di cognizione od esecutivo[44].

Tuttavia, per parte della dottrina[45], attribuire alla trascrizione del preliminare un'efficacia esclusivamente prenotativa di successive trascrizioni sottintende una svalutazione del contenuto e della portata di questo contratto.

L'effetto prenotativo vale, infatti, tipicamente a giustificare la trascrivibilità di atti privi di efficacia esterna e destinati soltanto ad avviare un procedimento (giudiziale o stragiudiziale) alla fine del quale solamente si produrrà l'atto con rilevanza esterna.

Da qui la tradizionale ricostruzione del rapporto tra trascrizione della domanda giudiziale e della sentenza, riproposta per la sequenza preliminare – definitivo.

Il principio di trascrivibilità solo degli atti traslativi non pone alcuna preclusione logica all'ammissione di una forma di trascrizione provvisoria in funzione prenotativa; del resto, la rilevanza attribuita alla trascrizione della domanda giudiziale dall'art. 2652, n. 2 non ha uno specifico fondamento in principi di diritto processuale. Non si vede perché questo effetto non possa essere collegato alla trascrizione dello stesso contratto preliminare[46].

La trascrizione del contratto preliminare, non realizza una pubblicità compiuta bensì, genera un effetto prenotativo che fa retroagire gli effetti della trascrizione dell'atto definitivo al momento della trascrizione del negozio stesso; cosicché, nei rapporti con terzi, è come se l'atto fosse stato trascritto nel momento in cui si è operata la trascrizione del preliminare.

---

[44] Cfr. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* op. cit., pp. 741 e seguenti

[45] Cfr. E. Camilleri, *Dal preliminare ai preliminari, la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione* in *Contratto e impresa*,1999, fasc. 1 , pp. 143 e seguenti. Per l'autore l'art. 2645 *bis* c.c. va ricollegato al disposto dell'art. 2644 c.c. e, quindi, alla trascrizione del contratto preliminare si devono riconoscere gli effetti di opponibilità che da questa norma derivano.

Peraltro, l'autore ricorda i dibattiti portati avanti dalla dottrina sulla trascrivibilità o meno del preliminare, antecedenti alla legge n. 30 del 1997. La dottrina prevalente (Natoli, Pugliatti, Nicolò, Ferri) escludeva l'applicazione della disciplina dell'art. 2643 e seguenti c.c. al contratto preliminare in ragione della tassatività delle previsioni legislative in materia di pubblicità.

Altra dottrina (Gazzoni), al contrario, sensibile alla tutela del promissario acquirente auspicava in una prospettiva *de iure condendo* una modifica dell'art. 2643 c.c. che annoverasse tra gli atti trascrivibili anche il contratto preliminare.

Altra dottrina ancora, riteneva possibile, nel vecchio quadro normativo, assoggettare il preliminare al regime della trascrizione; vi era chi (Mengoni) si spingeva addirittura a sostenere la trascrivibilità provvisoria del preliminare come atto preparatorio di un'alienazione sulla base dell'art. 2674 *bis* c.c..

[46] In tal senso si veda: Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* op. cit., pp. 534.

Allo stesso modo[47], la trascrizione della domanda giudiziale relativa ai beni immobili, ai sensi dell'art. 2652 c.c., configura una mera prenotazione, nei rapporti con i terzi, dagli effetti dell'accoglimento della domanda stessa e, pertanto, resta del tutto inoperante se il relativo giudizio si estingue o, comunque, non si conclude con una sentenza favorevole; né può essere fatta valere in un successivo giudizio autonomo e diverso, non integrante la riassunzione di quello precedente, restando irrilevante l'omessa pronuncia dell'ordine di cancellazione della trascrizione ex art. 2668 c.c..

Solo con l'accoglimento della domanda, la relativa trascrizione potrà produrre in via definitiva i propri effetti.

Tale funzione è ribadita dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale sottolinea come l'effetto particolare della trascrizione delle domande è strettamente correlata al principio, per cui la durata del processo non può andare a scapito dell'attore. Con il dare pubblicità alla pretesa del rivendicante si mira non a risolvere un conflitto sostanziale tra più acquirenti, quanto ad impedire che il rivendicante possa essere pregiudicato nel suo diritto, se riconosciuto, nel caso in cui dopo la domanda giudiziale l'immobile rivendicato sia venduto ad altri.

Ciò in virtù del principio di giustizia che il tempo decorso per l'attuazione giudiziale del diritto non può essere a detrimento della parte vittoriosa[48].

Occorre, però, osservare che il termine "prenotazione" è comunemente usato in senso atecnico, in quanto vale a designare varie ipotesi che presentano caratteristiche differenti, accomunate tra loro da attuazione "legittimamente anticipata della pubblicità", a protezione di determinati interessi.

Nelle domande giudiziali contemplate all'art. 2652 nn. 2 e 3 c.c. , vi è la difficoltà di ricondurre il fondamento della trascrizione ai principi di diritto processuale, in quanto, resta inoppugnabile che la trascrizione di tali sentenze opera in base al dettato normativo dell'art. 2644 c.c.. Quindi, se è lecito parlare di effetto prenotativo della trascrizione del contratto preliminare, tale effetto non è riconducibile nell'alveo delle ipotesi previste all'art. 2652 c.c.; poiché la prenotazione rinvenibile dalla trascrizione del preliminare ha la funzione tipica e primaria di

[47] Cass. civ., 29 gennaio 1999, n. 794; Bechini, *La trascrizione del contratto preliminare*, op. cit., p. 243. Ivi l'autore suggerisce che in epoca anteriore alla novella del 1997, non era infrequente che si procedesse alla trascrizione di domande giudiziali fittizie (concordate tra le parti) per avere il livello tipico di garanzia della trascrizione. La tutela in *rem* si è costantemente rivelata l'unica che la pratica delle contrattazioni immobiliari accetti come pienamente soddisfacente.

[48] Cfr. Cass. civ., 18 gennaio 1952, n. 145; Cass. civ., 3 agosto 1945, n. 659.

rendere inopponibile al soggetto trascrivente le formalità pregiudizievoli del diritto prenotato, mentre, nelle ipotesi di cui sopra, vi è un atteggiamento a funzione secondaria[49].

La trascrizione delle domande giudiziali non serve a risolvere eventuali controversie tra due o più aventi causa dallo stesso autore, bensì riguarda i rapporti tra il dante causa ed un *sub* acquirente del suo avente causa. La trascrizione delle domande e delle relative pronunce giudiziali mira a completare il regime dell'efficacia soggettiva del giudicato e del trasferimento del diritto litigioso enunciato dall'art. 111 c.p.c..

A norma dell' ultimo comma di tale articolo, la trascrizione di una domanda di accertamento, determina che la possibile sentenza di accoglimento perpetui i propri effetti anche rispetto agli aventi causa del convenuto; i quali non avrebbero trascritto, nel corso del giudizio, il loro titolo precedentemente alla trascrizione stessa. Naturalmente, la trascrizione tardiva della domanda, in pendenza di lite, fa sì che sia inopponibile soltanto il giudicato; mentre il fatto ha valenza *ultra partes*[50].

E' pacifico, in dottrina ed in giurisprudenza, che l'onere della trascrizione delle domande giudiziali è previsto dalla legge esclusivamente ai fini dell'opponibilità della sentenza ai terzi che non siano parte del giudizio, per cui l'omissione di tale formalità non costituisce ostacolo alla proposizione dell'azione o alla pronuncia del giudice, né può essere eccepita, per difetto di interesse, dal convenuto[51]. Di conseguenza, la trascrizione delle domande giudiziali non dà luogo ad un requisito di procedibilità del processo. Tuttavia, la disciplina dell'art. 111 c.p.c. si applica unicamente agli acquisti a titolo derivativo e non a quelli a titolo originario in qualunque guisa realizzati (come es. l'usucapione, che ha un'efficacia *erga omnes*).

Alcune volte, la tardività della trascrizione della domanda comporta effetti negativi sul piano sostanziale, come nel caso dell'alienante che vuole adire il giudice per ottenere la risoluzione del negozio traslativo. Il suddetto alienante ha l'onere di trascrivere la domanda, pena l'inopponibilità dell'eliminazione del trasferimento a quel determinato avente causa, supportata da una sentenza di accoglimento in forza di un titolo antecedente la sentenza stessa, ma sollecitamente trascritto. Di conseguenza, il termine per la tempestiva esecuzione della

[49] Cfr. Ricci, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione,* cit., p. 311 e seguenti.
[50] Cfr. Camilleri, *Dal preliminare ai preliminari,* cit., pp. 142. Si rinvia a questo autore per la ricostruzione delle ragioni che hanno portato la dottrina ad affermare che il contratto preliminare è un atto giuridico preparatorio
[51] Cfr. Cass. civ., 18 maggio 1976, n. 1772.

trascrizione prenotata è stato qualificato di decadenza, con la conseguente inapplicabilità delle cause di sospensione e di interruzione previste in materia di prescrizione[52].

Non può, al contrario, condividersi l'opinione espressa da chi, pur favorevole alla tesi del termine di decadenza, ha negato che la perdita dell'efficacia prenotativa possa rilevarsi d'ufficio.

L'effetto prenotativo della trascrizione è limitato nel tempo: così, la domanda giudiziale deve essere cancellata, sulla scorta di ordine giudiziale, quando il giudizio si estingue o vi sia una sentenza di rigetto passata in giudicato; mentre per il contratto preliminare, il decorso dell'effetto prenotativo è più rigido[53]. La legge, infatti, prevede che l'effetto della trascrizione cessa se entro un anno dalla data pattuita per la stipulazione del definitivo, e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non venga trascritto l'atto che costituisce l'adempimento.

Superato il termine di tre anni, gli effetti della trascrizione si esauriscono e si presumono mai prodotti.

La *ratio* di questi termini ristretti è dovuta al fatto che l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare sottopone il bene ad una sorta di vincolo di indisponibilità, di conseguenza il legislatore, a tutela del promittente alienante ed a salvaguardia dei creditori di quest'ultimo, non vuole che questo vincolo sia perpetuato all'infinito.

Se il suddetto vincolo, infatti, fosse illimitato, l'effetto prenotativo sottrarrebbe il bene, facente parte del patrimonio del promittente alienante, ai propri creditori, in aperto contrasto con quanto previsto dall'art. 2740 c.c..

Allorquando, la trascrizione del contratto preliminare sia stata tempestiva, il promissario acquirente prevale su tutti gli aventi causa del promittente alienante, anche se è controverso in dottrina se egli prevalga anche rispetto ai creditori di quest'ultimo.

---

[52] In tal senso si veda: Chianale, *La trascrizione del contratto preliminare*, op. cit., p. 67; *contra* Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p.47. Quest'ultimo autore qualifica il termine di legge come modalità cronologica intrinseca all'effetto prenotativo, con la conseguente indisponibilità pattizia e rilevabilità d'ufficio.

[53] Cfr. Chianale, *Il contratto preliminare,* op. cit., pp. 65 e seguenti. L'autore analizza taluni problemi operativi derivanti dall'introduzione dei due limiti temporali: 1) occorre stabilire se l'indicazione della data di esecuzione del preliminare sia elemento essenziale per la pubblicità del contratto e 2) se i termini stabiliti sono nella disponibilità del contraente.

Per il primo quesito l'autore asserisce che risulta ammissibile sia apporre ad un contratto preliminare un termine fissato *per relationem* e sia stipulare il preliminare senza alcun termine, dato che in assenza di questo diviene rilevante il termine triennale posto dalla legge per la durata dell'effetto prenotativo.

Il secondo quesito è risolto dall'autore nel senso che la data per l'esecuzione del contratto può essere modificata dalle parti e soprattutto può essere prorogata; Cannavale, *Il contratto preliminare trascritto,* op. cit., p. 474. L'autore sottolinea come le motivazioni di questa durata limitata vadano rintracciate nella volontà del legislatore di limitare frodi o collusioni ai danni dei creditori del promittente alienante.

La prenotazione rappresenta, oltretutto, un episodio di pubblicità incompleta, anche se sempre di pubblicità si tratta, ed in forza di ciò si applicherà ad essa l'art. 2644 c.c., per cui la priorità dell'acquisto sarà determinata in base al principio di chi trascrive per primo.

La trascrizione del contratto preliminare può essere cancellata, in base all'ultimo comma dell'art. 2668 c.c., a seguito del consenso prestato dall'interessato: la cancellazione è indipendente dall'efficacia spiegata dal preliminare e può essere effettuata anche qualora il preliminare continui a produrre i suoi effetti sostanziali[54].

Quanto sancito vale anche per le domande giudiziali, le quali possono essere cancellate senza alcuna rinuncia al giudizio.

3. LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI DA COSTRUIRE ALLA LUCE DEL D. LGS. n° 122 DEL 2005

La novella, relativa alla trascrizione del preliminare, è intervenuta per colmare una lacuna di tutela in un settore delicato, quale la contrattazione immobiliare, ma non ha fornito una risposta definitiva.

Esigenze particolarmente pressanti si ponevano rispetto alla situazione dei promissari acquirenti di appartamenti facenti parte di stabili in corso di costruzione: fenomeno frequente proprio nell'edilizia destinata a soddisfare esigenze abitative e quindi di particolare emergenza sociale.

Qualora fosse intervenuto il fallimento del costruttore, non solo i contratti preliminari stipulati risultavano inopponibili al fallimento, non avendo effetti reali ma solo obbligatori, ma anche gli anticipi versati dai promissari acquirenti davano origine a meri crediti chirografari.

[54] Cfr. Bechini, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 265. L'autore sottolinea come la rimozione della trascrizione è attuata per recuperare la piena disponibilità del bene. L'art. 2668, ultimo comma, c.c. da un lato prevede che la cancellazione sia ordinata con sentenza passata in giudicato e dall'altro stabilisce che sia possibile procedere alla cancellazione a fronte del semplice consenso delle parti; Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* cit., p. 544; Nivarra, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., p. 1378. L'autore ritiene che la trascrizione del contratto preliminare è soggetta a due vicende estintive: una di portata generale, cioè la cancellazione *ex* art. 2668, 4° comma, c.c.; l'altra, invece, sua peculiare, ovvero la perdita di efficacia per decorrenza del termine *ex* art. 2645 *bis,* 3° comma; Luminoso – Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare,* op. cit., pp. 51 e seguenti. L'autore sottolinea il fatto che la cancellazione è strettamente legata al carattere provvisorio e temporaneo dell'efficacia della trascrizione del contratto preliminare. L'ultimo comma dell'art. 2668 c.c. enuncia che la cancellazione di questa trascrizione sia debitamente consentita dalle parti interessate ovvero ordinata giudizialmente con sentenza passato in giudicato.

Tale norma è dettata a tutela del promittente venditore che ha interesse a far risultare dai registri immobiliari la caducazione del vincolo, per recuperare la disponibilità dell'immobile.

Un primo intervento di tutela è stato attuato dal nuovo art. 2645 *bis* c.c.: la trascrizione del preliminare è stata ammessa pure per "gli edifici da costruire o in corso di costruzione" (comma 4), ma a condizione che fossero indicati "la superficie utile della porzione di edificio e la quota di diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi".

Alla trascrizione di tale tipologia di contratto preliminare consegue un altro effetto: i crediti del promissario acquirente relativi alla restituzione del prezzo pagato anticipatamente "hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare", purché la risoluzione del preliminare sia ottenuta o domandata giudizialmente prima del triennio di efficacia della trascrizione del preliminare fissato dal comma 3 dell'art. 2645 *bis* c.c.

La suddetta tutela è stata di recente ampliata con un intervento organico ed incisivo costituito dal d.lgs. 122/2005.

Il 20 giugno 2005 è stato, infatti, approvato, in attuazione della delega conferita al Governo con legge 2 agosto 2004 n° 210, il decreto legislativo n° 122**,** recante disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire[55].

Con questo provvedimento si è colmato un vuoto legislativo nel nostro paese, l'unico in Europa a non avere una legislazione in materia.

Scopo del decreto è essenzialmente quello di impedire, come accaduto in passato, che l'acquirente di un immobile in corso di costruzione non riesca ad ottenere la restituzione di quanto già versato al costruttore, nel caso in cui, a seguito di una situazione di crisi, quest'ultimo non sia più in grado di realizzare o completare l'immobile promesso in vendita.

Interessati sono tutti i contratti, conclusi da un imprenditore o da una cooperativa edilizia (nella veste di alienante) con una persona fisica (nella veste di acquirente), che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire.

L'art. 6 del decreto, che diversamente da quanto potrebbe indurre a ritenere la rubrica nella quale impropriamente si parla di "contratto preliminare", si applica a tutti i contratti suscettibili di essere ricompresi nell'ambito di operatività della nuova normativa - disciplina il contenuto

[55] Per un approfondimento si rinvia a: P. Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire,* Padova, 2007; Aa. Vv., *L'acquisto di immobile da costruire,* collana a cura di G. De Nova, Milano, 2005; C. Leo, *Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire,* in *Contratti,* 8/9 – 2005, p. 745; A. Zaccaria, *La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire: lineamenti e principali problematic*he, in *Studium iuris*, 2006, p. 935.

"necessario" del contratto, individuando analiticamente gli elementi che debbono essere inseriti nel documento. Scopo di tale articolo, come si vedrà meglio in seguito, è quello di assicurare che nel contratto vengano definiti gli aspetti di maggiore importanza del regolamento negoziale e vengano, inoltre, fornite le informazioni[56] e le indicazioni che sono necessarie all'acquirente per poter avere un quadro completo dell'operazione che si appresta a porre in essere.

A fronte di tanto dettaglio voluto dal legislatore esiste, però, un'incongruenza di fondo: circa le conseguenze ricollegabili all'omissione di detti dati, nulla dice il decreto legislativo, eccezion fatta per il caso specifico della mancata indicazione degli estremi della fideiussione.

Purtroppo, la tecnica legislativa utilizzata non esprime chiaramente l'imperatività della norma e non prevede testualmente la sanzione conseguente all'inosservanza del precetto e quindi, per comprendere se la disposizione in esame abbia carattere imperativo, occorrerà tenere in considerazione gli scopi del legislatore e le finalità della norma.

L'obiettivo di tutela degli acquirenti è perseguito non soltanto attraverso regole di completezza e trasparenza dei contenuti di detti contratti, ma anche introducendo una serie di misure atte a scongiurare gli inevitabili rischi connessi ad un'operazione economica di questo tipo, sia nella fase antecedente al trasferimento della proprietà dell'edificio da costruire, sia nella fase successiva. Sotto quest'ultimo punto di vista, il fulcro dell'intero sistema verte principalmente su due strumenti: la fideiussione relativa alle somme versate dall'acquirente al costruttore prima dell'ultimazione dei lavori di edificazione e del trasferimento della proprietà su quanto realizzato; la polizza assicurativa per il risarcimento dei danni ricollegabili a vizi eventualmente presenti nel fabbricato.

L'art. 2 del d.lgs. n° 122 prevede, infatti, che il costruttore, che intenda procedere alla stipula di un contratto diretto al successivo trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento su immobili da costruire, è obbligato a procurare il rilascio e consegnare, a pena di nullità, all'acquirente una fideiussione.

In tal caso siamo in presenza di una regola, non di responsabilità bensì, di validità.

[56] Per un approfondimento sul tema dei doveri di informazione si rinvia a: R. Alessi, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale,* in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo,* a cura di S. Mazzamuto, Torino 2002; nonché R. ALESSI, *I doveri di informazione,* in *Manuale di diritto privato europeo,* a cura di C. Castronovo – S. Mazzamuto, vol.II, Milano, 2007 , pp. 391 e seguenti.

In altri termini, nonostante la dizione letterale "è obbligato" nel caso in cui il costruttore non presti la fideiussione la conseguenza immediata e diretta sarà, non l'inadempimento e il consequenziale risarcimento del danno ma, la nullità del contratto.

Si tratta di una nullità che, come precisa l'art. 2, può essere invocata solo dall'acquirente, e che non potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice.

L'art. 4 contempla un ulteriore obbligo allo scopo, stavolta, di (tentare di) rafforzare la posizione giuridica dell'acquirente nella fase successiva al trasferimento della proprietà dell'immobile.

In particolare, la norma prevede a carico del costruttore l'obbligo di contrarre e consegnare all'acquirente "una polizza assicurativa ed indennitaria decennale", funzionale a garantire il risarcimento dei danni derivanti da vizi dell'immobile che si siano manifestati successivamente alla vendita o all'assegnazione.

Le garanzie civilistiche relative all'appalto vengono, nei limiti dell'art. 1669 c.c. (espressamente richiamato), estese ai contratti oggetto del decreto, e ciò indipendentemente dal mancato collegamento alla tipologia contrattuale dell'appalto stesso.

Il legislatore, con l'inserimento di detta norma, ha trasferito il rischio (di perimento del bene) su un soggetto (la compagnia di assicurazione) che garantisca una maggiore tutela della "parte debole" laddove si verificassero le situazioni di cui all'art. 1669 c.c..

Il termine "indennitaria" significa che l'acquirente è garantito dal verificarsi di un sinistro, indipendentemente dall'accertamento di una responsabilità del costruttore.

L'art. 4, ancora una volta, non prevede sanzioni in caso di mancata conclusione o consegna della polizza; ne deriva che la mancata prestazione della stessa non inficia la validità del contratto. Conseguentemente l'inadempimento a quest'obbligo, non essendo la polizza nemmeno prevista nell'ambito del contenuto del contratto, comporterà solo una responsabilità contrattuale del costruttore.

Dal breve quadro presentato emerge con chiarezza come il nuovo testo normativo genera non solo questioni interpretative di non poco momento, legate al coordinamento tra le disposizioni che lo compongono, ma soprattutto ponga l'interprete di fronte all'esigenza di una ricostruzione in chiave sistematica, idonea a colmare le lacune più vistose: che sono in parte di tutela.

Peraltro, da tali considerazioni emerge, con tutta evidenza come il d. lgs. 122 del 2005 si caratterizzi per la c.d. "sciatteria redazionale", la quale stimola gli studiosi del diritto a trovare soluzioni interpretative, e quindi applicative, che di fatto realizzino l'obiettivo di tutela che il nuovo provvedimento si pone solo in linea assolutamente teorica.

3.1 IL CONTENUTO DEL CONTRATTO DI ACQUISTO DI IMMOBILI DA COSTRUIRE: L'ART. 6 DEL D. LGS. 122 DEL 2005.

L'art. 6 del decreto 122 stabilisce - come già in precedenza anticipato - il contenuto tipico del contratto preliminare e di ogni altro contratto avente ad oggetto immobili da costruire, al fine della chiara e puntuale determinazione sia dell'oggetto (l'immobile da costruire nelle sue caratteristiche fisiche e nel suo *status* giuridico), sia degli obblighi inerenti alle opere di costruzione, a maggior tutela dell'acquirente, considerato parte "debole" del rapporto.

La previsione di un contenuto tipico del contratto di immobili da costruire si è resa necessaria dato che, nella prassi commerciale, sempre più spesso, le imprese costruttrici erano solite non specificare gli obblighi costruttivi, oltre che non indicare l'esistenza di eventuali vincoli e/o formalità pregiudizievoli gravanti sull'immobile, con notevoli rischi per l'acquirente non informato o non correttamente informato[57].

In altri termini, in tali specifiche ipotesi il legislatore limita la libertà delle parti nello stabilire autonomamente il contenuto del contratto, in ragione, per l'appunto, della necessità di garantire un'adeguata tutela all'acquirente, il quale si trova in una posizione di debolezza rispetto all'imprenditore - costruttore.

In particolare, la norma prevede che il contratto preliminare ed ogni altro contratto diretto al successivo acquisto, in capo ad una persona fisica[58], della proprietà o di un diritto reale minore su un immobile da costruire debbano contenere un insieme di elementi descrittivi elencati in maniera dettagliata, al solo scopo di "rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente di acquisirne una completa rappresentazione, così da porsi al riparo da

[57] Per approfondire il tema dell'informazione si veda: Alessi, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale,* cit.; Alessi, *I doveri di informazione*, cit, pp. 391 e seguenti.

[58] Cfr. Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire,* cit.. L'autore sottolinea come il richiamo alla nozione esclusiva di persona fisica comporta, in sede di applicazione del decurto 122, un'ingiustificata disparità di trattamento allorché acquirenti siano piccole società di persone, associazioni e onlus, soggetti per i quali sussisterebbero invero analoghe esigenze di tutela.

possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale"[59].

E' d'uopo osservare come non siano dettate particolari prescrizioni di forma del contratto preliminare, che seguirà dunque le regole generali di cui agli artt. 1350 e 1351 c.c.[60].

Notevole rilievo assume l'obbligo della menzione nel contratto preliminare (o chiaramente altro contratto di acquisto di immobile da costruire) degli estremi della fideiussione[61] prevista dall' articolo 2 del decreto 122/2005 a garanzia dell'eventuale rimborso delle somme versate al costruttore, anche in considerazione della diffusa prassi delle imprese costruttrici di non registrare i contratti preliminari di compravendita, fatto che li rende privi di data certa[62].

Più in generale, l'art. 6 prevede il necessario inserimento nel contratto di una serie di prescrizioni ed indicazioni che rendano il più possibile determinato l'oggetto[63].

Tali prescrizioni sono state considerate – dalla più attenta dottrina[64] –vere e proprie manifestazioni normative di quei "limiti imposti dalla legge" all'autonomia contrattuale, che il codice civile aveva già introdotto nell'articolo 1322, modificando in modo sensibile la precedente disciplina generale dei contratti, e che la Costituzione del 1948 ha accentuato nelle implicazioni di uguaglianza sostanziale dei soggetti, di utilità sociale dell'iniziativa economica

[59] Così stabilisce la Relazione governativa al decreto legislativo n. 122/2005.

[60] Sarà dunque richiesta la c.d. forma *per relationem*, come chiaramente prescritto dall'articolo 1351 c.c. (" Il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo")

[61] Al fine di assicurare l'anteriorità o contestualità della consegna della fideiussione

[62] Taluna dottrina ha osservato correttamente come il problema evidenziato si sarebbe potuto risolvere alla radice con la previsione dell'obbligo dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata dal notaio a pena di nullità. In tal senso si veda Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire,* op. cit. p. 44.

[63] Nel dettaglio l'art. 6 prevede che il contratto deve indicare:

a) le indicazioni previste agli artt. 2659, comma 1, e 2826 c.c.;

b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;

c) gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti;

d) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti;

e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;

f) l'indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro […];

g)gli estremi della fideiussione;

h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione del relativo ammontare […];

i) gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato […];

l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di eventuali imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.

Inoltre, vi si prevede l'allegazione del:

a) capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, […];

b) gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, […].

[64] Cfr. Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire,* op. cit. p. 47.

privata e di funzione sociale della proprietà, tanto da far parlare in dottrina di una sopravvenuta e necessaria "costituzionalizzazione del diritto privato"[65].

Su un piano strutturale, si può affermare – senza forzatura alcuna – che il rapporto che si viene a stabilire tra il contenuto imposto del decreto 122/2005 ed i requisiti essenziali del contratto va considerato alla stregua di una deroga all'art. 1346 c.c., con riguardo alla "determinabilità" dell'oggetto[66].

Difatti, non può non osservarsi come il grado di dettaglio delle descrizioni ed indicazioni, imposto dall'art. 6 del decreto, finisce per restringere notevolmente (per non dire che azzera del tutto) lo spazio altrimenti concesso, per regola generale, alla determinabilità successiva dell'oggetto del contratto.

É, anche, da escludere la determinazione dell'oggetto deferita da un terzo (il c.d. arbitratore di cui all'art. 1349 c.c.) in quanto incompatibile con la dettagliata indicazione e descrizione delle prestazioni e dell'oggetto che il contratto deve necessariamente contenere.

Del resto, non può farsi a meno di sottolineare come la locuzione dell'art. 6 "devono contenere" non lasci margine di dubbio alcuno circa la essenzialità degli elementi ivi indicati, che finiscono per connotare il nuovo tipo legale dell' "acquisto degli immobili da costruire", tale che la mancata menzione di uno di essi impedisce il concretarsi dello schema contrattuale ed il prodursi degli effetti.

Chiaro risulta come simile scelta legislativa, e dunque la conseguente obbligatorietà di una serie di prescrizioni, risponda alla *ratio* di tutela del contraente debole; *ratio* che impone di fornire all'acquirente, specie nella fase di formazione del contratto, tutte le informazioni necessarie per la determinazione completa del quadro dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto.

Non può tacersi come l'emanazione del decreto 122 del 20005 si inserisca, a pieno titolo, in quel filone di interventi tesi alla tutela del soggetto-debole del rapporto contrattuale; tutela che, per l'appunto, si realizza attraverso il dovere, posto a carico del costruttore - alienante, di assolvere in modo completo ed esaustivo al dovere di informazione.

[65] In tal senso: P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, pp. 189 e seguenti.
[66] Qui chiaramente da intendersi sia nella più ampia accezione di prestazioni dedotte in contratto, sia in quella più ristretta di bene oggetto del contratto.

Per quegli elementi previsti dalle parti che siano ulteriori rispetto al contenuto essenziale del contratto rimane, invece, uno spazio di autonomia privata.

3.2 (segue): LE CONSEGUENZE DELLA MANCANZA DEI CONTENUTI OBBLIGATORI.

Un problema fondamentale che pone il decreto 122 concerne la mancata previsione delle sanzioni per la violazione delle prescrizioni di contenuto, di cui all'art. 6, nella redazione del contratto: nel decreto, infatti, si parla di nullità (a legittimazione relativa) soltanto a proposito della mancata "consegna" della fideiussione prevista dall'art. 2, mentre nulla è detto sulle conseguenze giuridiche della violazione del disposto dell'art. 6.

Si tratta, invero, di una questione di non poco momento poiché, se l'obiettivo è quello di garantire una tutela adeguata all'acquirente nei confronti dell'impresa costruttrice – venditrice, è chiaro che questo proposito potrebbe essere vanificato, almeno in parte, dal mancato attivarsi di idonee sanzioni, in presenza di un contratto il cui contenuto sia difforme da quello previsto dalla legge.

Dunque, con riferimento alle prescrizioni di contenuto del contratto il legislatore non ha previsto alcuna sanzione specifica per la loro violazione, lasciando all'interprete il compito di individuare le possibili sanzioni.

Alla stregua dei principi generali che presiedono i contratti, appare evidente che si avrà nullità assoluta, a norma dell'art. 1418, comma 2, c.c., tutte le volte in cui dagli elementi contenuti nel contratto non sia possibile individuarne l'oggetto.

Problema più complesso è quello della individuazione della sanzione nell'ipotesi in cui difettino le altre menzioni previste dall'art. 6, ed in particolare se si configuri o meno la nullità del contratto anche in tale specifico caso.

Come noto, la nullità costituisce il rimedio contrattuale generalmente predisposto dall'ordinamento per le ipotesi di contrarietà del contratto a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.). Il configurarsi della nullità dipende pertanto dalla imperatività o meno delle prescrizioni contenute nell'art. 6 del decreto.

Come sottolineato da attenta dottrina[67] le prescrizioni di cui all'art. 6 sono certamente norme imperative, in quanto impongono alle parti, che intendono realizzare un trasferimento di immobile da costruire, di adottare uno schema negoziale il cui contenuto essenziale corrisponda a quello previsto dalla legge, ciò al solo fine di impedire comportamenti scorretti da parte del contraente forte, sia al momento della formazione del contratto, sia al momento della sua esecuzione.

Si tratta, inoltre, di norme inderogabili, ossia vincolanti per le parti; nel senso che la volontà di queste ultime non può legittimamente disapplicarle o sostituirle.

Sono, anche, norme che, seppur in via mediata, tutelano un interesse generale, in quanto la protezione dell'acquirente è funzionale sia all'utilità sociale ed alla sicurezza, sia all'efficienza del mercato, attraverso l'adozione di un sistema di regole trasparenti e valide per tutti gli operatori dello stesso settore.

In ragione di tali osservazioni, non può non condividersi l'opinione di quanti affermano il carattere imperativo delle prescrizioni di cui all'art. 6 e sostengono l'applicabilità dell'art. 1418, comma 1, c.c., ossia la configurabilità di una nullità c.d. virtuale per contrasto con norme imperative.

Per completezza, tuttavia, è doveroso sottolineare come vi siano taluni autori[68] che propongono di attenuare gli effetti della sanzione di nullità, a loro parere sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti dalla legge, attraverso un tentativo di applicazione analogica della c.d. "nullità relativa", prevista dalle leggi di derivazione comunitaria a protezione del consumatore.

A sostegno di tale tesi viene invocata la circostanza per cui la disciplina sulla nullità di protezione (o relativa), posta a tutela del consumatore, in ragione della sua crescente diffusione, non sarebbe più da considerarsi a carattere eccezionale, rispetto alla nullità codicistica, bensì espressione di un principio generale e quindi di applicazione analogica.

Simile ricostruzione non pare, tuttavia, condivisibile in ragione del fatto che vero è che si tratta, anche nel caso di specie, di tutelare il contraente debole, ma la problematica in materia di compravendita di immobili da costruire è più complessa, coinvolgendo profili di ordine pubblico. A conferma di ciò può essere richiamata la mancata incorporazione della disciplina (che peraltro non è di derivazione comunitaria) del decreto 122/2005 nel codice del consumo.

[67] Cfr. Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire,* op. cit. pp. 50 e seguenti.
[68] In particolare si veda: G. Petrelli, *La circolazione del contratto preliminare di vendita del costruttore,* atti del convegno di Stresa, 27 settembre 2008.

Riassumendo, è possibile affermare che almeno *prima facie* le conseguenze possibili, in termini di sanzioni sono di due tipi: nell'ipotesi in cui manchino in contratto le indicazioni necessarie ai fini dell'individuazione dell'oggetto si avrà nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c.; negli altri casi, invece, si avrà nullità ai sensi del comma 1 dello stesso articolo 1418 c.c., per violazione di norme imperative.

3.3 (segue): LA TESI DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE E CONTRATTUALE.

Una volta dichiarata la nullità del preliminare o altro contratto di acquisto di immobili da costruire, si pone il problema di come risarcire il danno subito dall'acquirente per avere confidato nella validità del contratto.

Sul punto la dottrina è divisa tra chi, a fronte della violazione dell'obbligo del costruttore di fornire le informazioni corrispondenti ai contenuti minimi indicati nell'art. 6, ritiene si configuri una responsabilità precontrattuale e chi, invece, opta per la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale.

In particolare, la tesi della responsabilità precontrattuale presuppone che sussista, in capo al promittente venditore, un vero e proprio obbligo di informazione nei confronti della parte acquirente e conseguentemente di conformazione del contenuto del contratto alle disposizioni di cui all'art. 6.

Di tutta evidenza risulta come la tecnica legislativa, utilizzata dal legislatore per la redazione del decreto in commento, sia molto diversa da quella utilizzata per disciplinare ad esempio la multiproprietà ove, al fine di consentire al consumatore di ponderare il contenuto del contratto, il venditore deve consegnare, in una fase che precede la stipulazione del contratto, il "documento informativo".

Si tratterebbe, in questo caso, di un generalizzato dovere di informazione, inteso quale "dovere di comunicare alla controparte gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto"[69], la cui conoscenza consente al promissario acquirente di valutare, in maniera consapevole e completa, l'opportunità o meno di addivenire alla conclusione del contratto.

[69] Cfr. Aa. Vv., *L'acquisto di immobili da costruire,* cit., p. 50

La violazione di un dovere di tal fatta rientrerebbe nella previsione dell'art. 1337 c.c., considerata come una clausola generale in grado di "moralizzare" la fase delle trattative.

Invero, vi è chi[70], pur sposando la tesi della sussistenza, nell'ipotesi *de qua,* della responsabilità precontrattuale, ritiene che la norma di immediato riferimento debba essere l'art. 1338 c.c., secondo cui "la parte, che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

In altri termini, quest'ultima dottrina ipotizza una possibile configurazione di una responsabilità precontrattuale del costruttore –venditore, il quale, conoscendo l'esistenza di una causa di invalidità, non l'abbia comunicata, al momento della stipulazione del contratto preliminare, all'acquirente, il quale a sua volta abbia fatto affidamento sulla professionalità e correttezza dell'imprenditore o sulle dichiarazioni di questo circa la regolarità del contratto.

Dalla dichiarazione di nullità, dunque, discenderà - a titolo di restituzione di indebito – la restituzione degli anticipi corrisposti dall'acquirente al costruttore – venditore; dalla responsabilità *ex* articolo 1338 c.c. deriverà il risarcimento integrale dei danni patiti dall'acquirente a causa dell'invalidità dell'atto.

La responsabilità precontrattuale, per mancata informazione circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, è altresì strumento che rafforza, operando come deterrente nei confronti dell'imprenditore, la sanzione della nullità relativa prevista per il caso di mancata consegna all'acquirente della fideiussione di cui all'articolo 2 del decreto 122/2005.

Vi è, infine, chi[71] sostiene che, quand'anche dovesse ammettersi l'esistenza di un obbligo di informazione, sarebbe difficile la praticabilità di un'azione di danni, tanto nei casi in cui il contratto risulti valido e di difficile prova, quanto nei casi in cui il contratto sia invalido.

In ragione di ciò, tale dottrina ritiene più corretto ipotizzare, nella fattispecie di omessa menzione di circostanze e fatti richiesti dalla legge, la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale.

[70] Cfr. Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire*, op. cit. pp. 68 e seguenti.

[71] Cfr. Aa. Vv., *L'acquisto di immobili da costruire,* op. cit., p. 51.