

IL C.D. *RENT TO BUY* ACQUISTA CITTADINANZA NEL NOSTRO ORDINAMENTO.
LA NUOVA FIGURA DEI CONTRATTI DI GODIMENTO IN FUNZIONE DELLA SUCCESSIVA
ALIENAZIONE DI IMMOBILI

di ALESSANDRO TORRONI

Sommario: 1. Premessa. - 2. La nuova figura contrattuale: contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. - 3. L'imputazione di parte dei canoni a corrispettivo del futuro trasferimento. - 3.1. Il trattamento tributario. - 4. La fase del godimento dell'immobile da parte del conduttore. - 4.1. La garanzia per vizi occulti. - 5. La trascrizione del contratto. - 5.1. Il rinvio all'art. 2825-*bis* c.c. - 6. La sentenza sostitutiva del mancato consenso del venditore. - 6.1. Menzioni edilizie e sentenza traslativa. - 7. Il privilegio speciale immobiliare. - 8. Il divieto di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005. - 8.1. Formalità pregiudizievoli ed esecuzione in forma specifica. - 9. La risoluzione del contratto. - 9.1. L'atto pubblico come titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile. - 9.2. Il mancato pagamento di un numero di canoni inferiori a un ventesimo. - 10. Il fallimento del concedente. - 11. La sostituzione del conduttore/acquirente dell'immobile nel corso del rapporto. - 11.1. Il contratto per sé o per persona da nominare. - 11.2. La cessione del contratto. - 11.3. Il contratto a favore di terzi.

1. Premessa.

L'art. 23 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 ha disciplinato *i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*. La nuova disciplina normativa è stata sollecitata dalla prassi delle contrattazioni che ha ricercato nuovi strumenti contrattuali in grado di favorire l'alienazione degli immobili a fronte della difficoltà per i potenziali acquirenti di accedere al credito bancario, soprattutto per un importo vicino al cento per cento del valore dell'immobile. Si tratta di conciliare esigenze apparentemente contrapposte: da una parte, l'esigenza del venditore di concludere l'affare, assistito dalle più opportune garanzie, con potenziali acquirenti non in grado di far fronte al pagamento integrale del prezzo e, dall'altra, l'esigenza degli acquirenti di ottenere la disponibilità immediata dell'immobile abitativo e di pagare ratealmente parte del prezzo, in maniera da abbattere l'importo della somma da richiedere a mutuo ad un istituto bancario.

L'esigenza delle parti è soddisfatta da *un contratto che conceda immediatamente il godimento dell'immobile al potenziale acquirente che si obbliga al pagamento di un canone periodico da imputarsi, in parte, a corrispettivo del godimento e, in parte, a corrispettivo del futuro acquisto dell'immobile*. L'acquisto dell'immobile dipende dall'esercizio di un diritto potestativo del conduttore, assimilabile al patto di opzione. A ben vedere, si tratta più precisamente di *un'opzione di contratto preliminare* perché, esercitato il diritto di acquistare l'immobile da parte del conduttore, sorge l'obbligo per le parti di concludere il contratto traslativo della proprietà, con facoltà di agire per l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Il contratto di opzione è definito dall'art. 1331 c.c. in base al quale «*Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329.*

Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice».

La prassi, prima dell'approvazione della disciplina in esame, ha adattato alcuni strumenti contrattuali tradizionali per soddisfare le descritte esigenze come, ad esempio, il contratto preliminare di compravendita trascritto ex art. 2645-*bis* c.c. con immissione anticipata del promissario acquirente nel godimento dell'immobile oppure la vendita diretta dell'immobile con

patto di riservato dominio ex artt. 1523 e ss. c.c. Entrambe le soluzioni presentano degli inconvenienti.

Il preliminare trascritto, con immissione anticipata del promissario acquirente nel godimento dell'immobile, utilizzato dalla prassi per la garanzia che dà al promissario acquirente contro il rischio della trascrizione di successive formalità pregiudizievoli sull'immobile dopo la trascrizione del contratto preliminare, non consente alle parti di distinguere quale parte dei canoni è imputata a godimento dell'immobile e quale parte a corrispettivo del trasferimento. Inoltre, il termine di efficacia della trascrizione di tre anni è relativamente breve per un'operazione immobiliare che può richiedere tempi più lunghi, essendo legata all'ottenimento del finanziamento bancario che verrà concesso una volta ridotto l'importo del saldo prezzo entro il limite di finanziabilità stabilito dalla banca che, per il credito fondiario, è pari all'80 per cento del valore dell'immobile.

La vendita con patto di riservato dominio, pur non comportando il trasferimento immediato della proprietà, essendo lo stesso differito al pagamento dell'ultima rata di prezzo (art. 1523 c.c.), costringe al pagamento integrale ed immediato dell'imposta di registro e delle altre imposte indirette, non essendo opponibile al fisco la condizione potestativa apposta dalle parti al trasferimento della proprietà¹.

2. La nuova figura contrattuale: contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili.

Il legislatore ha individuato una nuova figura contrattuale, dotata di una sua compiuta disciplina, che si caratterizza per riconoscere un diritto personale di godimento temporaneo su un immobile e, contestualmente, un diritto, assimilabile all'opzione, di acquistare l'immobile entro una data scadenza ad un prezzo prestabilito.

Tale nuova figura contrattuale può essere inquadrata tra i c.d. *contratti misti*, che presentano elementi di disciplina di due diversi contratti, fusi in un unico schema contrattuale: il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione presenta sia elementi del contratto di locazione, anche se parte della disciplina del godimento è modellata sull'usufrutto², sia elementi del contratto di opzione, quale contratto preparatorio rispetto alla stipula del successivo contratto di compravendita dell'immobile. Il contratto misto si caratterizza per la sua funzione che è diversa da quella dei tipi contrattuali che lo compongono in quanto è una funzione

¹ Dispone l'art. 27, commi 1, 2, 3 e 4 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 «1. *Gli atti sottoposti a condizione sospensiva sono registrati con il pagamento dell'imposta in misura fissa.*

2. *Quando la condizione si verifica, o l'atto produce i suoi effetti prima dell'avverarsi di essa, si riscuote la differenza tra l'imposta dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto e quella pagata in sede di registrazione.*

3. *Non sono considerati sottoposti a condizione sospensiva le vendite con riserva di proprietà e gli atti sottoposti a condizione che ne fanno dipendere gli effetti dalla mera volontà dell'acquirente o del creditore.*

4. *Gli atti sottoposti a condizione sospensiva che ne fa dipendere gli effetti dalla mera volontà del venditore o dell'obbligato sono soggetti all'imposta in misura fissa».*

² Ai sensi dell'art. 23, comma 3 del decreto 133/2014 si applica la disciplina dell'usufrutto per quanto riguarda l'obbligo del conduttore di redigere l'inventario e prestare garanzia (artt. 1002 e 1003 c.c.); le spese e gli oneri di custodia, amministrazione e manutenzione a carico del conduttore (art. 1004 c.c.); le riparazioni straordinarie a carico del concedente (artt. 1005 e 1006 c.c.); il caso della rovina dell'edificio (art. 1007); le usurpazioni e il riconoscimento di servitù (art. 1012 c.c.); le spese per le liti (art. 1013).

unitaria e composita, distinta, dunque, dalle singole cause di tali tipi³. Per colmare eventuali difetti di disciplina di applicheranno per analogia le norme delle due fattispecie contrattuali su cui è stata modellata la nuova figura contrattuale.

Il concedente è vincolato fin da subito alla proposta irrevocabile di vendita dell'immobile, alle condizioni stabilite nel contratto, per tutta la durata dello stesso, mentre il conduttore è titolare del diritto potestativo di acquisto dal cui esercizio sorgerà la sua obbligazione di acquistare l'immobile.

Si tratta di una figura contrattuale completamente nuova nel nostro ordinamento giuridico.

È diversa dal contratto di locazione, in quanto la concessione del godimento dell'immobile è solamente un frammento della disciplina del nuovo contratto che si caratterizza per la sua funzione di contratto preparatorio del futuro, eventuale trasferimento dell'immobile.

È diversa dal contratto di *leasing*, che, pur avendo una funzione simile quanto alla finalità di consentire il futuro, eventuale trasferimento dell'immobile, rientra nei contratti *lato sensu* di finanziamento ed è concluso, dal lato attivo, da società autorizzate all'esercizio del credito.

È diversa anche dal contratto di locazione con patto di trasferimento della proprietà al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti, la cui unica disciplina normativa, contenuta nell'art. 1526, ultimo comma, c.c., consiste nell'estendere ad esso parte della disciplina della vendita con patto di riservato dominio.

Gli aspetti salienti della nuova disciplina normativa dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili sono principalmente due: i) l'aver consentito per legge di imputare parte dei canoni pagati dal conduttore a corrispettivo del futuro trasferimento dell'immobile, con la precisazione che vanno restituiti al conduttore in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare l'immobile; ii) l'aver apprestato una tutela forte al conduttore interessato all'acquisto dell'immobile che opera sia nella fase fisiologica di svolgimento del rapporto sia per il caso di inadempimento del concedente oppure di fallimento dello stesso.

3. L'imputazione di parte dei canoni a corrispettivo del futuro trasferimento.

Quanto al primo aspetto, l'art. 23, comma 1-*bis* del decreto 133/2014, inserito dalla legge di conversione n. 164/2014, stabilisce espressamente che «*Le parti definiscono in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito*».

Riterrei, quindi, che la distinzione del canone in quota-parte per il godimento e quota-parte per il trasferimento dell'immobile sia un elemento essenziale di questa nuova figura contrattuale. La mancata distinzione non consente di attrarre il contratto nell'alveo della nuova disciplina dell'art. 23 del decreto legge n. 133/2014⁴.

A mio avviso, l'autonomia contrattuale delle parti si esplica limitatamente alla *determinazione di quale quota dei canoni sia imputata al corrispettivo dell'immobile* e non nella possibilità di derogare alla restituzione della stessa al conduttore in caso di mancato esercizio del

³ M.C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 23.

⁴ Nello stesso senso M. Maltoni, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 d.l. 12 settembre 2014, n. 133)*, in *Riv. not.*, 2014, 1070.

diritto di acquistare la proprietà dell'immobile. *Stabilita la quota di canoni imputata al corrispettivo del trasferimento, quei canoni vanno restituiti al conduttore in caso di mancato esercizio dell'opzione di acquisto.* Questa interpretazione è confermata dal comma 5, secondo periodo dell'art. 23 che prevede un diverso accordo delle parti rispetto alla regola di *default* dell'acquisizione integrale dei canoni, a titolo di penale, da parte del concedente, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore. Analogo rinvio all'autonomia privata non è previsto nel comma 1-*bis* per il mancato esercizio del diritto di acquistare l'immobile.

3.1. Il trattamento tributario.

Il decreto non tratta della disciplina tributaria del nuovo contratto.

Sulle modalità di tassazione del contratto si è pronunciata l'Agenzia delle entrate con la Circolare n. 4/E del 19 febbraio 2015 la quale ha precisato quanto segue: i) per quanto attiene al godimento dell'immobile, detto godimento va assimilato, ai fini fiscali, alla locazione dell'immobile e, pertanto, per la quota di canone imputata al godimento dell'immobile, trovano applicazione le disposizioni previste, ai fini delle imposte dirette ed indirette, per i contratti di locazione; ii) per quanto concerne la parte di canoni imputata al corrispettivo del trasferimento, tale quota di canone va assimilata, ai fini fiscali, agli acconti prezzo della successiva vendita dell'immobile; iii) in caso di esercizio del diritto di acquisto dell'immobile, trova applicazione la normativa prevista, ai fini delle imposte dirette ed indirette, per i trasferimenti immobiliari.

Secondo la citata circolare, per quanto concerne la quota di canoni riferita al godimento dell'immobile, deve essere applicata l'imposta di registro al 2% sia per gli immobili abitativi sia per gli immobili strumentali fuori campo I.V.A. L'imposta può essere assolta annualmente sull'ammontare del canone relativo a ciascun anno, ai sensi dell'art. 17 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (Testo unico imposta di registro, di seguito TUR). Per quanto concerne la quota di canoni da imputare a corrispettivo di vendita, deve essere applicata l'imposta di registro nella misura del 3%, ai sensi dell'art. 9 della tariffa, parte prima del TUR, sull'importo degli acconti pattuiti⁵. All'atto della registrazione del contratto di trasferimento dell'immobile, l'imposta di registro corrisposta sugli acconti prezzo deve essere scomputata dall'imposta di registro dovuta per il contratto di trasferimento, al fine di evitare una doppia tassazione (Circolare n. 4/E del 2015, par. 4.2.2.)⁶. Qualora l'imposta di registro corrisposta all'atto della registrazione del contratto di godimento, risulti superiore a quella dovuta per il contratto definitivo, spetta il rimborso della maggiore imposta proporzionale versata, secondo le regole previste dall'art. 77 del TUR (circolare n. 18/E del 29 maggio 2013).

⁵ Ai sensi della nota all'art. 10 della tariffa, parte I, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, se il contratto preliminare prevede la dazione di somme a titolo di caparra confirmatoria si applica l'imposta di registro propria della quietanza con l'aliquota dello 0,5%; se prevede il pagamento di acconti di prezzo, non soggetti ad I.V.A., si applica l'imposta di registro con l'aliquota al 3%. In entrambi i casi l'imposta pagata è imputata all'imposta principale dovuta per la registrazione del contratto definitivo.

⁶ In maniera incomprensibile, la circolare afferma che sarebbe possibile scomputare anche l'imposta di registro corrisposta in relazione alla caparra confirmatoria (0,50%); il che appare in contraddizione con l'affermazione, pure contenuta nella circolare al par. 3.1.1., che «non si rileva alcun vincolo che obblighi entrambe le parti del contratto al trasferimento della proprietà dell'immobile, ma è presente un diritto di acquisto attribuito ad una sola delle parti (il conduttore) che, qualora esercitato, obbliga la controparte (il locatore-proprietario) a cedere l'immobile». Se non esiste un obbligo di acquisto per il conduttore ma solo un diritto, non si comprende come possa essere qualificata come caparra confirmatoria una quota dei canoni dallo stesso corrisposti come corrispettivo del trasferimento.

Chiarisce, infine, la citata circolare che, in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore ovvero di risoluzione del contratto per inadempimento, non si dà luogo alla restituzione dell'imposta di registro corrisposta nella misura del 3%, applicata in relazione alla quota di canoni assimilata ad acconti prezzo, anche nel caso in cui il concedente proceda alla restituzione di tali somme al conduttore.

La soluzione proposta dalla circolare appare incoerente con la natura del contratto, peraltro riconosciuta dalla stessa circolare, come contratto che prevede un'opzione di acquisto a favore del conduttore e non come contratto obbligatorio, vincolante per entrambe le parti, come, ad esempio, la locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per entrambe le parti. Sarebbe stato più coerente con la natura di opzione del diritto di acquisto del conduttore, con la conseguenza che il successivo trasferimento al conduttore è solamente eventuale, tassare in sede di registrazione del contratto di godimento esclusivamente la quota di canoni imputata al godimento dell'immobile e rinviare la tassazione del corrispettivo del trasferimento al momento della registrazione del contratto definitivo di trasferimento.

4. La fase del godimento dell'immobile da parte del conduttore.

L'art. 23, comma 3, terzo periodo disciplina la fase di godimento dell'immobile da parte del conduttore con un rinvio a diversi articoli del codice civile che disciplinano gli obblighi nascenti dall'usufrutto, in quanto compatibili. Precisamente, il rinvio ha ad oggetto gli articoli del codice civile 1002 (inventario e garanzia), 1003 (mancanza o insufficienza della garanzia), 1004 (spese a carico dell'usufruttuario), 1005 (riparazioni straordinarie), 1006 (rifiuto del proprietario alle riparazioni), 1007 (rovina parziale di edificio accessorio), 1012 (usurpazioni durante l'usufrutto e azioni relative alle servitù), 1013 (spese per le liti).

Prima di conseguire il possesso del bene il conduttore è obbligato a fare a sue spese l'inventario dei beni, previo avviso al proprietario. Nella prassi, quando il contratto ha ad oggetto un immobile non arredato sarà molto frequente la dispensa dall'inventario, essendo sufficiente la descrizione del bene contenuta nel contratto e l'allegazione all'atto delle planimetrie catastali. Qualora l'immobile sia consegnato arredato, sarà frequente l'allegazione al contratto di un elenco dei beni mobili predisposto dalle parti di comune accordo, con dispensa dall'inventario.

Quanto all'obbligo di garanzia da parte del conduttore, le parti possono prevedere un deposito cauzionale di una somma di denaro al proprietario, con obbligo di restituzione al conduttore al termine del rapporto, oppure una fideiussione bancaria o assicurativa. Anche l'obbligo di garanzia è derogabile per volontà del concedente.

Sono a carico del conduttore le spese e gli oneri relativi alla custodia, amministrazione e manutenzione ordinaria della cosa nonché le manutenzioni straordinarie rese necessarie dall'inadempimento degli obblighi di manutenzione ordinaria. Sono a carico del concedente le riparazioni straordinarie, cioè quelle necessarie ad assicurare la stabilità dei muri maestri e delle volte, la sostituzione delle travi, il rinnovamento, per intero o per una parte notevole, dei tetti, solai, scale, argini, acquedotti, muri di sostegno o di cinta. Il conduttore deve corrispondere al concedente, durante il periodo di godimento dell'immobile, l'interesse legale delle somme spese per le riparazioni straordinarie. Qualora il concedente si rifiuti di eseguire le riparazioni straordinarie poste a suo carico oppure ne ritardi l'esecuzione senza giustificato motivo, il conduttore può farle eseguire a sue spese ed ha diritto al rimborso delle spese, al termine del

periodo di godimento senza interessi. A garanzia del rimborso il conduttore ha diritto di ritenere l'immobile riparato.

Il conduttore deve denunciare al concedente eventuali usurpazioni del fondo o pretese di terzi che pretendano di vantare diritti sul fondo.

4.1. La garanzia per vizi occulti.

Un problema ampiamente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza ha riguardato la possibilità per il promissario acquirente immesso anticipatamente nella detenzione del bene, ma la stessa questione può essere applicata al conduttore con diritto di acquisto dell'immobile, di far valere, già in sede di giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *la garanzia stabilita dagli articoli 1489 e 1490, per limitazioni al godimento del bene o per eventuali vizi occulti, scoperti dopo la conclusione del contratto preliminare.*

Secondo un risalente orientamento giurisprudenziale, il promissario acquirente, destinatario della consegna anticipata del bene, non poteva, in sede di esecuzione ex art. 2932 c.c., ottenere il trasferimento a prezzo ridotto del bene promesso viziato né pretendere l'esatto adempimento con l'eliminazione del vizio o difetto⁷. La ragione principale di tale orientamento era il principio c.d. di *intangibilità del preliminare* che imponeva al giudice, adito ex art. 2932 c.c., di non modificare l'assetto di interessi programmato dalle parti al momento della stipula dell'accordo preliminare. Si affermava, in altri termini, che la sentenza ex art. 2932 c.c. aveva la sola funzione di "sostituire" il consenso della parte obbligata che si rifiutasse di stipulare il contratto definitivo e non poteva modificare i termini dell'accordo consacrato nel preliminare, in particolare non poteva modificare il sinallagma contrattuale tra le diverse prestazioni. In sostanza, a fronte di un bene promesso in vendita che, successivamente, risultava essere viziato, il promissario acquirente aveva una sola scelta che lo lasciava comunque insoddisfatto: poteva stipulare il contratto definitivo allo stesso prezzo pattuito, pur in presenza di vizi che ne riducevano il valore, oppure chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. e la conseguente tutela risarcitoria⁸. E' evidente che tale orientamento giurisprudenziale accordava un indubbio vantaggio al promittente venditore consentendo allo stesso di lucrare un valore superiore a quello effettivo del bene, in presenza di vizi dello stesso, specialmente se il promissario acquirente avesse comunque la necessità di proseguire nell'operazione.

La giurisprudenza più recente ha messo in evidenza come, nel contratto preliminare con la consegna anticipata del bene, vi sia un'obbligazione aggiuntiva del promittente venditore: quella di consegnare la cosa con le caratteristiche pattuite. Il promittente venditore deve essere in grado di realizzare l'effetto traslativo finale perfettamente conforme a quello pattuito nel preliminare anche dal punto di vista qualitativo. Inoltre è stato messo in discussione il dogma dell'intangibilità del preliminare: si è affermato che il rigoroso rispetto della volontà espressa dalle parti in sede di preliminare esige che la sentenza costitutiva si faccia carico anche di risolvere i problemi di equilibrio tra le prestazioni eventualmente sopravvenuti nelle more. Quando la situazione di squilibrio tra le prestazioni è determinata dalla presenza di vizi nel bene, non vi sono ostacoli all'ammissibilità di una pronuncia, accessoria a quella sostitutiva del consenso, che ristabilisca l'equilibrio contrattuale, ad esempio attraverso la riduzione del prezzo. Si è così affermato un

⁷ Cfr. Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.*, 1969, I, 1203.

⁸ Cfr. F. Caringella, *Studi di diritto civile*, tomo II, Milano, 2005, 1165.

orientamento giurisprudenziale favorevole alla possibilità per il promissario acquirente, interessato all'adempimento, pur in presenza di vizi o di pesi sull'immobile, scoperti successivamente al contratto preliminare, di ottenere con la sentenza di esecuzione in forma specifica la riduzione del prezzo⁹.

Se è oramai consolidata, in giurisprudenza, la tesi che ammette possibilità di chiedere la riduzione del prezzo, nell'ambito della domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., più problematica appare la possibilità di chiedere l'eliminazione dei vizi della cosa venduta, trattandosi di un rimedio estraneo alla garanzia per vizi della vendita¹⁰.

Si può, dunque, concludere che nel contratto preliminare con consegna anticipata del bene il venditore assume, oltre all'obbligazione principale di prestare il consenso per la conclusione del futuro contratto definitivo, un'obbligazione accessoria consistente nel garantire la conformità giuridica e materiale del bene consegnato rispetto all'accordo consacrato nel contratto preliminare, obbligazione il cui inadempimento può essere fatto valere dal promissario acquirente nell'ambito della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo di compravendita.

5. La trascrizione del contratto.

La tutela del conduttore, potenziale acquirente dell'immobile è stata apprestata utilizzando, in primo luogo, *la trascrizione del contratto preliminare ex art. 2645-bis c.c.*

Al fine di rafforzare la posizione del promissario acquirente e dare alla stessa una tutela reale non meramente risarcitoria, l'art. 3 del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della *trascrizione dei contratti preliminari* contenuta nell'art. 2645-bis c.c.

La trascrizione del contratto preliminare ha una *efficacia prenotativa*, cioè si limita a far retroagire gli effetti della trascrizione del contratto definitivo al momento in cui è stata effettuata la trascrizione del preliminare. Si noti che la formulazione letterale del secondo comma dell'art. 2645-bis "*la trascrizione del contratto definitivo [...] prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare*" ricalca quella dell'art. 2652, n. 2 c.c. relativo alla trascrizione delle domande dirette a ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre che stabilisce "*la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda*".

È stato chiaramente affermato in dottrina che «l'effetto della trascrizione del contratto preliminare ben può dirsi di prenotazione. Prima d'ora, nel sistema pubblicitario del c.c., un'efficacia prenotativa si riconosceva soltanto alla trascrizione di domande giudiziali, e non già a quella di atti di diritto sostanziale: proprio della trascrizione della domanda, in quanto atto iniziale di un procedimento, è infatti di non esplicitare effetti di per sé, ma di importare piuttosto retroazione degli effetti dell'atto finale del procedimento stesso o, secondo i casi, della

⁹ Cfr. Cass. 4478/1976; Cass. n. 3560/1977; Cass., 11 maggio 1983, n. 3263, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1366 ss.; Cass., sezioni unite, 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, 1697, con nota di F. Macario; Cass. 16 luglio 2001, n. 9636; Cass., 23 febbraio 1994, n. 1781, in *Mass. giur. it.*, 1994, in *Riv. not.* 1994, in *Foro it.*, 1994.

¹⁰ Cfr. Cass., 24 novembre 1994, n. 9991.

trascrizione di tale atto [...] La nuova disciplina [...] ha esteso la funzione prenotativa alla trascrizione del contratto preliminare: eseguita quest'ultima, al promissario dell'alienazione sono inopponibili tutte le trascrizioni o iscrizioni successive contro il promittente, retroagendo fino ad essa la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che ne tiene luogo»¹¹.

Si può, quindi, affermare che la trascrizione del contratto preliminare non ha effetti di per sé, non risolve immediatamente un conflitto tra portatori di posizioni incompatibili ma ha, unicamente, il compito di preconstituire il grado della trascrizione del contratto definitivo: più precisamente, essa anticipa l'efficacia della trascrizione del contratto definitivo riportandola al momento della trascrizione del preliminare¹².

Ci si è chiesti in dottrina quale sia la portata dell'effetto prenotativo: se cioè l'effetto valga solamente per gli atti, menzionati negli articoli 2643 e 2645 c.c., che siano esplicitazione dell'autonomia negoziale del disponente, esercitata in direzione incompatibile con l'impegno traslativo contenuto nel preliminare, oppure se la portata dell'effetto sia generale, restando travolte, in forza di esso, anche formalità pubblicitarie fondate su titoli subìti, e non già voluti, dal promittente alienante, come la trascrizione di pignoramenti o sequestri o l'iscrizione di ipoteche giudiziali¹³. Qualche dubbio sulla efficacia dell'effetto prenotativo nei confronti del pignoramento trascritto sull'immobile prima della trascrizione del contratto definitivo o della sentenza emessa ex art. 2932 c.c. può trarsi dalla mancata modifica dell'art. 2914, n. 1 c.c. in base al quale non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento, le alienazioni di beni immobili che siano state trascritte successivamente al pignoramento. Da un'interpretazione letterale della norma potrebbe affermarsi che il promissario acquirente per rendere opponibile il suo diritto al creditore pignorante ed ai creditori che intervengono nell'esecuzione debba trascrivere anche il contratto definitivo o la sentenza emessa ex art. 2932 c.c. prima della trascrizione del pignoramento. La tesi non può essere accolta. In primo luogo, l'art. 2645-bis, nel sancire la prevalenza della trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che lo sostituisce sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante, dopo la trascrizione del contratto preliminare, *non fa alcun tipo di distinzione nel novero delle trascrizioni che sono destinate a soccombere dopo la trascrizione del preliminare*. Inoltre, *la funzione della trascrizione del contratto preliminare è proprio quello di far retroagire gli effetti del trasferimento definitivo al momento della trascrizione dell'impegno a trasferire*, per cui tale retroattività opera anche nei confronti della trascrizione del pignoramento¹⁴. Si aggiunga inoltre che, come sopra chiarito, la funzione prenotativa della trascrizione del preliminare è modellata sulla trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre e non vi possono essere dubbi che l'efficacia della sentenza retroagisca al momento della domanda travolgendo anche la posizione di creditori che abbiano trascritto il loro titolo successivamente alla trascrizione della domanda¹⁵.

¹¹ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 534; cfr., in giurisprudenza, Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Notariato*, 2004, 131 ss.

¹² Cfr. A. Luminoso, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso A. e Palermo G., *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 40.

¹³ Gabrielli, *op. cit.*, 535.

¹⁴ Cfr. sul punto G. Gabrielli, *op. cit.*, 535 s.

¹⁵ Cfr. A. Luminoso, *op. cit.*, 45 s; *contra* G. Cian, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 384 il quale distingue, ai fini dell'efficacia dell'effetto prenotativo nei confronti

La durata massima dell'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare, stabilita in tre anni, è stata estesa dall'art. 23, comma 3 del decreto legge n. 133/2014 ad *un periodo massimo di dieci anni*. Entro tale termine deve essere eseguita la trascrizione del contratto di trasferimento dell'immobile oppure della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Poiché la trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2652, numero 2) c.c. "prenota" gli effetti della eventuale sentenza che accoglie la domanda, una volta trascritta la domanda stessa, l'efficacia di prenotazione perdura per tutta la durata del processo.

La *ratio* del termine massimo di efficacia della trascrizione consiste nell'evitare che il concedente, tramite un contratto "di comodo", possa sottrarre a tempo indeterminato un suo immobile alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. Si tratta di un termine finale della trascrizione che non incide sul rapporto sottostante, per cui rimangono invariate le obbligazioni delle parti, con l'unica rilevante differenza che il conduttore che esercita il diritto di acquisto non godrà più dell'effetto di prenotazione della trascrizione.

Il termine non è disponibile dalle parti, per cui scaduto il termine massimo di efficacia della trascrizione, il conduttore potrà limitarsi a trascrivere nuovamente il contratto con una nuova trascrizione che prenderà un nuovo grado dal momento della sua esecuzione. Si tratterà di una nuova trascrizione e non di una rinnovazione, che consentirebbe di prolungare gli effetti della precedente trascrizione.

In considerazione della *ratio* del termine massimo di durata dell'efficacia della trascrizione, si ritiene che *l'estensione di tale durata a dieci anni, prevista dall'art. 23, comma 3 del decreto legge n. 133/2014, non sia applicabile a contratti che non corrispondono esattamente al paradigma normativo stabilito dal legislatore con la nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, ad esempio perché le parti non hanno distinto la quota di canone imputata a godimento da quella imputata a corrispettivo oppure hanno stabilito che il conduttore sia obbligato ad acquistare l'immobile al termine del periodo di godimento, qualificando il diritto del conduttore come obbligo anziché come facoltà¹⁶.

Decorso il termine finale di trascrizione del contratto si avrà l'automatica caducazione degli effetti della trascrizione senza che sia necessaria la cancellazione della stessa. Quindi, chi ispeziona i registri immobiliari avrà l'onere di verificare se siano stati trascritti il contratto di trasferimento dell'immobile o la domanda di esecuzione in forma specifica per mantenere l'effetto di prenotazione tipico della trascrizione del preliminare.

Sulla base dell'art. 2668, comma 4, c.c., richiamato dall'art. 23, comma 3 del decreto 133/2014, è possibile, però, la cancellazione della trascrizione del contratto di godimento "quando la cancellazione è debitamente consentita dalle parti interessate".

La trascrizione dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione assolve, inoltre, alla funzione di cui all'art. 2643, n. 8, c.c. in base al quale «*Si devono rendere pubblici col*

delle procedure esecutive individuali, tra domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., che sarebbe destinata a prevalere sul pignoramento trascritto prima del trasferimento definitivo e trascrizione del preliminare che, viceversa, sarebbe destinata a soccombere rispetto al pignoramento trascritto prima del trasferimento definitivo.

¹⁶ Cfr. G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 1.4, in www.federnotizie.it/tag/rent-to-buy.

mezzo della trascrizione ... 8) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni». La trascrizione dei contratti di locazione ultranovennali serve a rendere opponibili tali contratti ad eventuali aventi causa dal proprietario/locatore, i quali, per effetto della trascrizione, sono tenuti a rispettare il contratto di locazione per tutta la durata convenuta. Per la nuova fattispecie contrattuale, in mancanza di espressa previsione normativa, la trascrizione è necessaria anche se la durata convenuta per il contratto di godimento è inferiore a nove anni.

La trascrizione dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione assolve, quindi, ad una duplice funzione: da una parte, serve a rendere opponibile il godimento del conduttore ad eventuali aventi causa dal concedente; dall'altra parte, garantisce il conduttore, nella sua veste di titolare del diritto di acquistare l'immobile, contro possibili trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli contro il concedente per il lasso di tempo tra la trascrizione del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione e la trascrizione dell'eventuale futuro acquisto del conduttore/acquirente.

5.1. Il rinvio all'art. 2825-bis c.c.

Un'eccezione all'efficacia di prenotazione del contratto preliminare è stabilita dall'art. 2825-bis c.c. per l'ipotesi di ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio, ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

È stabilito dalla predetta norma che, in caso di accollo di una quota del mutuo frazionato da parte del promissario acquirente, nel contratto preliminare o in un altro atto successivo, *la quota di ipoteca a garanzia del debito accollato prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare.*

In sostanza, *la norma consente l'accollo di una quota di mutuo da parte del promissario acquirente, neutralizzando la funzione prenotativa del contratto preliminare che, altrimenti, avrebbe, di fatto, impedito l'accollo.*

La fattispecie può essere così riassunta: i) l'impresa promette di vendere un'unità immobiliare di un edificio in corso di costruzione con un preliminare che viene trascritto; ii) l'impresa stipula un contratto di mutuo fondiario finalizzato alla ultimazione della costruzione; iii) l'impresa vende l'unità immobiliare al promissario acquirente con accollo della quota di mutuo appositamente frazionata, garantita da ipoteca sull'unità immobiliare venduta.

Ora, se operasse la funzione di prenotazione del preliminare, l'ipoteca a garanzia del mutuo accollato non sarebbe opponibile all'acquirente dell'unità immobiliare in quanto la sua trascrizione retroagirebbe al momento della trascrizione del preliminare che era precedente all'iscrizione dell'ipoteca. *Funzione della norma è proprio quella di neutralizzare nella fattispecie in oggetto la funzione di prenotazione e consentire l'accollo della quota di mutuo da parte del promissario acquirente.*

Se l'accollo risulta da atto successivo, ad esempio dal contratto definitivo di compravendita, è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare (art. 2825-bis, ultimo comma c.c.). Si tratta di un'ipotesi eccezionale di annotazione diretta a segnalare una successione nel debito; normalmente l'annotazione serve a segnalare "la trasmissione

dell'ipoteca" ad esempio per cessione, surrogazione o postergazione del credito ipotecario oppure "il vincolo dell'ipoteca" per sequestro o pignoramento del credito ipotecario (cfr. art. 2843 c.c.)

Questa particolare annotazione ha la funzione di segnalare nei registri immobiliari, a margine della trascrizione del contratto preliminare, l'inefficacia dell'effetto di prenotazione nei confronti della banca relativamente alla quota di mutuo accollata da parte del promissario acquirente. La segnalazione potrebbe giovare al nominato, nel caso di nomina successiva a seguito della riserva contenuta nel preliminare, oppure al cessionario del contratto preliminare, i quali sono messi in condizione di conoscere l'inopponibilità dell'effetti di prenotazione all'ipoteca iscritta successivamente al preliminare e prima della trascrizione del contratto definitivo.

Si tratta di una tipica ipotesi di *pubblicità-notizia*, in quanto l'eccezione all'effetto di prenotazione del contratto preliminare è disposta dalla legge in presenza dei presupposti individuati dalla fattispecie normativa e non è condizionata all'avvenuta annotazione a margine della trascrizione del preliminare.

6. La sentenza sostitutiva del mancato consenso del venditore.

Ai sensi dell'art. 23, comma 3, ultimo periodo del decreto legge n. 133/2014 «*In caso di inadempimento si applica l'art. 2932 del codice civile*».

Dispone l'art. 2932 c.c.: «*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.*

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

La sentenza di cui all'art. 2932 ha natura costitutiva in quanto "produce gli effetti del contratto non concluso" e rappresenta un caso di applicazione del principio generale, sancito dall'art. 2908 c.c., in base al quale "nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

Può prospettarsi la seguente ipotesi: il conduttore esercita per iscritto, con lettera raccomanda a.r, inviata al concedente, il diritto di acquistare l'immobile allo stesso concesso in godimento; il proprietario si rifiuta di stipulare il contratto di compravendita alle condizioni pattuite tra le parti; a quel punto il conduttore propone la domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*, chiedendo al giudice di emettere la sentenza traslativa dell'immobile a favore del conduttore che ha esercitato l'opzione il quale deve, in corso di causa, offrire, nei modi di legge, di eseguire la sua prestazione consistente nel saldo del prezzo convenuto per la vendita. La trascrizione della sentenza di trasferimento dell'immobile si va a saldare con la trascrizione del contratto di concessione in godimento, costituendo esecuzione dello stesso, e quindi prevale sulle trascrizione ed iscrizione eseguite contro il concedente dopo la trascrizione del contratto di concessione in godimento. Nella fattispecie considerata si verifica un "allungamento", consentito dalla legge, degli effetti della trascrizione del preliminare, pari alla durata del procedimento giudiziale sulla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

6.1. Menzioni edilizie e sentenza traslativa.

La sentenza traslativa *ex art. 2932 c.c.* sostituisce il mancato consenso delle parti alla stipula del contratto definitivo. Bisogna chiedersi se, rispetto ad eventuali vizi edilizi del fabbricato, vi siano differenze tra la sentenza traslativa ed il consenso negoziale delle parti per il trasferimento dell'immobile.

In dottrina è pacifica la tesi che le disposizioni degli articoli 46 e 30 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, approvato con D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - che impongono alla parte alienante l'obbligo, sanzionato con la nullità, di dichiarare nell'atto gli estremi dei titoli edilizi in base ai quali è stata realizzata la costruzione dell'edificio e di allegare all'atto avente ad oggetto terreni il certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune - *non si applichino al contratto preliminare di compravendita in quanto il preliminare produce solamente effetti obbligatori* (obbligo di concludere il contratto definitivo). Infatti l'obbligo di indicare in atto i titoli edilizi che legittimano la costruzione o di allegare il certificato di destinazione urbanistica agli atti di alienazione dei terreni, sono imposti con esclusivo riferimento ad atti con effetti reali¹⁷.

Più dubbia è l'ammissibilità dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un diritto reale su un fabbricato ove nello stesso non siano indicati i titoli edilizi che legittimano la costruzione oppure allo stesso non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica che indica lo strumento urbanistico del terreno promesso in vendita.

Secondo autorevole dottrina¹⁸, il contratto preliminare privo degli estremi dei titoli edilizi oppure al quale non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune sarebbe valido ma non sarebbe suscettibile di dare luogo all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo, inadempito, di prestare il consenso alla conclusione del contratto definitivo di compravendita.

Sembra preferibile la tesi che dà alla normativa edilizia di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in relazione alla contrattazione preliminare, un'interpretazione sostanziale e non formalistica.

Se il contratto preliminare ha per oggetto un fabbricato urbanisticamente regolare, è possibile emettere la sentenza sostitutiva del contratto purché gli estremi della concessione edilizia siano prodotti in giudizio eventualmente anche dalla parte promissoria acquirente; se ha per oggetto un edificio abusivo, non sarà possibile emettere la sentenza costitutiva¹⁹.

Si può affermare che, in sede di giudizio teso ad ottenere la sentenza sostitutiva del contratto definitivo non concluso, la necessità del rispetto di dichiarazioni formali imposta nell'atto tra vivi espressione dell'autonomia negoziale, è sostituita da un controllo di tipo sostanziale del giudice il quale deve essere messo in condizione di verificare che l'immobile

¹⁷ Cfr. G. Santarcangelo, *Condono edilizio, Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Milano, 1991, 352 s.; C.N.N., *La legge 28 febbraio 1984, n. 47. Criteri applicativi*, in *Condono edilizio, Circolari, studi e riflessioni del Notariato*, Milano, 1999, 5 ss.

¹⁸ Cfr. G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 11, cit.

¹⁹ In senso conforme, G. Santarcangelo, *op. cit.*, 353, C.N.N., *La legge 28 febbraio 1984, n. 47*, cit., 7 s.; A. Zana, *La sentenza ex art. 2932 c.c. tra irregolarità urbanistiche ed esigibilità della controprestazione*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 44.

trasferito sia urbanisticamente regolare, indipendentemente da una dichiarazione formale della parte alienante.

Non necessariamente, però, i titoli edilizi debbono risultare testualmente dal contratto preliminare in quanto il promissario acquirente, è ammesso a fornire in giudizio la documentazione urbanistica dell'immobile, desunta anche *aliunde* rispetto al testo del contratto preliminare, come è confermato dall'art. 47 della legge 28 febbraio 1985, n. 47²⁰ che riconosce al promissario acquirente di un preliminare con sottoscrizioni autenticate di prendere visione presso gli uffici comunali di qualsiasi documento relativo all'immobile stesso e di ottenere ogni certificazione relativa.

Questa impostazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha affermato essere sufficiente, per l'emissione della sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre avente ad oggetto un edificio, un atto prodotto in giudizio contenente gli estremi della concessione edilizia oppure l'allegazione della domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione²¹. La Cassazione a sezioni unite²² ha ulteriormente precisato che la dichiarazione dell'alienante, prescritta dalla normativa edilizia circa la data della costruzione dell'immobile, può essere resa in giudizio anche dalla parte acquirente. Ciò deriva, secondo la Cassazione, dalla doppia funzione delle dichiarazioni in parola: informativa dell'acquirente e finalizzata a contenere il fenomeno dell'abusivismo edilizio. È coerente con le citate finalità della normativa edilizia consentire all'acquirente, ove sussista di fatto la regolarità edilizia dell'immobile, la possibilità di ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso fornendo in giudizio la prova della regolarità edilizia nell'ipotesi in cui il promittente alienante, resosi inadempiente, si rifiuti di produrre i documenti e di rendere la dichiarazione di cui all'art. 40 della legge n. 47/1985 o di cui all'art. 46 del d.p.r. 380/2001. Questa conclusione è avvalorata dalla possibilità, riconosciuta alla parte acquirente dall'art. 40 della legge n. 47/1985, di convalidare l'atto di trasferimento nullo, per mancanza delle menzioni edilizie o dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica, con un successivo atto di conferma posto in essere dalla sola parte acquirente e contenente le menzioni o le allegazioni omesse nel primo atto viziato. Questa ricostruzione evita che il promittente venditore sia lasciato arbitro della possibilità di concludere il contratto definitivo o di emettere la sentenza ex art. 2932 c.c.

Per quanto riguarda l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre avente ad oggetto un terreno, si è affermato in giurisprudenza che il certificato di destinazione urbanistica deve essere allegato non già alla promessa di vendita ma al contratto definitivo; in caso di trasferimento della proprietà dell'immobile a mezzo di sentenza che tenga luogo del contratto definitivo, il certificato di destinazione urbanistica deve essere presente al momento in cui venga pronunciata la sentenza²³.

²⁰ Abrogato dall'art. 136 del d.lgs. n. 378/2001 e dall'art. 136 d.lgs. n. 380/2001.

²¹ Cass., 22 maggio 2008, n. 13225; Cass., 20 marzo 2006, n. 6162; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59; Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199.

²² Cass., sezioni unite, 11 novembre 2009, n. 23825, con nota di V. Terracina, *Esecuzione in forma specifica di preliminare privo di menzioni urbanistico-edilizie*, in *Immobili e proprietà*, 2010, 211.

²³ Cass., 6 giugno 2006, n. 13221, in *Obbl e Contr.*, 2006, 11, 936, con nota di G. Gennari; cfr. Cass., 9 luglio 1994, n. 6493, in *Vita not.*, 1995, I, 280; Cass., 28 settembre 1994, n. 7893, in *Vita not.*, 1995, I, 837; Cass., 6 agosto 2001, n. 20831, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 2, 1079.

Ci si chiede se sia necessaria la dichiarazione di vigenza del certificato prescritta come onere per l'alienante negli atti tra vivi. Qualora l'esecuzione in forma specifica sia promossa dal promissario acquirente, difficilmente il promittente alienante presterà la sua collaborazione e renderà tale dichiarazione. A ben vedere gli effetti della sentenza di trasferimento dell'immobile retroagiscono al momento della domanda (art. 2652, n. 2 c.c.), pertanto sarà sufficiente che il certificato di destinazione urbanistica sia stato rilasciato dopo la notifica dell'atto di citazione perché gli strumenti urbanistici indicati nel certificato siano aggiornati rispetto al trasferimento dell'immobile. Inoltre, rientra nei poteri istruttori del giudice il controllo del contenuto del certificato di destinazione urbanistica e ciò è sufficiente a garantire la "genuinità del certificato", senza la necessità di un'improbabile dichiarazione di vigenza del promittente venditore inadempiente.

7. Il privilegio speciale immobiliare.

L'art. 23, comma 3 del decreto 133/2014 rinvia all'art. 2775-*bis* c.c. al fine di recepire, nella disciplina dei nuovi contratti di godimento in funzione della successiva alienazione, *il privilegio speciale sull'immobile* previsto a favore del promissario acquirente per il caso di inadempimento del contratto preliminare trascritto.

Stabilisce l'art. 2775-*bis* c.c. che «*Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.*

Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825-bis».

Si è visto che la trascrizione del contratto preliminare ha la funzione di garantire al promissario acquirente la possibilità di acquistare l'immobile libero da formalità pregiudizievoli, stante l'efficacia prenotativa della trascrizione e l'inopponibilità all'acquirente di formalità iscritte o trascritte nei registri immobiliari dopo la trascrizione del preliminare. Il privilegio immobiliare opera su un piano diverso: consente al promissario acquirente di soddisfarsi con preferenza sul ricavato della espropriazione dell'immobile, per il caso di inadempimento del promittente venditore e di mancata esecuzione del contratto preliminare. Si può quindi affermare che, *mentre la trascrizione del preliminare si pone in un'ottica di adempimento e corretta esecuzione dello stesso, il privilegio speciale immobiliare agevola il risarcimento dei danni del promissario acquirente in un'ottica di inadempimento del promittente venditore e di mancata esecuzione del contratto preliminare.*

La costituzione del privilegio è subordinata i) all'avvenuta trascrizione del contratto preliminare ed ii) al persistere dell'efficacia della trascrizione nel momento in cui si determina la patologia del contratto preliminare con risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa oppure con la domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento oppure con la trascrizione del pignoramento o con l'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Si noti che il termine di durata dell'efficacia prenotativa può subire un consistente "allungamento" in caso di proposizione entro il termine di legge della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo di compravendita, che è equiparata, ai fini della conservazione degli effetti della trascrizione, alla conclusione del contratto definitivo (art. 2645-*bis*, comma 3, c.c.).

Il privilegio speciale immobiliare a favore del promissario acquirente presenta delle significative differenze rispetto ai privilegi classici previsti dagli articoli 2770-2775 c.c.: mentre gli altri privilegi sono tutti relativi ad interessi pubblici²⁴, il privilegio in esame è posto a presidio di un *interesse, pur socialmente rilevante, tuttavia di natura squisitamente privatistica*; inoltre, è l'unico privilegio c.d. *iscrizionale o trascrizionale* previsto dal codice civile, essendo la sua nascita subordinata alla trascrizione del contratto preliminare ineseguito ed alla persistenza degli effetti della trascrizione nel momento della nascita del diritto al risarcimento del danno.

Secondo una ricostruzione dottrinale, la trascrizione del contratto preliminare prenota in capo al promissario acquirente due situazioni sostanziali alternative tra loro: quella disciplinata dall'art. 2643-*bis*, comma 2 e quella prevista dall'art. 2775-*bis* in caso di mancata esecuzione del contratto²⁵.

Si è posto il problema del rapporto tra il privilegio speciale immobiliare e le ipoteche precedentemente iscritte contro il promittente venditore. L'art. 2748, comma 2, c.c. dispone che *«I creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente»*.

Secondo un primo orientamento interpretativo²⁶, in mancanza di un'espressa deroga legislativa, il privilegio speciale immobiliare del promissario acquirente sarebbe destinato a prevalere anche sulle ipoteche precedentemente iscritte contro il promittente venditore. È evidente come questa interpretazione porterebbe ad un risultato paradossale: il creditore ipotecario sarebbe pienamente tutelato ove il contratto preliminare abbia esecuzione, essendo opponibile l'ipoteca iscritta a suo favore nei confronti dell'acquirente dell'immobile ipotecato; al contrario, il creditore ipotecario sarebbe destinato a soccombere nel confronto con il promissario acquirente, nel caso di inadempimento del preliminare, poiché il privilegio del promissario acquirente prevarrebbe sull'ipoteca precedentemente iscritta, con il rischio di frustrare la garanzia ipotecaria nella distribuzione della somma ricavata dall'espropriazione immobiliare. Questa ricostruzione favorirebbe, in qualche modo, facili abusi a danno dell'istituto bancario mediante la trascrizione di contratti preliminari "di comodo", successivi al mutuo ipotecario, finalizzati a vanificare l'efficacia dell'ipoteca nell'esecuzione immobiliare, proprio sfruttando la prevalenza del privilegio del promissario acquirente in sede di riparto.

²⁴ Ad esempio, crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di espropriazione (art. 2770); crediti per imposte sui redditi immobiliari (art. 2771); crediti per tributi indiretti (art. 2772); crediti per i contributi di bonifica o di miglioramento (art. 2775).

²⁵ Miccolis, *Profili processuali della trascrizione del preliminare*, in Carrabba (a cura di), *La trascrizione del contratto preliminare*, Napoli, 1998, 96, 126.

²⁶ Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Riv. not.*, 2004, 534; in *Riv. dir. civ.*, 2004, 793; Trib. Genova 25 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2001, 656; in *Banca borsa*, 2001, II, 191; in *Fall.*, 2001, 1354; Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 2002, in *Fall.*, 2003, 1321; Trib. Lucca, 23 novembre 2002, in *Arch. Civ.*, 2003, 416.

Sulla questione si sono pronunciate le sezioni unite della Corte di Cassazione²⁷ le quali hanno evidenziato come, ai sensi dell'art. 2748 c.c., i creditori muniti di privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari "se la legge non dispone diversamente". La deroga non deve essere necessariamente contenuta in un esplicito precetto ma può o deve essere individuata attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dello specifico istituto con l'intero sistema. Espresse norme derogatrici alla regola dell'art. 2748 c.c., comma 2 sono rinvenibili negli articoli 2772, comma 4 e 2774, comma 2: il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio di diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Tale deroga è ispirata alla regola della prevalenza in base alla data di trascrizione o iscrizione. Nel caso in esame manca una deroga espressa al precetto stabilito dall'art. 2748, comma 2, prima parte ma il quadro normativo di riferimento, secondo le sezioni unite della Cassazione, consente di individuare nel sistema una deroga implicita che determinerebbe la prevalenza delle ipoteche anteriormente iscritte sul privilegio immobiliare derivante dalla mancata esecuzione di un contratto preliminare trascritto successivamente.

Il privilegio in esame non si ricollega alla causa del credito, come prescrive la prima parte dell'art. 2745 c.c., ma la sua costituzione necessariamente presuppone la trascrizione del contratto preliminare, rientrando, dunque, nella categoria dei privilegi la cui costituzione è subordinata ad una particolare forma di pubblicità, come consentito dall'art. 2745, seconda parte. Inoltre, assiste il credito a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati nel momento della patologia del contratto preliminare. Per questo tipo di privilegi non vige la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche bensì quella del *prior tempore potior in jure* che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità, per cui l'ipoteca iscritta prima della costituzione del privilegio deve prevalere su questo.

Inoltre, la prevalenza del privilegio sulle ipoteche anteriormente iscritte determinerebbe un circolo vizioso nell'ordine delle cause di prelazione, stabilito dall'art. 2780 c.c., in base al quale il privilegio del promissario acquirente è collocato al n. 5-bis) dopo i crediti dello Stato per le concessioni di acque, indicati dall'art. 2774, posti al n. 3) ed i crediti per i tributi indiretti, indicati dall'art. 2772, posti al n. 4). Ora, si è visto in precedenza che il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio di diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Se il privilegio del promissario, ultimo nell'ordine di graduazione dei privilegi di cui all'art. 2780, prevalesse sulle ipoteche anteriori, sarebbe impossibile stabilire l'ordine delle cause di prelazione in caso di concorso dei privilegi di cui agli art. 2772 e 2774 con quello di cui all'art. 2775-bis, e con ipoteche anteriori.

Sulla base dei principi accennati, le sezioni unite della Cassazione hanno emesso il seguente principio: «*il privilegio speciale sul bene immobile che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale*

²⁷ Cass., sezioni unite, 1° ottobre 2009, n. 21045; in senso conforme, Cass., 27 novembre 2012, n. 20974; Cass. 9 gennaio 2013, n. 341, in *Fall*, 2013, 4, 412, con nota di V. Cederle, *Fallimento del promittente venditore e conflitto del privilegio ex art. 2775 bis c.c. con l'ipoteca anteriormente iscritta*.

di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dall'art. 2748 c.c., comma 2, e soggiace agli ordinari principi in tema i pubblicità degli atti».

Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai crediti garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis (cfr. art. 2775-bis, comma 2, c.c.).

La prima fattispecie richiamata risulta di difficile comprensione e alquanto rara nella prassi: poiché non è possibile iscrivere ipoteca concessa da chi non è proprietario ed il promissario acquirente non è ancora proprietario dell'immobile, bisogna supporre che il promittente venditore abbia prestato il consenso per iscrivere ipoteca sul bene a garanzia di un finanziamento bancario concesso al promissario acquirente.

La seconda fattispecie richiamata si riferisce all'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio, ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e di successivo accollo di una quota del mutuo frazionato da parte del promissario acquirente. Secondo i principi generali, l'ipoteca non sarebbe opponibile al promissario acquirente perché iscritta dopo la trascrizione del contratto preliminare. In base alla deroga espressa sancita nel secondo comma dell'art. 2775-bis, comma 2, c.c. *il privilegio non è opponibile al creditore ipotecario relativamente alla quota di ipoteca a garanzia del debito accollato dal promissario acquirente.*

8. Il divieto di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005.

Il rinvio all'art. 8 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, effettuato dall'art. 23, comma 4 del decreto 133/2014, ha la funzione di anticipare la tutela stabilita dalla citata norma fin dalla concessione del godimento. Com'è noto, l'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005 fa divieto al notaio di ricevere un atto di trasferimento di un immobile da costruire, o comunque non ancora ultimato, posto in essere da un'impresa di costruzione oppure da un'impresa che ha eseguito un intervento edilizio sullo stesso, se prima dell'atto di trasferimento, oppure contestualmente allo stesso, non è stato ottenuto il consenso necessario per la cancellazione delle ipoteche e dei pignoramenti gravanti l'immobile oppure se non si è formato un titolo per il frazionamento dell'ipoteca in quote, nel caso l'acquirente intenda accollarsi una quota del mutuo garantito dall'immobile. La norma fa riferimento esclusivamente alle ipoteche ed ai pignoramenti ma sembra doversi estendere, per *eadem ratio*, anche a formalità potenzialmente in grado di provocare l'evizione del bene a carico dell'acquirente come il sequestro conservativo ed il sequestro giudiziario. Al contrario, per le formalità meno invasive, come ad esempio, le domande giudiziali, non si applicherà il divieto di stipula per il notaio ma solamente l'obbligo per l'alienante di attivarsi per ottenere la cancellazione della formalità pregiudizievole (cfr. art. 6, lett. h), d.lgs. n. 122/2005)²⁸.

Questo divieto, per i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione, è stato anticipato fin dall'atto di concessione del godimento dell'immobile.

²⁸ Cfr. Carrabba, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e tutela dei consumatori: il "divieto" di cui all'art. 8 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Notariato*, 2006, 473 s.; G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsa, 2005, 318.

Il divieto sancito dall'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005, secondo l'interpretazione più coerente con l'intero impianto normativo del citato decreto, va applicato solamente a quelle fattispecie concrete che presentano i requisiti soggettivi ed oggettivi delle vendite di immobili da costruire stabiliti dall'art. 1 del citato decreto. Quindi deve trattarsi: i) di vendita posta in essere dall'*impresa che ha costruito l'immobile oppure ha realizzato sullo stesso un intervento edilizio rilevante* (ristrutturazione edilizia, restauro o risanamento conservativo); ii) di *immobile dedotto in contratto in corso di costruzione* per il quale non è possibile presentare in Comune la dichiarazione di fine lavori e la richiesta di rilascio del certificato di agibilità.

Se è evidente che la normativa di cui al citato decreto si applica nel caso di preliminare di vendita oppure di vendita differita aventi ad oggetto un immobile in costruzione, più dubbia è l'ipotesi del contratto di trasferimento, con effetto immediato, posto in essere da un'impresa di costruzioni avente ad oggetto un immobile terminato. per il quale è già stata richiesta in Comune l'agibilità, quando il consenso delle parti si è formato, eventualmente anche con la sottoscrizione di un contratto preliminare, durante la fase di costruzione dell'immobile.

Secondo una tesi «una volta che l'immobile sia ultimato, e si addivenga alla conclusione del contratto definitivo, la precedente contrattazione preliminare perde ogni rilevanza, ivi compresa la preesistente, e non più attuale, posizione di debolezza contrattuale dell'acquirente... Fermi restando, quindi, gli inevitabili dubbi nascenti dall'imperfetta formulazione della legge, sembra che l'art. 8 in esame possa ragionevolmente riguardare solo i contratti con effetti reali differiti, aventi ad oggetto "immobili da costruire", stipulati tra "costruttore" ed "acquirente", come definiti dalla legge n. 210/2004, essendo questa l'unica interpretazione idonea ad evitare la censura di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, coerente nel contempo con le altre interpretazioni del decreto legislativo»²⁹.

Un'altra impostazione estende il divieto dell'art. 8 anche alle ipotesi di vendita da parte dell'impresa costruttrice di immobile ultimato. Si è affermato che «sembra che sia ragionevole dare la tutela dell'art. 8 all'acquirente, immediato, di costruzione ultimata o non che corre il pericolo, diversamente, di farsi garantire una futura cancellazione di ipoteca che magari non vi sarà, per l'indebitamento del costruttore, ed escluderla invece nella cessione fra privati; ciò perché i pericoli di indebitamento sono sostenuti solo se vi è attività d'impresa»³⁰.

Sembra preferibile, in quanto più coerente con i presupposti applicativi del decreto stabiliti all'art. 1 dello stesso, una terza tesi, intermedia, secondo la quale il divieto trova applicazione anche nell'ipotesi di alienazione dell'immobile ultimato da parte del costruttore tutte le volte in cui l'accordo delle parti si sia formato quando l'immobile era ancora in costruzione, ad esempio con la conclusione di un contratto preliminare di compravendita³¹. Nella prassi è abbastanza evidente se l'accordo delle parti si è formato quando l'immobile era in corso di costruzione,

²⁹ G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili*, cit., 313 s.

³⁰ G. Baralis, *L'art. 8 D.lgs 122/2005: obblighi e responsabilità notarili*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, I quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, 2006, 88 ss.

³¹ G. Rizzi, *Decreto legislativo 122/2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e altre novità legislative*, Studio n. 5813/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato approvato dalla Commissione studi civilistici in data 23 luglio 2005; Id, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 4.1, cit.

essendo sufficiente verificare la data del primo acconto corrisposto dall'acquirente con la data di presentazione in Comune della richiesta di agibilità del fabbricato³².

L'aver anticipato il divieto di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005 fin dal momento della conclusione del contratto di concessione in godimento, se, da una parte, garantisce una maggiore tutela al conduttore/potenziale acquirente, dall'altra parte, limita molto le potenzialità operative di questo nuovo contratto, visto che difficilmente l'impresa di costruzioni sarà in grado di cancellare l'ipoteca dalla porzione immobiliare concessa in godimento, non ricevendo dal conduttore acconti prezzo consistenti che possano essere idonei a ridurre la sua esposizione debitoria.

È stata proposta la soluzione di prevedere fin dalla concessione in godimento dell'immobile l'accollo, da parte del conduttore, di una quota del mutuo precedentemente frazionato con la relativa quota di ipoteca gravante solamente l'immobile concesso in godimento³³. Il precedente frazionamento in quote del mutuo e dell'ipoteca, con l'accollo della quota di mutuo frazionata, escluderebbero l'applicazione del divieto di cui all'art. 8. La tesi, per quanto plausibile sotto l'aspetto teorico, appare difficilmente attuabile nella pratica. Si è visto che il conduttore si obbliga a corrispondere un canone imputato in parte al godimento dell'immobile ed in parte a corrispettivo dell'eventuale trasferimento. Quest'ultima parte di canone deve essere restituita dal concedente in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito (art. 23, comma 1-*bis*). Riterrei che la norma non sia derogabile dall'autonomia delle parti. In altri termini, stabilire la quota di canoni imputata al corrispettivo del trasferimento, quei canoni vanno restituiti al conduttore, nei casi di mancato esercizio del diritto di acquisto. Ciò significa che il conduttore, accollandosi una quota del mutuo frazionato, ha già provveduto, all'atto della concessione in godimento dell'immobile, al pagamento di una parte consistente del prezzo del futuro acquisto, dipendente dall'esercizio eventuale dell'opzione di acquisto e, in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto, avrebbe un diritto di credito, nei confronti dell'impresa costruttrice, alla restituzione della parte di corrispettivo già anticipata con l'accollo del mutuo.

8.1. Formalità pregiudizievoli ed esecuzione in forma specifica.

Qualora l'operazione non rientri nel perimetro applicativo dell'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005, è possibile che, all'atto della conclusione del contratto di concessione in godimento, l'immobile sia gravata da un'ipoteca o da una trascrizione pregiudizievole (ad esempio una domanda giudiziale) che il concedente si impegni a far cancellare a sua cura e spese prima dell'atto di trasferimento dell'immobile al conduttore.

Può accadere che il concedente non collabori per la conclusione del contratto di trasferimento dell'immobile e, di conseguenza, non intenda procedere all'estinzione del debito garantito da ipoteca sull'immobile. È possibile per il promissario acquirente chiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, ai sensi dell'art. 2932 c.c., e tutelare le sue ragioni di ottenere l'immobile libero da gravami pregiudizievoli. Il conduttore, può, infatti, sospendere il pagamento del prezzo e/o non effettuare la formale offerta del prezzo e chiedere al giudice che con la

³² È noto che, per effetto dell'art. 35, comma 22 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, le parti sono obbligate ad dichiarare nell'atto di trasferimento dell'immobile, con dichiarazione sostitutiva di atto notorio, le modalità di pagamento del corrispettivo, e quindi i numeri degli assegni bancari o circolari o gli estremi dei bonifici con cui è stato effettuato il pagamento.

³³ G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 4.2, cit.

sentenza sostitutiva del contratto non concluso siano fissate condizioni e modalità di versamento idonee ad assicurare l'acquisto del bene libero da vincoli e tali da garantirlo da eventuale evizione³⁴.

9. La risoluzione del contratto.

In caso di risoluzione del contratto per *inadempimento del concedente*, lo stesso deve restituire la parte di canoni imputata al corrispettivo, maggiore degli interessi legali (art. 23, comma 5, primo periodo). La norma si pone evidentemente a tutela del conduttore e non è derogabile dall'autonomia privata.

In caso di risoluzione del contratto per *inadempimento del conduttore*, il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto (art. 23, comma 5, secondo periodo). La regola, per espressa previsione normativa, è derogabile dall'autonomia privata. La disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore è diversa dalla corrispondente disciplina dettata in tema di vendita con riserva della proprietà³⁵ dove la regola è la restituzione delle rate riscosse dal venditore, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno, mentre l'acquisizione delle rate riscosse a titolo di indennità è l'eccezione che deriva da una pattuizione dell'autonomia privata. In altri termini, la disciplina dell'art. 23, comma 5, secondo periodo prevede come regola generale una sorta di clausola penale a favore del concedente per il caso d'inadempimento del conduttore, clausola penale che è stata valutata favorevolmente dal legislatore, non essendo prevista la riduzione giudiziale dell'indennità.

9.1. L'atto pubblico come titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile.

In caso di risoluzione per inadempimento del conduttore, *il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile*. Si consideri che, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., modificato dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263, *l'atto pubblico notarile costituisce titolo esecutivo per l'esecuzione forzata per consegna o rilascio*. La novella legislativa ha esteso la valenza di titolo esecutivo anche alle scritture private autenticate solamente per le obbligazioni di somme di denaro in essi contenute. *Sarà, quindi, opportuno l'utilizzo della forma dell'atto pubblico per consentire al concedente, in caso di inadempimento del conduttore, di avvalersi del titolo esecutivo per la procedura di rilascio dell'immobile*.

9.2. Il mancato pagamento di un numero di canoni inferiori a un ventesimo.

L'art. 23, comma 2 del decreto 133/2014 appresta una tutela del conduttore, per il periodo di svolgimento del rapporto di godimento, stabilendo che non comporta la risoluzione del

³⁴ Cass., 23 settembre 2004, n. 19135; Cass., 24 novembre 1997, n. 11709.

³⁵ L'art. 1526 c.c. stabilisce «*Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.*

Qualora sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta.

La stessa disposizione si applica nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione, e sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti».

contratto il mancato pagamento di un numero di canoni inferiore ad un ventesimo del loro importo complessivo. La formulazione della norma presuppone che i canoni siano di uguale importo e stabilisce la soglia di rilevanza dell'inadempimento al mancato pagamento di un ventesimo dei canoni. *Qualora le parti abbiano previsto canoni diversificati, ad esempio di importi crescenti di anno in anno, riterrei che il riferimento ad un ventesimo dei canoni debba intendersi come riferito alla corrispondente frazione dell'importo complessivo dei canoni pattuiti.*

Si tratta di una norma simile a quella dettata per la vendita con patto di riservato dominio dall'art. 1525 c.c. e che, in quel caso, esclude la risoluzione del contratto, nonostante patto contrario, per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo. Entrambe le norme sono ispirate dall'esigenza di evitare che una situazione di difficoltà temporanea dell'acquirente possa pregiudicare definitivamente il suo acquisto. È un'applicazione del principio generale stabilito dall'art. 1455 c.c. in base al quale «*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*».

Nella fattispecie contratti di godimento in funzione della successiva alienazione il legislatore ha stabilito che il mancato pagamento di un numero di canoni inferiore ad un ventesimo del loro importo complessivo costituisce *inadempimento di scarsa importanza*.

Preso atto della valutazione legale tipica contenuta nella norma, è evidente che l'autonomia privata può esplicarsi con *una clausola risolutiva espressa più favorevole al conduttore* e non in senso contrario, cioè più gravoso per il conduttore³⁶.

10. Il fallimento del concedente.

L'art. 23, comma 6 del decreto 133/2014 prevede una tutela del conduttore anche per il caso di fallimento del concedente. In base a tale norma «*In caso di fallimento del concedente il contratto prosegue, fatta salva l'applicazione dell'art. 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni*».

La norma contiene due precetti.

In primo luogo, l'art. 23, comma 6 afferma a chiare lettere che il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione prosegue anche in caso di fallimento del concedente, escludendo il potere del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto. Si tratta di un'eccezione rispetto al principio generale in base al quale, in caso di fallimento di una parte di un contratto non ancora compiutamente eseguito da entrambe le parti, il curatore fallimentare con l'autorizzazione del comitato dei creditori, ha il potere di decidere se subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo (art. 72, comma 1, regio decreto n. 267/1942). Tale potere del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto non si applica al contratto preliminare di vendita trascritto, ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente (art. 72, comma 8, regio decreto n. 267/1942).

³⁶ Nello stesso senso cfr. G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 5.3, cit.; M. Maltoni, *op. cit.*, 1072.

In secondo luogo, l'art. 23, comma 6 fa salvo quanto disposto dall'art. 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto n. 267/1942. In base a tale norma non sono soggetti all'azione revocatoria «c) *le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio*».

Si può, dunque, affermare che la prosecuzione del contratto di godimento avviene *ex lege*, sulla base della semplice trascrizione del contratto, con disciplina speculare rispetto a quella del preliminare trascritto. L'esonerazione dalla revocatoria fallimentare, invece, richiede dei requisiti ulteriori: i) che per la vendita sia stato pattuito un *giusto prezzo*; ii) che il contratto abbia ad oggetto *un immobile ad uso abitativo ovvero un immobile non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente*; iii) che l'immobile sia *adibito ad abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado* oppure che *l'attività d'impresa sia effettivamente esercitata nell'immobile ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio*.

Quanto al requisito del giusto prezzo, lo stesso è stato inserito per la prima volta nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 122/2010 il cui art. 10 ha stabilito che la giustezza del prezzo debba essere valutata alla data della stipula del preliminare. La soluzione risponde ad evidenti criteri di ragionevolezza, perché in quel momento si perfeziona l'accordo sul prezzo e si effettua la valutazione della convenienza dell'affare, con la conseguenza che la disposizione dell'art. 10 dovrebbe essere utilizzata come criterio interpretativo per chiarire la portata dell'art. 67 legge fallimentare³⁷.

La destinazione ad abitazione principale costituisce una circostanza di fatto consistente nella destinazione dell'immobile a dimora abituale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Il concetto di abitazione principale coincide, sostanzialmente, con quello di residenza che si ricava dall'art. 43, comma 2 c.c.: *“la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale”*. Trattandosi di una circostanza di fatto, può essere provata non solo con un certificato anagrafico rilasciato dal Comune ma anche con altri elementi di prova idonei, quali le denunce ai fini della fornitura di gas, trasporto di rifiuti solidi urbani o l'esibizione di uno stato di famiglia, come recentemente riconosciuto dalla giurisprudenza tributaria e dalla stessa prassi ministeriale³⁸.

11. La sostituzione del conduttore/acquirente dell'immobile nel corso del rapporto.

La prassi farà emergere certamente l'esigenza di sostituzione del conduttore/acquirente dell'immobile in pendenza del rapporto di godimento dell'immobile. Normalmente la sostituzione del contraente riguarderà la seconda fase del contratto, cioè la stipula del contratto di compravendita dell'immobile. Nell'esame dell'istituto si può attingere ai risultati interpretativi

³⁷ Panzani, *i Fallimenti immobiliari*, in *Fallimento online*, citato in S. Paratore, *La nuova revocatoria fallimentare*, G. Giappichelli, Torino, 2006, 161.

³⁸ Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, Sentenza n. 136 del 30 dicembre 2005, in *CNN Notizie* del 10 novembre 2006; Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 218/E del 30 maggio 2008.

raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di sostituzione del promissario acquirente nel contratto preliminare di compravendita.

11.1. Il contratto per sé o per persona da nominare.

L'istituto che normalmente viene utilizzato per la sostituzione del promissario acquirente è la riserva di nomina. Ai sensi degli art. 1401 e seguenti c.c., *una parte può riservarsi la facoltà di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti ed assumere gli obblighi nascenti dal contratto.*

È opportuno richiamare brevemente le varie ricostruzioni della natura giuridica dell'istituto.

Secondo una prima tesi, il contratto per persona da nominare è *un contratto con effetto alternativo quanto ai soggetti, alternatività che dipenderebbe da una condizione risolutiva nei riguardi dell'acquisto dello stipulante e, al tempo stesso, sospensiva nei riguardi dell'acquisto dell'eligendo.* Queste condizioni si verificherebbero con la dichiarazione di nomina³⁹. In definitiva il congegno di alternatività comporta una sostituzione soggettiva con effetto retroattivo del contratto che resta immutato sotto il profilo oggettivo.

Una tesi più recente giustifica la sostituzione soggettiva del promissario acquirente con una *facoltà dello stipulante di liberarsi dagli effetti contrattuali nominando un altro soggetto dal quale ha avuto procura oppure ratifica*⁴⁰.

Secondo la ricostruzione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, il contratto per persona da nominare integrerebbe una singolare figura di *rappresentanza eventuale (in quanto la nomina è una facoltà e non un obbligo per lo stipulante) in incertam personam (in quanto l'identità del nominato non è comunicata al momento della riserva di nomina ma successivamente)*⁴¹.

L'inquadramento dell'istituto nell'ambito della rappresentanza è utile nei limiti in cui consente di applicare ai rapporti tra stipulante e nominato la relativa disciplina. Non vanno, però, trascurate alcune peculiarità dell'istituto al vaglio che lo distinguono nettamente dalla rappresentanza.

Il contratto si perfeziona fin dalla sua conclusione tra promittente e stipulante il quale assume in proprio tutti gli obblighi derivanti dal contratto; lo stipulante è parte sostanziale del contratto mentre il rappresentante è parte solamente formale del contratto. *Lo stipulante, essendo parte sostanziale del contratto, può esercitare facoltà e diritti accessori derivanti dal contratto, ad esempio ricevere la detenzione dell'immobile, senza che ciò pregiudichi la riserva di nomina, rispetto alla quale sarà incompatibile solamente l'esecuzione della prestazione principale,*

³⁹ L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948, 707; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 169.

⁴⁰ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2000, 1043.

⁴¹ F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 1973, 293; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. it.* a cura di Vassalli, Torino, 1952, 588 s.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 409; in giurisprudenza cfr. Cass., 21 giugno 1995, n. 7026; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1682; Cass., 15 dicembre 1987, n. 9301.

*che comporterà l'estinzione del potere di nomina*⁴². Ad esempio, il trasferimento dell'immobile in favore dello stipulante, prima del termine fissato nel preliminare, determinerà certamente l'estinzione della riserva di nomina contenuta nel contratto preliminare. Secondo la giurisprudenza l'immediata efficacia del contratto concluso per persona da nominare per il soggetto che si è riservata la nomina del contraente, fino a quando questa non sia stata effettuata, rappresenta un principio che non può essere derogato dalle parti, riflettendo esigenze di carattere generale che trascendono quelle particolari⁴³.

È frequente che il termine per *la dichiarazione di nomina coincida con la data fissata per la conclusione del contratto definitivo*. Ciò appare pienamente ammissibile, tanto che la giurisprudenza della Cassazione attribuisce al nominato la legittimazione ad agire ex art. 2932 c.c. anche se lo stesso sia stato nominato il giorno fissato per la stipula poi non avvenuta per assenza del promittente venditore⁴⁴. In tale ipotesi, all'atto dovrà, quindi, intervenire anche l'originario promissario acquirente, nella sua qualità di stipulante, al fine di procedere alla dichiarazione di nomina prima del trasferimento definitivo dal promittente al nominato.

Quando la dichiarazione di nomina è stata validamente fatta, la persona nominata acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questo fu stipulato (art. 1404 c.c.). Perché la dichiarazione di nomina sia valida, la stessa deve essere comunicata al promittente entro il termine stabilito al momento della riserva della nomina e deve essere accompagnata dall'accettazione della persona nominata, salvo che non esistesse una precedente procura conferita dal nominato allo stipulante (art. 1402 c.c.).

L'accettazione della persona nominata non può intervenire dopo il termine fissato nel contratto di concessione in godimento. Qui emerge un'altra differenza con la rappresentanza dove la ratifica del rappresentato può intervenire anche successivamente alla conclusione del contratto; la differenza è giustificata dalla vincolatività del rapporto tra promittente e stipulante il quale può sostituire a sé un altro soggetto solo a condizione che rispetti la disciplina della nomina.

Effettuata validamente la nomina lo stipulante esce di scena e viene sostituito nel contratto con effetto retroattivo dal nominato, come se lo stesso avesse fin dall'origine concluso il contratto di concessione in godimento.

La retroattività della sostituzione del nominato nella posizione contrattuale dello stipulante, che è caratteristica indefettibile del contratto per persona da nominare, comporta che sia lo stipulante sia il nominato debbono avere la capacità giuridica e la legittimazione ad acquistare fin dal momento della conclusione del contratto di concessione in godimento. Questo è un punto particolarmente delicato della disciplina del contratto per persona da nominare.

È frequente nella prassi commerciale che la dichiarazione di nomina venga effettuata in favore di una società non ancora costituita al momento della conclusione del contratto preliminare. Si è affermato in dottrina che «la riserva di nomina del terzo deve, poi, necessariamente riguardare una persona già esistente e determinabile al momento della

⁴² Cfr. G. Baralis, *La tutela del promittente, dello stipulante e dell'acquirente nominato nella contrattazione immobiliare per persona da nominare*, in *La "circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili*, I quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, 2009, 19.

⁴³ Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Notariato*, 1996, 109, con nota di De Cristofaro.

⁴⁴ Cass., 10 maggio 1976, n. 1644, in *Foro it.*, 1976, I, 1845, con nota di Lener.

stipulazione del contratto... Di qui il fondato dubbio sulla validità di nomina a favore di società non ancora costituita al momento della conclusione del contratto, a meno che la fattispecie non possa essere ricostruita in termini condizionali»⁴⁵. La Corte di Cassazione ha affermato che nel contratto per persona da nominare non è richiesto che all'atto della stipulazione ex art. 1401 c.c. la persona da nominare sia già esistente, essendo invece necessaria tale esistenza solo nel successivo momento della designazione ex art. 1402 c.c., in virtù della quale il terzo nominato subentra nei diritti ed obblighi assunti dall'originario contraente⁴⁶.

Non c'è dubbio che per conservare la funzione di prenotazione propria della trascrizione vi debba essere, in generale, identità soggettiva tra conduttore ed acquirente finale del bene. Ciò non toglie che siano consentite quelle variazioni soggettive, che siano espressione di istituti propri del contratto in generale, che hanno come funzione la sostituzione di un contraente al contraente originario, ove siano rispettati i requisiti della fattispecie normativa. Occorre, quindi, verificare come la disciplina della trascrizione si debba coordinare con quella del contratto per persona da nominare.

Generalmente si ritiene necessaria la menzione della riserva di nomina nella trascrizione del contratto preliminare al fine della sua opponibilità ai terzi; in mancanza della menzione lo stipulante è considerato l'unico beneficiario della prenotazione e risulta impossibile il collegamento soggettivo tra stipulante e nominato. È stato, però, autorevolmente osservato che l'omessa menzione della riserva di nomina non nuocerebbe, tuttavia, all'efficacia prenotativa, se la dichiarazione di nomina fosse stata trascritta entro il termine prescritto per l'esecuzione della trascrizione prenotata; in tal caso, ugualmente il nominato potrebbe opporre tale efficacia agli aventi causa dal promittente⁴⁷.

Se per il contratto è richiesta "a determinati effetti" una forma di pubblicità, deve agli stessi effetti essere resa pubblica anche la dichiarazione di nomina, con l'indicazione dell'atto di procura o dell'accettazione della persona nominata (art. 1403, comma 2 c.c.). Si tratta di stabilire quale sia il mezzo pubblicitario più adeguato a segnalare il subingresso con effetto retroattivo del nominato allo stipulante nel contratto preliminare.

Parte della dottrina ritiene che la dichiarazione di nomina andrebbe *trascritta a favore del nominato e contro lo stipulante* in quanto non potrebbe declassarsi al rango di annotazione la pubblicità che attiene non al verificarsi di una circostanza dedotta in condizione, bensì all'individuazione del soggetto che assume il ruolo di parte negoziale⁴⁸. In altri termini, considerato che la dichiarazione di nomina serve ad individuare il nuovo promissario acquirente, è necessario renderla pubblica con una formalità di pari dignità rispetto alla pubblicità del contratto preliminare, e quindi con la trascrizione contro il promissario acquirente ed a favore del nominato. Tale trascrizione andrà a saldarsi con la prima nota di trascrizione, che sarà indicata nel quadro A come formalità di riferimento, e consentirà al promissario acquirente di giovare dell'effetto di prenotazione fin dalla data della trascrizione del contratto preliminare. I sostenitori della pubblicità della dichiarazione di nomina per mezzo della trascrizione affermano che la trascrizione

⁴⁵ M. Costanza, *Le clausole contrattuali per sé o per persona da nominare*, in *Vita not.*, 1990, III, XCVII.

⁴⁶ Cass., 22 marzo 2006, n. 6405, in *I contr.*, 2007, 133, con nota di Giammarino.

⁴⁷ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., 542.

⁴⁸ G. Gabrielli, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 461; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile commentato* diretto da Schlesinger, sub. art. 2643, 372 ss.

serve anche a risolvere eventuali conflitti tra più soggetti nominati dal promissario acquirente, con la prevalenza del soggetto nominato che trascriva per primo la dichiarazione di nomina.

È stata proposta in dottrina un'altra ricostruzione che valorizza il ruolo della dichiarazione di nomina quale condizione risolutiva rispetto alla posizione soggettiva del promissario acquirente e quale condizione sospensiva rispetto alla posizione soggettiva del terzo nominato, con efficacia retroattiva ex art. 1404 c.c., fin dal momento della trascrizione del preliminare⁴⁹. La dichiarazione di nomina ha semplicemente la funzione di pubblicizzare che il nominato subentra nella posizione contrattuale dello *stipulans* come se il nominato avesse sottoscritto il contratto preliminare di compravendita direttamente con il promittente. Una volta effettuata la nomina, è come se lo stipulante avesse concluso quel contratto preliminare come rappresentante del nominato che è parte sostanziale del contratto.

Sembrerebbe, quindi, più rispondente alla ricostruzione teorica dell'istituto l'annotazione della dichiarazione di nomina a margine della trascrizione del contratto preliminare, riportando nel quadro C i soggetti a favore e contro come nella nota originaria del preliminare trascritto e indicando il nominato quale soggetto a favore del quale esplica effetti l'annotazione⁵⁰. Questa soluzione ha il vantaggio di una maggiore chiarezza nel sistema della pubblicità immobiliare in quanto all'ispezione dei Registri immobiliari si trova una sola trascrizione dell'unico contratto preliminare e un'annotazione che segnala il soggetto beneficiario dell'effetto di prenotazione che subentra nel contratto fin dall'origine.

Secondo una tesi la trascrizione della dichiarazione di nomina avrebbe la funzione di risolvere il conflitto tra più soggetti nominati con la prevalenza del primo che trascriva la dichiarazione di nomina⁵¹. Considerato che è riservata alla legge la selezione, tra quelli astrattamente possibili, del criterio di soluzione del conflitto tra più acquirenti di diritti incompatibili, in mancanza di un'espressa indicazione legislativa, sembra conforme ai principi generali ed alle norme di diritto sostanziale la prevalenza del soggetto nominato per primo con atto di data certa comunicato al promittente venditore; la dichiarazione di nomina opera come condizione risolutiva che elimina la posizione contrattuale dello stipulante e consuma il suo potere di nomina per il futuro⁵².

11.2. La cessione del contratto.

Altra ipotesi di sostituzione del promissario acquirente si realizza con la cessione del contratto preliminare.

Con la cessione del contratto il promissario acquirente sostituisce a sé un terzo che subentra nella sua stessa posizione contrattuale, cioè in tutto il complesso di posizioni attive e passive, principali e accessorie. Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, la cessione del contratto ha natura di negozio trilaterale in quanto per il suo perfezionamento è necessario non

⁴⁹ Enrietti, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1959, 330 ss.

⁵⁰ Cfr. V. de Donato, *La trascrizione del contratto preliminare: particolari fattispecie di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1998, 430 s.

⁵¹ Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., 541 s.; Triola, *La trascrizione*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Bessone, IX, Torino, 2000, 102.

⁵² In senso conforme, A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, 83 s.; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., 376 s.; F. Patti, *Contratto preliminare per persona da nominare*, in *Riv. not.*, 2001, 1364.

solo il consenso del soggetto cedente (promissario acquirente) e del soggetto cessionario (che subentra al promissario acquirente) ma anche il consenso del contraente ceduto⁵³.

È preferibile la tesi, prevalente in dottrina, secondo la quale il consenso del contraente ceduto non è necessario per la formazione del contratto, bensì per la liberazione del cedente dai debiti assunti verso il contraente ceduto, in applicazione del principio espresso, in tema di acollo, dall'art. 1273, comma 2, c.c.⁵⁴.

Questa impostazione sembra confermata dall'art. 1408, comma 1 c.c. in base al quale il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui al sostituzione diviene efficace nei suoi confronti. "Tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte" (art. 1408, comma 2, c.c.).

Al riguardo, si tenga presente che "se una parte ha consentito preventivamente che l'altra sostituisca a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, la sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui le è stata notificata o in cui essa l'ha accettata" (art. 1407 c.c.).

Anche se la cessione del contratto, preventivamente autorizzata dal contraente ceduto, presenta delle notevoli affinità con il contratto per persona da nominare, rimane la differenza fondamentale dell'efficacia della sostituzione. Infatti, nella cessione del contratto la successione del cessionario al cedente opera *ex nunc* mentre nel contratto per persona da nominare il nominato subentra nel contratto retroattivamente con effetto fin dal momento della conclusione del contratto.

Questa fondamentale differenza consente di utilizzare lo strumento della cessione del contratto in quelle ipotesi, sopra accennate, in cui il soggetto che deve subentrare nel contratto non esiste o non ha la legittimazione al momento della conclusione del contratto preliminare. Con la cessione del contratto, effettuata nel momento in cui sussistono tutti i requisiti richiesti al cessionario, si superano problemi conseguenti alla retroattività della nomina nel contratto per persona da nominare.

Un'altra fondamentale differenza riguarda la garanzia che deve prestare il cedente al cessionario e vale a segnare un netto distacco di disciplina rispetto ai rapporti tra stipulante e nominato nel contratto per persona da nominare.

Ai sensi dell'art. 1410 c.c., il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto; inoltre può assumere, per patto espresso, la garanzia dell'adempimento del contratto e, in tal caso, risponde come fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto. Al contrario lo stipulante, nel contratto per persona da nominare, per effetto della nomina e dell'accettazione del nominato, esce dal rapporto obbligatorio ed è sostituito nello stesso dal nominato.

Potrebbe ritenersi che la cessione del contratto non sia trascrivibile in quanto non produce alcuno degli effetti menzionati dall'art. 2643 c.c. A ben vedere la trascrizione della cessione del contratto preliminare non è eseguita ai fini dell'art. 2643 c.c. ma agli effetti dell'art. 2645-bis, al

⁵³ Cass., 29 novembre 1993, n. 11847; Cass., 24 giugno 1992, n. 7752; Cass., 9 agosto 1990, n. 8098.

⁵⁴ E. Betti, *Teoria generale*, cit., 257 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*. 3. *Il contratto*, Milano, 2000, 718; D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965, tomo 2, 238.

fine di conservare l'efficacia di prenotazione propria della trascrizione del contratto preliminare. Si segnala una semplice modifica soggettiva del contratto preliminare precedentemente trascritto.

In questa fattispecie, non è prevista legislativamente una retroattività nella sostituzione del cessionario con il cedente, nella qualità di parte promissaria del contratto preliminare. Ciò non esclude che il cessionario subentrando nella posizione del cedente potrà avvalersi dell'efficacia di prenotazione di cui beneficiava il cedente a condizione che pubblicizzi il subentro con la trascrizione. Tale trascrizione andrà eseguita contro il cedente, promissario acquirente, ed a favore del cessionario che si avvarrà del "grado" della trascrizione del preliminare trascritto⁵⁵.

La tesi esposta è stata confermata dall'ufficio Studi del C.N.N. secondo il quale «non esistono dubbi sulla trascrivibilità della predetta cessione, allo scopo di consentire alla trascrizione del preliminare di completare la sua efficacia sui registri immobiliari e allo scopo di evitare che nella consultazione dei registri esista una frattura nella ricerca nominativa che caratterizza la pubblicità immobiliare»⁵⁶.

11.3. Il contratto a favore di terzi.

Per la sostituzione del promissario acquirente, nella stipula del contratto definitivo di compravendita, può essere utilmente utilizzato il contratto preliminare a favore di terzo. Il terzo beneficiario del contratto non assume gli obblighi derivanti dal contratto preliminare ma è esclusivamente beneficiario dell'effetto traslativo. Si è affermato in dottrina che «se il terzo designato entra in scena come acquirente in sede di stipulazione del contratto definitivo, in questa sede egli non subentra ma per così dire "nasce" acquirente, come contraente definitivo»⁵⁷; pertanto il nominato non subentra nella posizione contrattuale connessa al preliminare ma ha unicamente un diritto ad acquistare; la fattispecie non configura una riserva di nomina ma una clausola di stipulazione a favore di terzo⁵⁸. Anche in giurisprudenza è stato rilevato che, con riguardo ad un contratto preliminare, la ricorrenza di un contratto per persona da nominare, ai sensi e per gli effetti degli art. 1401-1405 c.c., non è ravvisabile quando la riserva di nomina di un terzo venga riferita non allo stesso preliminare, in relazione ai diritti ed obblighi da esso nascenti, ma al contratto definitivo che le parti stesse si impegnano a stipulare⁵⁹.

Normalmente il terzo beneficiario viene designato nello stesso contratto a favore di terzo; ci si chiede se sia ammessa una designazione successiva con cui il promittente, sciogliendo la riserva contenuta nel preliminare, designi il beneficiario dell'effetto traslativo. È concessa all'autonomia privata la facoltà di designare successivamente il beneficiario dell'effetto traslativo, in analogia con quanto previsto dall'art. 1920, comma 2 c.c. che, in tema di assicurazione sulla vita a favore di terzo, parla espressamente di designazione del beneficiario con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore.

Dal punto di vista dogmatico, la principale difficoltà dell'istituto consiste nel conciliare i principi del contratto a favore di terzo, il quale riceve esclusivamente vantaggio dalla stipulazione

⁵⁵ V. de Donato, *op. cit.*, 432; Pellegrini, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1988, 22.

⁵⁶ Quesito n. 213-2006/C in B.D.N. "Angelo Gallizia".

⁵⁷ F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. IX., tomo II, 74.

⁵⁸ F. Patti, *Contratto preliminare per persona da nominare*, in *Riv. not.*, 2001, 1354.

⁵⁹ Cass., 8 novembre 1983, n. 6587, in *Mass. giur. it.*, 1983; in *Foro it.*, 1984, I.

a suo favore, con la struttura del preliminare che attribuisce alle parti una posizione complessa caratterizzata da diritti ed obblighi.

Sulla base della ricostruzione giurisprudenziale, si ravvisa nel preliminare di vendita a favore di terzo “un contratto obbligatorio atipico e gratuito” che, tramite una sequenza procedimentale di atti, realizza la funzione della vendita: in forza del predetto contratto sorge a carico dello stipulante l’obbligazione di pagamento del prezzo ed a carico del promittente l’obbligo di trasferire il diritto sul bene al terzo⁶⁰. In altri termini, il terzo acquista esclusivamente il diritto ad ottenere il trasferimento in suo favore, trasferimento che è realizzato dal promittente in adempimento dell’obbligazione assunta nel contratto preliminare.

Nella prassi saranno più frequenti le richieste di intestare l’immobile ad un prossimo congiunto (coniuge, figlio, nipote) del conduttore, il quale dopo avere pagato tutti i canoni intende beneficiare del trasferimento il suo congiunto. La fattispecie configura una nuova ipotesi di liberalità indiretta dell’immobile, cioè un mezzo per realizzare, con uno strumento diverso dalla donazione tipica di cui agli articoli 769 e seguenti c.c., l’arricchimento in favore del beneficiario dell’immobile oggetto del contratto, per spirito di liberalità, con corrispondente impoverimento del donante pari ai canoni già pagati per l’acquisto dell’immobile.

Alessandro Torroni

⁶⁰ Cass., 5 dicembre 1987, n. 9034; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giur. it.*, 1988, I, 1560.