

TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE, PIGNORAMENTO E FALLIMENTO

(Relazione al corso di formazione "Immobili e diritto privato" – Roma 13-15 luglio 2009)

INDICE

PARTE PRIMA: LINEE GENERALI

1. Trascrizione del preliminare. Quadro di sintesi e ricognizione degli interventi normativi.
2. La fattispecie della trascrizione.

PARTE SECONDA: LO *JUS AD REM* DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

3. L'effetto prenotativo della trascrizione. Termine di efficacia degli effetti della trascrizione.
4. Conservazione dell'effetto prenotativo della trascrizione.

Sez. I - L'effetto prenotativo nell'esecuzione individuale:

trascrizione della domanda giudiziale e/o del preliminare anteriore al pignoramento

5. Criterio di risoluzione del conflitto tra titoli.
6. Mezzi di tutela del promissario primo trascrivente la domanda giudiziale.
7. Estensione delle conclusioni sub § 6 alla trascrizione anteriore del preliminare.

Sez. II – Segue:

trascrizione della domanda giudiziale e/o del preliminare anteriore al pignoramento ma successiva all'iscrizione ipotecaria presa contro il promittente venditore (o un suo dante causa)

8. Criteri di risoluzione del conflitto tra titoli. Analisi degli interessi in gioco.
9. La tutela giuridica del promissario primo trascrivente la domanda giudiziale negli orientamenti giurisprudenziali. Forma dell'espropriazione e non spettanza dell'opposizione agli atti.
10. (Segue). L'opposizione di terzo del promissario acquirente.
11. Svolgimenti. Diritto ad assumere la veste di parte e avviso ex art. 498 c.p.c.
12. (Segue). I poteri del promissario primo trascrivente nell'esecuzione.
13. (Segue). Conflitto con i creditori chirografari dell'esecutato e partecipazione al riparto.
14. Ripercussioni della vendita forzata sul giudizio di adempimento ex art. 2932 c.c.
15. Estensione delle conclusioni che precedono alla trascrizione del preliminare.
16. Eccezioni alla prevalenza del preliminare. L'ipoteca iscritta a garanzia del finanziamento concesso al costruttore per l'intervento edilizio ex art. 2825-bis c.c.. Il mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile.

Sez. III – L'effetto prenotativo nell'esecuzione concorsuale:

trascrizione della domanda e/o del preliminare anteriore alla dichiarazione di fallimento

17. Limiti all'operatività della trascrizione anteriore nel fallimento. Quadro degli orientamenti giurisprudenziali.
18. Le innovazioni del correttivo alla riforma della legge fallimentare. Stabilità del preliminare trascritto.
19. (Segue). Revocatoria fallimentare del preliminare trascritto.
20. Esecuzione del preliminare. Questioni.
21. Sintesi delle interferenze tra trascrizione del preliminare e fallimento.

PARTE TERZA: IL PRIVILEGIO SPECIALE DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

22. Fonti delle obbligazioni assistite da privilegio.
23. Natura e misura delle obbligazioni assistite da privilegio.
24. Grado del privilegio. Conflitto tra privilegio e ipoteca.
25. Condizioni per la conservazione del privilegio. Nell'esecuzione individuale. In particolare: pignoramento e intervento del promissario acquirente.
26. (Segue). Nell'esecuzione concorsuale.

PARTE PRIMA: LINEE GENERALI

1. Trascrizione del preliminare. Quadro di sintesi e ricognizione degli interventi normativi.

L'esigenza di fornire al promissario acquirente una più ampia tutela ha indotto il legislatore a prevedere la trascrivibilità del contratto preliminare, introducendo un compendio di norme a sua tutela che hanno come elemento comune di fattispecie la trascrizione¹.

Questo intervento s'è svolto in più tempi.

1) Il d.l. 31.12.1996 n. 669 convertito con emendamenti in legge 28.2.1997 n. 30 ha introdotto gli artt. 2645-bis, 2775-bis, 2825-bis c.c. e modificato l'art. 2668 comma 4 c.c. ("*Cancellazione della trascrizione*") e l'art. 72 comma 5 legge fall. ("*Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti*"). Quest'ultima norma è stata poi riformulata, con un semplice adattamento lessicale, dal correttivo alla riforma della legge fallimentare (d. lgs. 12.9.2007 n. 169) ed è ora divenuta il comma 7 dell'art. 72 ("*Rapporti pendenti*").

2) Lo stesso correttivo d. lgs. 12.9.2007 n. 169 ha modificato la legge fall. all'art. 67 comma 3 lett. "c" in materia di revocatoria fallimentare ("*Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*") e introdotto un ultimo comma all'art. 72 legge fall..

Non riguarda la materia della trascrizione del preliminare, ma rientra nell'insieme dei tentativi legislativi di fornire maggior tutela ai promissari acquirenti di immobili persone fisiche, il d. lgs.

¹ La bibliografia è assai vasta. Degno di nota è che la maggior parte delle opere risale al 1997-1998: segno questo della scarsa applicazione che il nuovo istituto ha avuto nella pratica. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium juris*, 1997, 215; ID., *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 377; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998; DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, in *I contratti*, 1997, 5; DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corriere giuridico*, 1997, 131; ID., *Commento*, in *Corriere giuridico*, 1997, 514; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 529; ID., *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium juris*, 1997, 455 ss.; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, 19; ID., *Il contratto preliminare*, Torino, 1998 (estratto da *Il contratto in generale*, vol. IX, t. II, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone); ID., *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1998; LUMINOSO e PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998; MARICONDA, *Fattispecie trascrivibili e aspetti transitori*, in *Notariato*, 1997, 366; MICCOLIS, *Profili processuali della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.* 1998, I, 163. A parte queste trattazioni della materia nel suo complesso, i due temi specifici che sembrano aver maggiormente sollecitato il dibattito sono il conflitto del promissario acquirente con il creditore ipotecario e il privilegio speciale del promissario: su questi vedi, oltre alle OO. citate anche ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, 360; BOZZA e CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.* 1997, I, 317; CACCAVALE e TASSINARI, *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, 405; GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.* 2003, II, 793; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, 229; TARDIVO, *Trascrizione del preliminare di vendita e finanziamento fondiario*, in *Vita not.*, 1997, 114; TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. critica dir. priv.* 1997, 163.

20.6.2005 n. 122, rubricato "*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*"².

Non rientra peraltro negli scopi di questa relazione fare luce su tutte le complesse questioni proposte dalla disciplina della trascrizione del preliminare, né sulle sistemazioni teoriche generali, poiché il tema affidatomi riguarda soprattutto il conflitto pratico tra promissario acquirente e il ceto creditorio, nell'esecuzione individuale e in quella concorsuale. Si può dire fin d'ora però che la posizione ritagliata dalle norme in questione (e soprattutto dagli artt. 2645-bis e 2775-bis c.c.) al promissario acquirente che ha trascritto il preliminare è, per così dire, ancipite.

1) Il promissario è tutelato come avente causa *in fieri* del promittente venditore contro atti trascritti o iscritti a carico di quest'ultimo. La trascrizione del preliminare conferisce dunque maggiore stabilità alla pretesa all'acquisto e conservazione della proprietà, essendo strumento di risoluzione dei conflitti tra titoli di acquisto incompatibili, in testa al promissario acquirente e ad altri aventi causa dal comune autore. Tra i titoli in conflitto rientrano certamente l'ipoteca (cfr. "iscrizioni eseguite"), il pignoramento e il sequestro conservativo e quindi anche, in caso di vendita forzata, il decreto di trasferimento emesso a favore dell'aggiudicatario.

Come dirò più avanti, questo conflitto si pone negli identici termini in cui aveva ragione di porsi, prima del d.l. 31.12.1996, per la trascrizione della domanda giudiziale di adempimento del preliminare: salvo contraria indicazione, gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza formati in merito al conflitto tra domanda giudiziale ex art. 2652 n. 2, pignoramento e ipoteca possono estendersi, *prima facie*, anche al preliminare.

2) Al tempo stesso, è tutelata la pretesa al soddisfacimento in sede esecutiva (individuale e concorsuale) dei crediti del promissario acquirente derivanti dalla "mancata esecuzione del preliminare", mediante il riconoscimento a quei crediti di un privilegio speciale avente a oggetto l'immobile promesso in vendita. Benché il promissario acquirente, ormai creditore, abbia una posizione omogenea a quella degli altri creditori e non già antagonista, l'attribuzione del privilegio rende plausibile l'emersione – anche in questa sede – di un conflitto con il ceto creditorio e in particolare col creditore ipotecario. Deve avvertirsi però che si tratta qui non di un conflitto tra titoli di acquisto di diritti, ma tra cause di prelazione sul ricavato della vendita forzata.

Ancora, il riconoscimento del privilegio riguarda appunto il promissario acquirente che ha trascritto il contratto, mentre nessuna norma ha previsto l'estensione della causa di prelazione alla trascrizione

² Le pubblicazioni edite sono numerose. Segnalo senza pretesa di completezza: APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fall.* 2005, 1121 ss.; DI MARZIO, *Crisi di impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Dir. fall.* 2006, I, 37 ss.; PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005.

della domanda giudiziale³. Per questa parte, dunque le due posizioni si diversificano: si potrà discutere se la disparità di trattamento è giustificata o meno, ma non intendo occuparmene in questa sede.

2. La fattispecie della trascrizione.

Come ho premesso, non è mia intenzione indugiare nell'analisi delle questioni sulla fattispecie della trascrizione del preliminare. Pochi cenni bastano dunque a fornire il quadro in cui ci muoviamo.

1) Sono trascrivibili i contratti preliminari aventi a oggetto il trasferimento della proprietà o di un diritto reale di godimento *in re aliena* (cfr. artt. 2645-bis e 2643 nn. 1-4) su un immobile, anche in corso di costruzione.

In questo caso, il contratto è trascrivibile purché indichi "la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi" (art. 2645-bis comma 4-5). Poiché ogni trascrizione o iscrizione presa nei registri immobiliari deve indicare (artt. 2659 n. 4 e 2839 n. 7 c.c.) i dati catastali dell'immobile cui si riferisce e il fabbricato promesso in vendita "sulla carta" ovviamente può non essere stato ancora accatastato, titolo e nota di trascrizione devono riportare i dati catastali del terreno su cui la costruzione deve essere costruita, come peraltro avviene nella prassi dei mutui edilizi.

Quindi la trascrizione avrà anzitutto a oggetto una quota proporzionale del terreno e solo dopo che l'edificio è venuto ad esistenza gli effetti della trascrizione verranno a prodursi rispetto alle "porzioni materiali corrispondenti alle quote predeterminate nonché alle relative parti comuni" (art. 2645-bis comma 5).

La norma prosegue regolando espressamente due aspetti di possibile criticità. L'eventuale differenza in più tra superficie e/o quota promessa e quella effettivamente realizzata non nuoce all'efficacia della trascrizione se contenuta nei limiti del ventesimo (cfr. art. 1538 c.c.), mentre se viene realizzata una superficie inferiore a quella promessa, l'efficacia della trascrizione evidentemente persiste perché nel più sta anche il meno. L'edificio "esiste" purché sia eseguito il rustico comprensivo delle mura perimetrali e delle singole unità e sia stata completata la copertura: *a contrario*, la mancanza delle finiture non nuoce all'esistenza dell'edificio e quindi non pregiudica gli effetti della trascrizione.

³ Secondo Trib. Padova 18.2.2005, in *Giur. merito* 2006, 926, il privilegio non può estendersi per l'eccezionalità delle norme attributive di privilegi al promissario che ha trascritto prima del fallimento la domanda giudiziale anziché il preliminare. In senso conforme Trib. Parma 13.7.2005, in *Corriere del merito*, 2005, 1130.

2) *More solito*, per trascrivere è necessario che il titolo risulti da atto autentico (art. 2657 c.c.), quindi da atto pubblico o da scrittura privata autenticata o verificata giudizialmente. Riguardo a quest'ultima è appena da segnalare che, prima ancora che il promissario abbia ottenuto sentenza ex art. 215 c.p.c., può senz'altro assicurarsi gli effetti della futura trascrizione del preliminare giudizialmente verificato trascrivendo la relativa domanda ai sensi dell'art. 2652 n. 3 c.c..

PARTE SECONDA: LO *JUS AD REM* DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

3. L'effetto prenotativo della trascrizione. Termine di efficacia degli effetti della trascrizione.

La tutela del promissario acquirente come avente causa *in fieri* dal promittente venditore, quindi come titolare di uno *jus ad rem* destinato a tradursi in uno *jus in re* al completamento della fattispecie acquisitiva, appoggia sull'art. 2645-bis comma 2: "la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare".

3.1. La norma è evidentemente modulata sugli effetti della trascrizione della domanda di adempimento dell'obbligo di contrarre (art. 2652 n. 2) ed è quindi trasparente la *ratio legis* della riforma, consistente nel munire il promissario acquirente di immobile di una tutela equivalente a quella che egli potrebbe ottenere trascrivendo la domanda: tutela tuttavia indipendente dall'instaurazione del giudizio di cognizione.

Sul piano effettuale, la norma si presta a essere descritta come fonte di una "prenotazione di grado": nel senso che la trascrizione del contratto o della sentenza di trasferimento prendono efficacia dalla data della trascrizione "prenotante" ai fini della risoluzione dei conflitti con altre trascrizioni o iscrizioni, *ergo* prevalgono se la trascrizione del preliminare è anteriore a queste ultime.

3.2. Diversamente dall'effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale, la cui stabilità nel tempo è assicurata dalla pendenza della causa e che, pertanto, può venir meno soltanto a seguito dell'estinzione del giudizio o del rigetto della domanda con sentenza passata in giudicato (cfr. art. 2668 c.c.)⁴, la trascrizione del preliminare viene a scadenza "entro un anno dalla data

⁴ Questa conclusione non è inficiata, nella sostanza, dall'art. 2668-bis c.c. da poco introdotto dalla più recente riforma del rito civile (legge 18.6.2009 n. 69). La norma stabilisce infatti che "la trascrizione della domanda giudiziale conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data. L'effetto cessa se la trascrizione non è rinnovata prima che scada detto

convenuta tra le parti per la conclusione del definitivo e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione".

La *ratio* di questa disciplina riposa evidentemente sull'esigenza pratica di non sottrarre troppo a lungo il bene alla libera circolazione e al potere di aggressione dei creditori del promittente venditore, tenuto conto che l'effetto prenotativo assicurato dalla trascrizione nei fatti finisce per deprimere il potere di disporre del bene⁵.

3.3. I due termini sono legati uno all'autonomia delle parti, l'altro al compimento della formalità pubblicitaria (e quindi alla presa d'efficacia della prenotazione)⁶. Tra i due deve applicarsi quello in concreto più breve, come comprova evidentemente la formula "*in ogni caso entro ...*": quindi si applica soltanto il termine dell'anno dalla data prevista per il definitivo, se cade prima del triennio dalla trascrizione, e soltanto quest'ultimo se le parti si sono assegnate un termine più lungo per perfezionare la compravendita⁷.

3.4. I termini non sono di prescrizione, ma in senso stretto di decadenza (con formulazione equivalente costituiscono "una modalità cronologica intrinseca" all'efficacia della trascrizione). A ciò segue l'inapplicabilità delle norme in materia di interruzione e sospensione, l'indisponibilità del limite triennale e l'impossibilità di una sua modificazione pattizia, forse anche la rilevanza d'ufficio della decadenza⁸.

Le parti possono evidentemente convenire la proroga del termine di stipula contenuto nel preliminare pubblicato, ma il patto non può influire sulla durata degli effetti della trascrizione, a meno che non sia anche esso reso pubblico e senz'altro non può influire sul termine triennale che è indipendente dagli accordi delle parti. Venuto a scadenza il termine triennale è possibile la

termine". (Seguono disposizioni applicative in merito alla rinnovazione). La stessa regola s'estende ex art. 2668-ter alla trascrizione del pignoramento e del sequestro conservativo. L'art. 59.4. della riforma stabilisce infine in via transitoria un termine di dodici mesi dall'entrata in vigore della legge per chiedere la rinnovazione delle trascrizioni di domande giudiziali, pignoramenti e sequestri ventennali o anteriori. La rinnovazione *de qua* è infatti modulata, quasi alla lettera, sulla rinnovazione dell'ipoteca (artt. 2847 ss. c.c.) ed è quindi evidente, già nel tenore letterale, che il trascrivente ha facoltà di conservare indefinitamente gli effetti della trascrizione purché ne richieda tempestivamente la rinnovazione, ossia prima della scadenza del ventennio o del termine assegnato in via transitoria.

⁵ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 47.

⁶ Quando il preliminare è stato fatto per scrittura privata semplice, poi sottoposta a verifica giudiziale, si può discutere se il termine triennale decorra dalla trascrizione del preliminare munito di sentenza di verifica o già dalla trascrizione della domanda ex art. 2652 n. 3 c.c.: la questione è affrontata di passaggio da LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 49 che giustamente conclude per un'interpretazione antiletterale, ossia nel senso della decorrenza del termine dalla data di trascrizione della domanda, visto che gli effetti della trascrizione del preliminare retroagiscono alla data della prima.

⁷ Si facciano per chiarezza questi due esempi: A) preliminare stipulato il 31.12.2008 con termine per la stipula del definitivo al 30.6.2009. Qui gli effetti della trascrizione vengono a scadenza il 30.6.2010 (un anno dopo il termine di adempimento convenuto tra le parti). B) preliminare trascritto il 31.12.2008 con termine per la stipula del definitivo al 30.3.2011. Qui gli effetti della trascrizione vengono a scadenza il 31.12.2011 (tre anni dopo la trascrizione).

⁸ CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 66 ss.; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa*, cit., 463; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 48.

rinnovazione della trascrizione del primo preliminare (sempre che non risulti scaduto anche il termine dell'anno dalla stipula) ma questa seconda formalità prende grado *ex nunc* e quindi non vale a dare continuità all'effetto prenotativo, né a risolvere i conflitti con aventi causa dal promittente venditore che hanno trascritto o iscritto nell'intervallo tra la prima trascrizione e il suo rinnovo⁹.

4. Conservazione dell'effetto prenotativo della trascrizione.

Gli effetti della trascrizione sono dunque precari, coerentemente con la premessa che il preliminare attribuisce al promissario uno *jus ad rem* e che questa situazione strumentale o s'evolve nel perfezionamento della fattispecie traslativa (quindi nello *jus in re*) oppure deve essere privata di rilievo sul piano della circolazione della proprietà immobiliare.

4.1. La decorrenza del termine comporta perciò che "gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti" (art. 2645-bis comma 3) a meno che alla prima formalità segua entro il termine una seconda trascrizione, in funzione *lato sensu* "conservativa" della prima.

Questa seconda formalità riguarda: - il definitivo o il diverso atto di esecuzione del preliminare¹⁰; - oppure la trascrizione della domanda giudiziale (art. 2652 n. 2), che viene dunque arricchita di un ulteriore effetto rispetto a quello suo tipico, oppure infine della stessa sentenza qualora la domanda non sia stata trascritta.

4.2. Va da sé che, definitivo, "diverso atto di esecuzione" e sentenza realizzano direttamente il regolamento di interessi finale e chiudono pertanto la sequenza delle trascrizioni, rendendola definitivamente stabile.

Viceversa alla domanda giudiziale dovrà poi far seguito la trascrizione della sentenza di trasferimento, ma quest'ultima, una volta che la trascrizione della domanda ha impedito l'effetto estintivo, può utilmente sopravvenire anche dopo la scadenza del termine di efficacia del preliminare (§ 3.2.), mentre è altrettanto chiaro che la chiusura del giudizio per estinzione o il

⁹ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 48 (testo e nota 100). L'autore osserva che il termine triennale, nella normalità dei casi più che adeguato, può risultare insufficiente in caso di preliminare di vendita di edificio da costruire, qualora i lavori si protraggano oltre il termine di tre anni. Per la proroga della data convenuta per la stipula nei limiti del triennio, salva annotazione a margine della trascrizione originaria, vedi CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 66.

¹⁰ La formula sottintende che il regolamento di interessi definitivo non deve, di necessità, essere perfettamente aderente al contenuto degli impegni presi nel preliminare per beneficiare dell'effetto prenotativo. Le parti possono quindi convenire (o il giudice disporre in sentenza, ad es. a seguito di azione *quantum minoris*) modifiche di elementi accessori del contratto, transazioni su criticità emerse nelle more tra preliminare e definitivo etc. purché il nucleo essenziale del contratto (soggetti, oggetto, effetto traslativo) resti invariato. Per una cernita dei possibili "diversi atti di esecuzione", sia pure in un senso più ampio rispetto a quello anzidetto, vedi MARICONDA, *Fattispecie trascrivibili e aspetti transitori*, in *Notariato*, 1997, 366 (ivi 369); GAZZONI, *Trascrizione del preliminare*, cit., 41.

rigetto (anche in mero rito) della domanda non può che implicare la perdita di efficacia della relativa trascrizione e, mediamente, rende possibile la cessazione degli effetti della trascrizione del preliminare.

Quindi, il conflitto tra titoli di acquisto deve risolversi verificando, dal punto di vista del promissario acquirente, la catena di atti trascritti [preliminare – definitivo] oppure [preliminare - domanda – sentenza]¹¹. Se la catena è continua e non s'è verificata la cessazione degli effetti legata alla decorrenza del termine ex art. 2645-bis, il promissario acquirente può avvalersi del grado della prima trascrizione, ossia è trattato come se avesse trascritto il titolo di proprietà a quella data.

***Sez. I - L'effetto prenotativo nell'esecuzione individuale:
trascrizione della domanda giudiziale e/o del preliminare anteriore al pignoramento***

5. Criterio di risoluzione del conflitto tra titoli.

È il caso più semplice ed è risolto *de plano* dall'art. 2652 n. 2: la trascrizione anteriore prevale "sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda", sulla falsariga del criterio *prior in tempore potior in jure* codificato nell'art. 2644 c.c..

5.1. È superfluo dire che tra le trascrizioni in conflitto con la sentenza rientra certamente il pignoramento, perché il codice civile tratta il pignoramento come se fosse un modo di acquisto di diritti e il creditore pignorante (o intervenuto) come un avente causa dall'esecutato (cfr. art. 2915 cpv. c.c.). Vi rientra per estensione il sequestro conservativo (cfr. art. 2906 c.c.).

Affermare la "prevalenza" della sentenza sul pignoramento altro non vuol dire se non che il promissario acquirente, ormai proprietario, acquista la proprietà del bene libera dal vincolo; reciprocamente, il pignoramento stabilitosi su un bene allora appartenente all'esecutato, resta *a posteriori* privo di oggetto come conseguenza dell'accoglimento della domanda trascritta per prima.

5.2. Egualmente rientra tra le trascrizioni in conflitto quella del decreto di trasferimento a favore dell'aggiudicatario (o dell'ordinanza di assegnazione al creditore). Con l'avvertenza che questa trascrizione prende grado dalla data della trascrizione dal pignoramento, poiché sono inopponibili all'aggiudicatario i diritti di terzi che non hanno effetto in pregiudizio dei creditori. Art. 2919 c.c.:

¹¹ Nel caso di preliminare per scrittura privata semplice poi verificata, la catena è ancora più lunga: si avrà infatti una trascrizione di domanda (art. 2652 n. 3) che prenota gli effetti di un contratto (art. 2645-bis) che a sua volta prenota gli effetti di altro contratto, il definitivo, o al limite di altra domanda giudiziale (art. 2652 n. 2) e della relativa sentenza.

"non sono opponibili all'acquirente i diritti acquistati da terzi sulla cosa, se i diritti stessi non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione".

Quindi il conflitto tra sentenza e decreto di trasferimento si risolve guardando alla priorità di grado delle trascrizioni prenotanti: da un lato domanda, dall'altra pignoramento.

Non serve indugiare più a lungo sulla "prevalenza" della sentenza sul decreto. Si tratta infatti di due acquisti di proprietà per atto *inter vivos*, a titolo derivativo¹² e dal comune autore. Poiché non può disporsi della proprietà *amplius quam semel* l'acquisto "perdente" resta inefficace, sulla falsariga del canone stabilito dall'art. 2644 c.c..

5.3. Le considerazioni svolte per la trascrizione della domanda ex art. 2652 n. 2 valgono evidentemente anche per il preliminare (ferma la condizione che esso non abbia perduto i propri effetti)¹³.

5.3.1. All'indomani della riforma del 1996, quest'assimilazione è stata tuttavia messa autorevolmente in dubbio con questi argomenti: 1) non sono stati modificati gli artt. 2914 n. 1 e 2915 c.c. che ancora continuano a riferirsi ad "alienazioni" e "domande giudiziali", lasciando implicitamente fuori il contratto preparatorio; 2) l'art. 2775-bis menziona la trascrizione del pignoramento in connessione con l'attribuzione al promissario acquirente del privilegio speciale; "che si tratti del pignoramento promosso dal promissario acquirente non sarebbe di per sé da escludere, ma allora la previsione riguarderebbe il marginale caso in cui, risolto il preliminare ... tale risoluzione sia però avvenuta senza le modalità dell'atto avente data certa ovvero della domanda giudiziale trascritta, le quali, se intervenute entro il termine di efficacia della trascrizione del preliminare, già sono sufficienti per il sorgere del privilegio, secondo quanto dispone espressamente la norma. Più ragionevole appare dunque l'idea che quello contemplato dall'art. 2775-bis sia normalmente il pignoramento promosso dal terzo creditore ... Ma se a seguito di tale pignoramento la posizione del promissario acquirente si tramuta in quella di creditore privilegiato sull'immobile oggetto del preliminare, ciò è spiegabile solo ammettendo che il pignoramento impedisca l'acquisto

¹² Che la vendita forzata sia un modo di acquisto derivativo è dato infatti ormai acquisito, visto che essa trasferisce all'acquirente "i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione" (art. 2919 comma 1 c.p.c.). Confermano la natura derivativa dell'acquisto l'art. 2919, nella parte in cui stabilisce che i diritti acquistati da terzi sulla cosa venduta sono opponibili all'acquirente se essi "hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione" e, soprattutto, l'art. 2921 c.c. che regola il caso di evizione: figura evidentemente concepibile soltanto rispetto a un titolo di acquisto derivativo, poiché esso solo dipende per la sua efficacia dal preesistente diritto del dante causa secondo il classico *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. Nel senso dell'acquisto derivativo vedi da ultimo Cass. 5.1.2000 n. 27 e in precedenza Cass. 21.7.1969 n. 2724; Cass. 5.4.1977 n. 1299; Cass. 9.11.1982 n. 5888; Cass. 28.1.1985 n. 443. Sta a sé l'acquisto a titolo originario secondo la regola "possesso di buona fede vale titolo" che, peraltro, riguarda soltanto i beni mobili.

¹³ Opinione pressoché unanime. Vedi in dottrina GAZZONI, *Trascrizione del preliminare*, cit., 34; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa*, cit., 458 ss.; ID., *La pubblicità immobiliare*, cit., 534 ss.; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit, 43 ss..

definitivo del bene da parte del promissario e che dunque detto pignoramento prevalga sulla trascrizione del preliminare, ancorché anteriore"; 3) la conclusione troverebbe ulteriore conferma nell'art. 72 legge fall. ove è espressamente previsto il potere del curatore di sciogliere il preliminare ancora inesequito e quindi il riconoscimento al promissario del solo privilegio¹⁴.

5.3.2. Questi argomenti sono rifiutati nella *communis opinio*. E a ragione perché sono inconcludenti.

1) Quanto al primo, è sufficiente l'art. 2645-bis ad assicurare la prevalenza del promissario acquirente ormai proprietario su tutte le trascrizioni e iscrizioni, ivi inclusi dunque sequestri e pignoramenti. Del resto, la norma è modulata, pressoché alla lettera, sull'art. 2652 n. 2 e mai s'è dubitato che il promissario che trascrive la domanda (anziché il preliminare) sia preferito al creditore pignorante o sequestrante successivo.

2) Il testo definitivo dell'art. 2775-bis fa oggi riferimento "al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi", *ergo* il "pignoramento" di cui si discorre è proprio quello compiuto dal promissario acquirente che ha risolto o comunque s'è sciolto dal vincolo negoziale con atto privo di data certa. Né importa che si tratti di evenienza marginale.

3) Quanto all'ultimo, è poi ovvio che il curatore fallimentare gode di poteri di gestione dei rapporti contrattuali pendenti che il creditore precedente non ha e tanto basta a rifiutare l'equiparazione tra pignoramento e fallimento.

Riesce dunque confermato che il solo pignoramento compiuto da terzi non è sufficiente a provocare l'effetto di diritto sostanziale postulato da quest'autore, ossia la sopravvenuta inefficacia del "diritto all'acquisto" e la sua riduzione a una pretesa pecuniaria.

6. Mezzi di tutela del promissario primo trascrivente la domanda giudiziale.

6.1. Avendo trascritto la domanda prima del pignoramento, il promissario acquirente non ha, a stretto rigore, necessità di impedire il compimento della vendita forzata, perché comunque risulta preferito sia al creditore pignorante sia all'aggiudicatario (§ 5.1-5.2.). *Ergo* può far valere il suo acquisto in un successivo giudizio di rivendica o in opposizione all'esecuzione per rilascio iniziata dall'aggiudicatario e/o dal custode per conto di quest'ultimo: sempre che, nell'uno e nell'altro caso, egli abbia ottenuto la sentenza di trasferimento della proprietà¹⁵.

¹⁴ Così CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium juris*, 1997, 215 (ivi 220 s.). Vedi poi dello stesso A., *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 377 (ivi 379 ss.).

¹⁵ Cass. 10.11.1993 n. 11090 (est. Vittoria) in *Giust. civ.* 1994, I 1591; Cass. 25.11.1993 n. 11666. A sua volta, l'aggiudicatario evitto avrà diritto a ripetere il prezzo nei confronti dei creditori utilmente collocati nel piano di riparto e

Il conflitto tra promissario, ormai proprietario, e aggiudicatario è estremamente semplificato: siccome entrambi hanno acquistato da un comune dante causa (il debitore) il promissario non ha l'onere di fornire la *probatio diabolica*, ma è sufficiente che dimostri di avere il titolo "migliore" ai sensi degli artt. 2644 ss. c.c..

6.2. Va da sé che, se invece il promissario – per ragioni che non stiamo a indagare – sceglie di impedire che il G.E. metta in vendita, aggiudichi, trasferisca a un terzo il bene, il mezzo che ha a disposizione è l'opposizione di terzo all'esecuzione (art. 619) e in via cautelare l'istanza di sospensione dell'esecuzione (art. 624). Che egli non vi sia onerato in senso stretto, perché non può ricevere pregiudizio "in diritto" dal compimento della vendita (§ 5.), non toglie che vi abbia comunque interesse per il c.d. "pregiudizio pratico" che può derivargli dalla trasmissione della proprietà e del possesso del bene a un terzo: il suo interesse, d'altra parte, non è mai stato messo in discussione.

6.3. *Nulla quaestio* se al momento dell'opposizione il promissario già ha ottenuto sentenza di trasferimento passata in giudicato. La trascrizione anteriore della domanda, unita alla trascrizione della sentenza di trasferimento, è incompatibile con il diritto di espropriare in danno dell'esecutato ed è opponibile al procedente (chirografario): *ergo* comporta la sicura estromissione dell'immobile dalla garanzia patrimoniale del creditore e dall'esecuzione iniziata.

6.4. Caso più interessante si dà quando il giudizio ex art. 2932 è ancora pendente alla data dell'opposizione. Il promissario non ha un titolo di proprietà oggi, perché la questione è ancora *sub iudice*, ma l'eventuale sentenza di accoglimento non può che prevalere sul diritto dei creditori di espropriare e quindi comporta l'accoglimento dell'opposizione, perché la domanda è stata trascritta per prima. Reciprocamente, il rigetto della domanda con sentenza passata in giudicato, implica il rigetto nel merito dell'opposizione.

6.4.1. Per questo la giurisprudenza¹⁶ afferma che le due cause sono in nesso di pregiudizialità-dipendenza, onde il giudizio di merito sull'opposizione deve essere necessariamente sospeso ex art. 295 c.p.c. fino al passaggio in giudicato della sentenza che decide la causa pregiudiziale¹⁷.

al limite del debitore se vi è stato un residuo, salva responsabilità per danni e spese del creditore procedente di mala fede (art. 2921 c.c.).

¹⁶ Cass. 3.2.1995 n. 1324 (est. Di Nanni), in *Giust. civ.* 1995, I, 1843 con nota di MICCOLIS, *Sui rapporti tra iscrizione di ipoteca, trascrizione di domanda giudiziale e trascrizione di pignoramento*. In motivazione: "il terzo acquirente, allorché l'espropriazione non sia rivolta nei suoi confronti, ha interesse a proporre opposizione di terzo

Degno di nota è che le parti dei due giudizi possono anche essere diverse, anzi normalmente sono diverse perché nel giudizio ex art. 2932 i creditori non sono parti necessarie¹⁸. E tuttavia, il requisito dell'identità delle parti in lite si giustifica sulla considerazione che la sentenza resa nella causa pregiudiziale deve essere idonea a "fare stato" nella causa dipendente, ossia a costituire il necessario antecedente logico-giuridico della decisione di quest'ultima. In specie i creditori, avendo trascritto il pignoramento dopo la trascrizione della domanda sono nella posizione di aventi causa *lite pendente* e quindi subiscono l'efficacia del giudicato (art. 2652 n. 2 c.c.; cfr. art. 111 ult. comma c.p.c.).

6.4.2. Questione diversa è se il G.E. sia tenuto a sospendere l'esecuzione ai sensi dell'art. 624 c.p.c.. Le due sospensioni hanno funzioni e presupposti diversi: l'una serve a impedire un conflitto pratico tra giudicati, l'altra a evitare che la prosecuzione del processo esecutivo arrechi pregiudizio alla sfera giuridica dell'opponente. E ancora, l'una è necessitata, l'altra è (e resta) largamente discrezionale, visto che il G.E. si determina dopo aver deliberato l'esistenza dei "gravi motivi" (*fumus boni juris e periculum in mora*), ossia dopo aver formulato un giudizio prognostico sul buon fondamento dell'opposizione all'esecuzione.

E tuttavia se la domanda è stata trascritta per prima, è difficile che il G.E. non sospenda, visto che la prosecuzione dell'esecuzione potrebbe portare inutili spese e attività e non ultimo l'evizione dell'aggiudicatario. Per non sospendere, bisogna che in definitiva la domanda di adempimento appaia *ictu oculi* infondata: preliminare non sottoscritto dall'esecutato, ma da rappresentante fornito di procura orale, o con firma disconosciuta; risoluzione per mutuo dissenso con scrittura successiva, ritualmente eccepita nel giudizio ex art. 2932 c.c.; sentenza di rigetto già pronunciata, ancorché impugnata e *sub iudice*. Infine, avverso il creditore ipotecario, il promissario che ha trascritto dopo l'ipoteca, ancorché prima del pignoramento, non può sottrarre il bene all'azione ipotecaria e quindi non può neppure fondatamente chiedere la sospensione della vendita (almeno a mio avviso). In questi casi e in altri consimili, il G.E. potrebbe fondatamente respingere l'istanza di sospensione dell'esecuzione perché il *fumus boni juris* che assiste l'opponente è obiettivamente debole.

all'esecuzione e chiedere in questo processo la sospensione del giudizio di opposizione in attesa della definizione di quello pregiudiziale provocato dalla domanda trascritta etc."

¹⁷ Di passaggio, osservo che in alternativa alla sospensione ex art. 295 c.p.c. può essere disposta la riunione per connessione ex art. 274 c.p.c. purché le due cause di merito pendano avanti al medesimo ufficio in pari grado e che la riunione sia opportuna, avuto riguardo allo stato di avanzamento dei due giudizi. Così anche MICCOLIS, *Giudizi sull'appartenenza e pignoramento*, Bari, 1994, 425.

¹⁸ Possono darsi casi limite in cui l'unica parte comune a entrambi i giudizi è proprio l'opponente. Ad es.: A promette in vendita a D, che trascrive domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.. Dopo la trascrizione della domanda, A vende a B che viene pignorato dal suo creditore C. Avverso il pignoramento D propone opposizione di terzo. L'esempio si riconduce al paradigma esaminato nel testo, osservando che tanto B quanto il creditore C sono aventi causa *lite pendente* di A e quindi subiscono l'efficacia della sentenza.

Secondo la varietà dei casi, può quindi darsi la sospensione della sola causa di opposizione, mentre il processo esecutivo prosegue, oppure la sospensione di entrambi i procedimenti, di cognizione ed esecutivo.

6.4.3. Va da sé che se il promissario ha trascritto la domanda di adempimento dopo il pignoramento (o la trascrizione è nulla etc.) l'opposizione risulta *ictu oculi* infondata, visto che l'opponente non può vantare per sé alcun diritto prevalente su quello del precedente e versa nella stessa posizione dell'acquirente del bene (già) pignorato. Non c'è dunque spazio per la sospensione ex art. 624 c.p.c., e neppure per quella necessaria per pregiudizialità, visto che l'opposizione può essere decisa *de plano* in base alla c.d. ragione più liquida: ai sensi dell'art. 2913 c.c. l'eventuale sentenza di trasferimento non può essere opposta al creditore.

6.4.4. In conclusione, a seguito del ricorso ex art. 619 c.p.c., il G.E. decide se sospendere o meno l'esecuzione e assegna in ogni caso termine agli interessati per iniziare il giudizio di merito sull'opposizione (art. 616 c.p.c.); radicato il merito dell'opposizione, il giudice investito della sua cognizione dispone la sospensione necessaria fino ad avvenuta definizione con sentenza passata in giudicato della causa pregiudiziale oppure la riunione dei due giudizi.

7. Estensione delle conclusioni sub § 6 alla trascrizione anteriore del preliminare.

Queste conclusioni possono, in buona sostanza, estendersi anche al caso della trascrizione anteriore del preliminare. Con l'avvertenza che qui i casi prospettabili nella pratica sono almeno tre: 1) il promissario trascrive il contratto definitivo stipulato col debitore; 2) il promissario trascrive la domanda prima del pignoramento; 3) il promissario trascrive la domanda dopo il pignoramento.

7.1. I primi due casi non danno luogo a perplessità. Se è trascritto il contratto traslativo, è evidente che il promissario potrà proporre direttamente l'opposizione di terzo (§ 6.3.) e mandarla a decisione senza sospensione per pregiudizialità visto che ha già ottenuto il titolo di proprietà e non v'è neppure un giudizio pendente. Il caso sub 2) è poi identico a quello trattato al § 6.4. e quindi ci riportiamo alle considerazioni che precedono.

7.2. Più dubbio è invece il trattamento processuale da riservare all'ultimo caso, poiché qui viene ad assumere considerazione la trascrizione del pignoramento anteriore (e non successiva) alla domanda giudiziale.

Il titolo di proprietà ottenuto dal promissario resta comunque preferito a pignoramento e decreto ex art. 586 c.p.c., ma il punto è stabilire se la sentenza di trasferimento ottenuta nei confronti del solo esecutato sia opponibile a precedente (eventuali intervenuti) ed aggiudicatario.

Nel senso dell'inopponibilità, potrebbe osservarsi che costoro non possono trattati come aventi causa *lite pendente* del convenuto-esecutato e pertanto non sono soggetti all'efficacia della sentenza resa nei suoi confronti, né ex art. 111 ult. comma c.p.c. né ex art. 2909 c.c.. Pertanto, per ottenere un titolo di proprietà opponibile, il promissario acquirente avrebbe l'onere di proporre (o riproporre) la domanda di adempimento direttamente nella forma dell'opposizione ex art. 619 c.p.c..

Esistono tuttavia argomenti a favore dell'opponibilità, anche in tal caso, della sentenza resa nei confronti del solo esecutato. Dall'art. 2645-bis cpv. si ricava infatti che il promittente venditore non perde il potere di concludere il contratto definitivo pur quando nell'intervallo siano state prese a suo carico trascrizioni che hanno implicato la perdita del diritto già promesso in vendita col preliminare trascritto. È dunque evidente che l'avente causa, che ha trascritto per secondo, subisce *de jure* gli effetti della trascrizione del definitivo ancorché non abbia preso (e non abbia titolo per prendere) parte alla stipulazione del contratto: versa quindi in una posizione di dipendenza sostanziale dal potere dispositivo del promittente.

Se questo è vero con riguardo al contratto concluso dal promittente dopo l'alienazione a terzi – e non si vede come ciò possa essere negato senza contraddire l'art. 2645-bis – egualmente deve dirsi per la sentenza: l'avente causa (precedente e intervenuti, aggiudicatario) subisce di diritto gli effetti riflessi della sentenza resa *inter alios* e non ha titolo a pretendere che il promissario acquirente gli estenda il contraddittorio, sotto pena di inopponibilità della sentenza¹⁹.

Sez. II – Segue:

trascrizione della domanda giudiziale e/o del preliminare anteriore al pignoramento ma successiva all'iscrizione ipotecaria presa contro il promittente venditore (o un suo dante causa)

¹⁹ Per dirla altrimenti, il terzo "come sarebbe esposto all'atto di disposizione di diritto sostanziale, che abbia ad oggetto la situazione pregiudiziale, così è esposto agli effetti riflessi della sentenza che, fra dante causa ed altri soggetti, decida di quella stessa situazione. E qui non può dirsi, non dico violato, ma neppure messo in gioco il principio del contraddittorio, perché qui la sentenza non opera come atto privilegiato, idoneo ad incidere sulla sfera giuridica del terzo, laddove questi sarebbe immune dagli effetti di atti diversi; qui la sentenza ha gli stessi effetti di un negozio unilaterale, di un contratto, posti in essere dal titolare della situazione pregiudiziale. Il terzo è formalmente pregiudicato dalla sentenza, in realtà invece è già il diritto sostanziale che lo pregiudica. Per cui egli non può pretendere, rispetto al processo, maggiore tutela di quella che l'ordinamento gli concede rispetto agli atti di disposizione di diritto sostanziale, posti in essere dalla parte": così LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, 106 che definisce questa peculiare forma di riflessione degli effetti come "pregiudizialità permanente". La questione dei limiti soggettivi della cosa giudicata e della c.d. riflessione degli effetti è tuttavia, come è noto, tema tra i più controversi che non può nemmeno essere sfiorato in questa sede. Vedi comunque per un'efficace sintesi e ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 171 ss.. In senso conforme alle conclusioni del testo MICCOLIS, *Profili processuali*, cit., 174.

8. Criteri di risoluzione del conflitto tra titoli. Analisi degli interessi in gioco

Molto più difficile è questo caso. Il promissario acquirente trascrive la domanda e/o il preliminare prima del pignoramento, ma dopo l'iscrizione di un'ipoteca. Il creditore ipotecario pignora l'immobile nei confronti del promittente venditore prima che il promissario abbia ottenuto il titolo di proprietà.

Qui le norme sostanziali sul conflitto tra titoli restituiscono un quadro complesso perché: 1) il preliminare e quindi la sentenza prevalgono teoricamente sul pignoramento e quindi anche sul decreto di trasferimento; 2) e tuttavia l'ipoteca del precedente prevale sulla trascrizione del preliminare. *Ergo* se anche il promissario perfeziona l'acquisto e non si assume il debito ipotecario, acquista un bene che risponde per il debito altrui; quindi potrebbe essere lui stesso assoggettato a esecuzione nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario (artt. 2808 e 2858 ss. c.c. e 602 ss. c.p.c.).

8.1. In questo quadro complesso si innestano dunque numerose questioni: 1) contro chi deve essere eseguito il pignoramento; 2) quali ripercussioni ha la sentenza di trasferimento della proprietà sull'esecuzione pendente e/o sull'aggiudicazione già compiuta; 3) quali poteri processuali e mezzi di opposizione competono all'attore primo trascrivente nelle more dell'esecuzione ?

8.2. La questione ruota anzitutto intorno alla forma dell'espropriazione. Poiché non è ancora stato trascritto il titolo di proprietà del promissario, il pignoramento deve farsi a carico del promittente venditore-debitore diretto²⁰.

8.3. Ciò però comporta che il promissario primo trascrivente resti fuori del processo esecutivo, mentre egli ha un preciso interesse ad assumere la posizione di parte, perché in quanto soggetto passivo dell'esecuzione può: - esercitare i poteri sostanziali previsti per il terzo acquirente del bene ipotecato e quindi la facoltà di rilascio dei beni ai creditori (art. 2861 ss. c.c.) e soprattutto la facoltà di liberare gli immobile dalle ipoteche (art. 2889 ss. c.c.); - ha diritto a ricevere notificazioni e comunicazioni degli atti processuali, ad essere sentito dal G.E. e può tutelarsi contro le irregolarità e

²⁰ *Amplius*, contro il proprietario risultante dai registri immobiliari perché ultimo beneficiario di un trasferimento trascritto e contro il quale non è stato trascritto alcun atto (o sentenza) che abbia implicato la perdita della proprietà: non necessariamente quindi il debitore, ma (in ipotesi) il terzo datore di ipoteca o un terzo acquirente in grado anteriore (dal debitore o dal terzo datore).

invalidità del procedimento con l'opposizione agli atti (art. 617 c.p.c.)²¹; - soprattutto ha diritto a ricevere il residuo prezzo una volta che l'ipotecario anteriore è stato soddisfatto (art. 510 c.p.c.) e a destinarlo al pagamento dei propri chirografari (e non dei chirografari del promittente venditore). In definitiva, l'assunzione o meno della qualità di parte viene a dipendere dal dato accidentale dei tempi del processo ex art. 2932 c.c..

8.4. Il creditore ipotecario a sua volta è in una posizione difficile. Non può fare il pignoramento contro il promissario che ha trascritto la domanda e/o il preliminare, perché ancora non è diventato proprietario. Dovrebbe dunque pignorare l'immobile a carico del promittente venditore, ma si espone al rischio che il promissario, divenuto proprietario, faccia opposizione e gli contesti di avere un titolo di grado anteriore al pignoramento e perciò preferito nel conflitto ex art. 619 c.p.c..

E che non si tratti di eventualità teorica lo attesta la costante giurisprudenza che ammette il terzo acquirente, che ha trascritto il proprio titolo d'acquisto (non la semplice domanda) prima del pignoramento, ancorché dopo l'iscrizione ipotecaria, a proporre opposizione per sentir dichiarare la nullità del pignoramento e dei successivi atti di esecuzione, compiuti in violazione dell'art. 602 c.p.c.²².

La risoluzione della questione – nullità del pignoramento e degli atti successivi – dipende anche, in buona misura dal modo in cui è impostata e dalla natura del mezzo di impugnazione che si ritiene spettare al terzo proprietario pretermesso dall'esecuzione in violazione dell'art. 602 c.p.c..

8.4.1. Un primo modo di porre la questione è questo. L'ipotecario anteriore ha il potere di espropriare l'immobile gravato da ipoteca a suo favore (artt. 2808 e 2910 cpv. c.c.) e per esercitare legittimamente l'azione espropriativa ha l'onere di osservare le forme previste dagli artt. 602 ss. c.p.c.. Il pignoramento dell'immobile compiuto pretermettendo il terzo proprietario colpisce quindi un bene assoggettabile a esecuzione, ma è affetto da nullità per violazione delle forme processuali. Seguono queste implicazioni.

²¹ Il pignoramento e gli altri atti esecutivi devono infatti compiersi contro il terzo proprietario (art. 604 c.p.c.), previa notifica a costui, oltre che al debitore diretto, del titolo esecutivo ottenuto contro il debitore e del precetto di pagamento (art. 603 c.p.c.). Vedi in dottrina *ex multis* TARZIA, *Espropriazione contro il terzo proprietario*, in *NN. D. I.*, VI, Torino, 1968, 966 ss..

²² Giurisprudenza pacifica: Cass. 29.4.1964 n. 1036, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 456, con nota di ANDRIOLI, *Opposizione del terzo acquirente*, cit. (titolo trascritto nell'intervallo tra la notifica del pignoramento e la sua trascrizione); Cass. 15.12.1972 n. 3614 in *Foro it.* 1973, I, 2892 e Cass. 19.5.1977 n. 2068 in *Foro it.* 1979, I, 1083 queste ultime nella medesima causa (pignoramento in danno del terzo datore anziché del subacquirente). Tutte queste sentenze sono accomunate dal riconoscimento al terzo proprietario pretermesso dell'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c.. In disparte si colloca Cass. 29.5.1973 n. 1606, in *Giust. civ.* 1973, I, 1058 che, pur statuendo la nullità assoluta e insanabile del pignoramento compiuto nei confronti del debitore anziché del terzo proprietario, riconosce a quest'ultimo legittimazione all'opposizione ex art. 617 c.p.c..

1) Il proprietario pretermesso può proporre opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. poiché l'illegittimità dell'esecuzione non dipende dal suo oggetto, *id est* dall'estraneità del bene pignorato alla responsabilità patrimoniale ex artt 2740 e 2910 cpv. (che è il *proprium* dell'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c.), ma "dalle *modalità* secondo cui s'è svolta; in relazione al suo oggetto quell'esecuzione doveva osservare certe forme particolari che avrebbero fatto acquisire al terzo responsabile per debito altrui la qualifica di *parte*, ed è per rivendicare la qualità di parte che il terzo deduce la nullità dell'esecuzione"²³.

2) Il termine di opposizione agli atti decorre dalla conoscenza legale dell'atto impugnato, o di quello successivo che logicamente lo presuppone. *Ergo* la causa di nullità deve intendersi sanata per decorrenza del termine (Cass. 19.9.1970 n. 1587 cit.), ancorché si sia affermato – forse a ragione – che si tratta di una nullità assoluta e insanabile, perché compiuta in violazione della regola di legittimazione prevista dall'art. 602 c.p.c., con l'effetto di ammettere la proponibilità dell'opposizione contro ciascun singolo atto esecutivo (Cass. 29.5.1973 n. 1606 cit.) o di sottrarla al rispetto del termine decadenziale.

3) In ogni caso, poiché la nullità deriva dalla violazione delle forme processuali previste per l'introduzione del processo contro il terzo proprietario e non è specificamente pertinente la fase della vendita, l'aggiudicatario – salvo il caso di collusione con il precedente – è tutelato dal principio di stabilità della vendita forzata (art. 2929 c.c.), che rende insensibile l'aggiudicazione alle nullità anteriormente verificatesi, ancorché astrattamente idonee a propagarsi per estensione (art. 159 c.p.c.) agli atti relativi al sub-procedimento di vendita²⁴.

Nello specifico, il punto dirimente è quello sub 1). Se si conviene, come è dottrina pressoché indiscussa²⁵, che la qualifica di terzo acquirente compete soltanto a colui che, alla data del pignoramento, già ha trascritto il suo titolo di acquisto (arg. ex art. 2858 c.c.) e che al contrario non assume tale veste, neppure *a posteriori*, l'acquirente che ha perfezionato la fattispecie acquisitiva

²³ VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 18; ID., *Il terzo proprietario nei processi di espropriazione. La tutela*, in *Studi in onore di Allorio*, Milano, 1989, vol. I, 609 ss. (ivi 617) e in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 407 ss.. Nel senso dell'esperimento dell'opposizione agli atti vedi Cass. 19.9.1970 n. 1587 e Cass. 29.5.1973 n. 1606, cit.

²⁴ Sull'art. 2929 c.c. si può utilmente consultare, anche per ulteriore bibliografia, ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 430 ss.. Nello specifico, riconosce ai terzi responsabili per debito altrui, che non contestino la propria responsabilità, la tutela al regolare svolgimento del processo esecutivo mediante opposizione agli atti "ai sensi e nei limiti dell'art. 2929 c.c." COSTANTINO, *Il terzo proprietario nei processi di espropriazione forzata. Le figure di terzo proprietario*, in *Studi in onore di Allorio*, Milano, 1989, vol. I, 581 ss. (ivi 598).

²⁵ BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1984, 610 ss.; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, 408 ss.. Di passaggio, è da annotare che la trascrizione del titolo non è necessaria nei casi in cui l'acquisto del terzo sia avvenuto per titolo originario (ad es. usucapione), ma è indiscussa quando la proprietà è acquistata a titolo derivativo, come nel caso di specie.

dopo il pignoramento²⁶ la conclusione logica che deve ricavarsene è che il promissario primo trascrivente non può mai opporsi al pignoramento compiuto dall'ipotecario anteriore nei confronti del promittente (sia esso o meno debitore) perché non può far valere alcuna violazione delle forme processuali e segnatamente dell'art. 602 c.p.c..

Né può proporre opposizione ex art. 619 c.p.c. per resistere all'espropriazione dell'ipotecario, poiché il titolo di proprietà, una volta trascritto, prenderebbe grado successivo all'ipoteca (arg. ex artt. 2645-bis e 2652 n. 2 c.c.) e quindi resterebbe soggetto alla responsabilità patrimoniale. La medesima regola di risoluzione del conflitto vale, infine, nei rapporti con l'aggiudicatario, visto che i diritti che "non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione" non sono neppure opponibili all'acquirente (art. 2919 c.c.). In definitiva, così impostati i termini della questione, l'ipoteca anteriore pregiudica in diritto il promissario acquirente ancorché il pignoramento non sia stato fatto nei suoi confronti²⁷.

8.4.2. Si può tuttavia riproporre la stessa questione sotto quest'altra veste. Che l'immobile sia assoggettabile a espropriazione per debito altrui è criterio per decidere della legittimità dell'esecuzione iniziata nei confronti del non-debitore, ma non può essere criterio per stabilire l'efficacia del pignoramento, poiché il pignoramento ha per oggetto – ed è idoneo a trasmettere all'aggiudicatario – soltanto "i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione" (arg. ex art. 2919 c.c.). E poiché "subisce l'espropriazione" colui che il creditore ha individuato nell'atto di pignoramento come "parte" e a carico del quale ha eseguito la trascrizione è evidente che il vincolo esecutivo e poi il trasferimento all'aggiudicatario non riguardano "il bene in quanto tale" ma "il bene se e in quanto appartenga alla persona contro cui la formalità è presa".

Che dunque i diritti del terzo proprietario possano essere assoggettati a esecuzione non implica che essi lo siano effettivamente, poiché a tal fine è necessario che il pignoramento sia indirizzato nei confronti del titolare e non di altri. Quindi il pignoramento eseguito (su beni bensì pignorabili dal

²⁶ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare*, cit., 410 "non può assumersi la qualità di terzo acquirente ... se il fatto complesso che determina l'acquisto ... pure essendosi iniziato prima del pignoramento, si completa *ex nunc* solo in corso di espropriazione. E questa, per sostituzione processuale, continua nei confronti del vecchio proprietario".

²⁷ ANDRIOLI, *Opposizione del terzo acquirente d'immobile ipotecato all'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 457 lucidamente annota: "se la domanda è stata trascritta anteriormente al pignoramento, ma successivamente all'iscrizione ipotecaria ... [e] il creditore ipotecario, in applicazione dell'art. 2652, prevale sull'attore (vincitore), che ha trascritto la domanda successivamente alla iscrizione, l'attore non solo non assume la veste di terzo proprietario [nelle more del giudizio], ma non è neppure legittimato a proporre opposizione di terzo"; in senso conforme vedi poi MICCOLIS, *Giudizi sull'appartenenza e pignoramento*, cit., 449; ID., *Sui rapporti tra iscrizione di ipoteca, trascrizione di domanda giudiziale e trascrizione di pignoramento*, in *Giust. civ.* 1995, I, 1845; ID., *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998, 68 ss..

creditore ma) nei confronti di un non-proprietario si palesa radicalmente inefficace e inidoneo a realizzare la funzione pratica della vendita forzata²⁸.

Seguono queste implicazioni.

1) Il proprietario pretermesso può proporre opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c.. Primo, non è parte dell'esecuzione. Secondo, il pignoramento eseguito nei confronti del non-proprietario non può privare il terzo dei diritti che sul bene gli competono per un titolo anteriore. Terzo, il titolo anteriore, in quanto reso pubblico con il mezzo della trascrizione prima del pignoramento, è anche efficace in pregiudizio dell'esecutato e, di riflesso, del creditore pignorante che dell'esecutato è (*rectius* è trattato come se fosse) avente causa.

Es.: Il debitore A vende a B nel 2007 il fondo ipotecato con atto trascritto. L'ipotecario C nel 2008 esegue il pignoramento sul fondo notificando e trascrivendo a carico di A. Rispetto al pignoramento compiuto da C, B può fondatamente proporre opposizione di terzo perché non è parte e ha un titolo di proprietà proveniente dallo stesso esecutato A e prevalente nel conflitto con il pignorante perché trascritto in data anteriore (art. 2644 c.c.).

2) L'opposizione di terzo non è soggetta ad alcun termine decadenziale. Semmai dovrebbe distinguersi tra opposizione proposta prima della vendita (art. 619 c.p.c.) e perciò idonea a impedirla, se il G.E. concede la sospensione ex art. 624 c.p.c., e opposizione tardiva e perciò idonea a soddisfare i diritti del terzo soltanto sul ricavato (art. 620 c.p.c.). Ma già s'è detto che il terzo proprietario per titolo anteriore al pignoramento non ha necessità di impedire la vendita (§ 6.1.), né deve acquietarsi a ricevere il ricavato in luogo del bene perché conserva integre le sue ragioni di proprietà, nonostante la vendita forzata.

3) Infine, il proprietario pretermesso ha facoltà di agire in autonomo giudizio di cognizione nei confronti dell'aggiudicatario, senza che a salvaguardia di quest'ultimo possa operare il principio di stabilità della vendita forzata: l'art. 2929 c.c. tutela l'aggiudicatario di buona fede contro le nullità verificatesi nel processo in una fase anteriore alla vendita, ma non salva un acquisto irrimediabilmente inefficace perché proveniente *a non domino* (art. 2919 c.c.)²⁹.

²⁸ LUISO, *L'esecuzione forzata ultra partes*, Milano, 1984, 409; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. IV civ.*, XIII, 632. Sostanzialmente nel medesimo senso Cass. 15.12.1972 n. 3614 e Cass. 19.5.1977 n. 2068, cit..

²⁹ In giur. ha riconosciuto l'inapplicabilità dell'art. 2929 c.c. al caso di pignoramento compiuto nei confronti del proprietario anteriore, con violazione dell'art. 602 c.p.c., Cass. 19.5.1977 n. 2068, cit.. In dottrina, ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, 632 (testo e nota 367) osserva acutamente che l'art. 2921 c.c. "abilita l'aggiudicatario che ha subito l'evizione a ripetere da ciascun creditore la parte di prezzo che ha riscosso, a meno che non si tratti di creditori privilegiati o ipotecari ai quali la causa di evizione non era opponibile. L'ipotesi cui ha riguardo l'ult. co. dell'art. 2921, è appunto quella che abbia agito in revindica chi era proprietario di un bene gravato da ipoteca ... implicitamente, ma inequivocabilmente, si deduce che il terzo proprietario di un immobile gravato da ipoteca può proporre opposizione di terzo (e quindi azione di revindica contro l'aggiudicatario), allorché l'espropriazione non sia rivolta nei suoi confronti".

8.5. Per completezza di analisi, può considerarsi quest'ulteriore caso, peraltro mai prospettato nella pratica. Il promissario ha ottenuto prima del pignoramento la sentenza di trasferimento della proprietà, che è stata trascritta perché – come è noto (art. 6 cpv. D.P.R. 31.10.1990 n. 347) – il cancelliere è tenuto a chiedere la trascrizione della sentenza entro 30 giorni dalla pubblicazione e perciò indipendentemente dal suo passaggio in giudicato; l'ipotecario anteriore pertanto sottopone a pignoramento il promissario acquirente, così come prevede l'art. 2858 c.c.; senonché la sentenza viene riformata in sede di impugnazione, con rigetto della domanda ex art. 2932 c.c..

Se si conviene con la tesi esposta sub § 8.4.2., il debitore diretto-promittente venditore non sottoposto a pignoramento può a sua volta fondatamente proporre opposizione di terzo e/o evincere l'aggiudicatario dopo la vendita poiché: 1) non ha assunto la qualità di parte; 2) ha un titolo di proprietà trascritto anteriormente al pignoramento; 3) non ha compiuto atti dispositivi a favore del promissario esecutato di cui il pignorante è avente causa.

8.6. In definitiva, la tesi che attribuisce al terzo proprietario pretermesso l'opposizione ex art. 619 c.p.c., su un piano strettamente geometrico, è la più coerente con il quadro normativo. Né implica, almeno di regola, gravi disarmonie o inefficienze di sistema, perché è indiscutibile che il procedente, prima di eseguire il pignoramento, può e ha l'onere di verificare tramite i registri immobiliari se il debitore ipotecario è tuttora proprietario o ha disposto del bene a favore di un terzo non obbligato: se non lo fa e pignora male, *imputet sibi*. E tuttavia, prima di estendere *more geometrico* questo regime anche al promissario primo trascrivente, conviene osservare la grave e quasi paradossale inefficienza che questa conclusione comporta.

La domanda giudiziale rispetto al titolo di acquisto trascritto è indiscutibilmente un *quid minoris* e nondimeno è idonea a ingenerare una maggiore incertezza nei rapporti, perché l'alea del giudizio finisce per ripercuotersi a detrimento dell'ipotecario insoddisfatto che, per pignorare bene e senza rischi di invalidazioni/inefficacie successive, avrebbe l'onere di attendere la definizione della lite con sentenza passata in giudicato prima di agire esecutivamente contro la parte vittoriosa.

Senonché questa è conclusione scarsamente accettabile, perché: 1) l'ipotecario anteriore non è interessato alla definizione in un senso o nell'altro di quel giudizio visto che l'azione espropriativa ipotecaria gli compete nei confronti di entrambi i litiganti (promittente-esecutato e promissario-attore); 2) se è vero che i tempi del processo non possono andare a discapito della parte che ha ragione, a maggior ragione non possono recare detrimento a un terzo estraneo al rapporto litigioso e indifferente al suo esito; 3) diversamente dal caso in cui già risulta trascritto il titolo di acquisto del terzo, non può essere imputata all'ipotecario alcuna apprezzabile negligenza, visto che il pignoramento non può che essere fatto nei confronti del promittente venditore.

9. La tutela giuridica del promissario primo trascrivente la domanda giudiziale negli orientamenti giurisprudenziali. Forma dell'espropriazione e non spettanza dell'opposizione agli atti.

L'analisi della, per vero poca, giurisprudenza edita sullo specifico caso del promissario acquirente che ha trascritto prima del pignoramento domanda giudiziale sul bene ipotecato restituisce un quadro meno fosco di quello che sarebbe lecito attendersi, ancorché persistano alcune zone di incertezza.

9.1. La prima questione riguarda la forma dell'espropriazione. La conclusione da tempo ricevuta è che l'attore che ha trascritto la sola domanda, ma non ha ancora ottenuto sentenza di trasferimento, non è "terzo acquirente del bene ipotecato", perché la qualifica compete soltanto a chi ha trascritto il titolo di acquisto prima del pignoramento (art. 2858 c.c.): tale non è evidentemente la domanda giudiziale. *Ergo*, l'ipotecario anteriore può e deve pignorare il promittente venditore.

Sul punto esiste sostanziale accordo tra giurisprudenza³⁰ e dottrina³¹ ed è quindi conclusione che può tenersi ferma. Implicitamente riesce smentito l'espedito, talora suggerito nella pratica, di fare il pignoramento (e quindi il decreto di trasferimento) *in incertam personam*, ossia indirizzato notificato e trascritto a carico di entrambi, proprietario convenuto nel giudizio e promissario primo trascrivente.

9.2. Passaggio successivo. *Quid juris* se il promissario ottiene la sentenza nel corso dell'esecuzione: è possibile che l'effetto prenotativo della trascrizione unito alla sentenza valga a invalidare retroattivamente il pignoramento fatto nei confronti del promittente venditore ?

Cass. 11.12.1970 n. 2641 annota che "la retroattività degli effetti di una sentenza costitutiva è sempre subordinata in tutto l'ordinamento giuridico, in assenza di una diversa disposizione di legge, alla salvezza dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi".

L'indirizzo trova conferma in Cass. 3.2.1995 n. 1324: "per sostenere l'argomento del ricorso all'esecuzione contro il terzo proprietario, non è giuridicamente corretto richiamare la tesi della retroattività della sentenza di accertamento della proprietà in favore del terzo, in quanto questa vale

³⁰ In giurisprudenza vedi Cass. 11.12.1970 n. 2641, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1126: "il creditore ipotecario non deve procedere esecutivamente ai sensi degli artt. 602 ss. c.p.c. nei confronti di chi, dopo l'iscrizione dell'ipoteca, ma prima del pignoramento, abbia trascritto la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferimento dell'immobile, dovendo il predetto creditore seguire le forme ordinarie dell'espropriazione contro il debitore". La conclusione è condivisa anche da Cass. 3.2.1995 n. 1324, cit..

³¹ TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione forzata*, Milano, 1961, 335 ss.; ANDRIOLI, *Opposizione del terzo acquirente*, cit., 462; VERDE, *Il pignoramento*, cit., 253; MICCOLIS, *Sui rapporti*, cit., 1845.

nei confronti del terzo che ha acquistato il diritto, derivandolo dal debitore esecutato e non dal creditore ipotecario e non è logicamente accettabile la soluzione della scelta delle forme dell'esecuzione *secundum eventum litis*".

Anche qui la risposta lapidaria è dunque no. La prenotazione di grado (la retroattività della sentenza alla data della domanda trascritta) serve a risolvere conflitti sostanziali tra titoli di acquisto. Ma non consente di inficiare la validità formale del pignoramento che è stato legittimamente compiuto nei confronti dell'allora proprietario. *Ergo* al promissario acquirente non spetta l'opposizione agli atti esecutivi per violazione dell'art. 602 c.p.c. (così dichiaratamente Cass. 3.2.1995 n. 1324).

10. (Segue). L'opposizione di terzo del promissario acquirente.

Si viene con ciò al nocciolo della questione. Può il promissario che ha trascritto per primo proporre opposizione di terzo all'esecuzione, vantando un grado anteriore al pignoramento ? E su questo punto le due pronunce lasciano delle perplessità.

10.1. Cass. 13.12.1970 n. 2641 decide questo caso. Il promissario acquirente ottiene il titolo di proprietà quando la liquidazione del bene ipotecato è ormai avvenuta. Propone opposizione di terzo e gli viene respinta.

La Cassazione conferma, osservando che "il credito fondiario ha iniziato e concluso il suo procedimento espropriativo quando nei registri immobiliari risultava unico proprietario il debitore" e che nella specie sussistevano "diritti legittimamente acquisiti da terzi", perché il "decreto di aggiudicazione [era] anteriore alla sentenza che operava il trasferimento".

10.2. Nel caso deciso da Cass. 3.2.1995 n. 1324 l'attore, in pendenza del giudizio, fa opposizione e chiede entrambe le sospensive: quella ex art. 624 al G.E. e quella ex art. 295 al giudice dell'opposizione. Entrambe gli vengono respinte.

Contro la sentenza di appello, l'attore ricorre per Cassazione e vince: ma è una vittoria assai limitata perché la Cassazione riconosce soltanto che tra il giudizio di adempimento e quello di opposizione esiste un nesso di pregiudizialità-dipendenza e quindi che la sospensione ex art. 295 c.p.c. è necessaria.

Non si pronuncia – e non avrebbe potuto in mancanza di opposizione al rigetto della sospensiva ex art. 624 c.p.c. – sulla sospensione dell'esecuzione ma aggiunge in un *obiter dictum* che "è ben concepibile la sospensione del processo esecutivo da parte del giudice dell'esecuzione ... con la chiamata (nel caso di esito favorevole del giudizio di cognizione sulla proprietà del bene) del terzo

nel processo di esecuzione", al fine di mettere il terzo, divenuto proprietario, in condizione di "evitare il pregiudizio dei propri creditori chirografari, sia ai fini dell'azione di rilascio ai sensi dell'art. 2861 c.c. sia ai fini dell'art. 2899 c.c."

10.3. Espongo dunque i miei motivi di perplessità riguardo alle due pronunce.

10.3.1. Primo, che l'esecutato risulti unico proprietario dall'esame dei registri immobiliari e che il processo sia stato chiuso con vendita anteriore all'ottenimento della sentenza (caso deciso nel 1970) cambia ben poco ai fini dell'opposizione di terzo, perché se il terzo ha una posizione prevalente rispetto al pignoramento non è mai pregiudicato dalla vendita forzata.

Come è giurisprudenza pacifica quando il terzo acquirente del bene ipotecato ha già trascritto il titolo di proprietà (§ 8.4.) e come è stato in seguito ribadito, pochi anni dopo, da una pronuncia che accogliendo l'opposizione ex art. 617 c.p.c. del proprietario che, tra ipoteca e pignoramento, aveva trascritto domanda di rivendicazione del bene ex art. 2653 n. 1, ha dichiarato la nullità del pignoramento e degli atti successivi. In massima si legge che il creditore ipotecario, per far valere l'ipoteca anteriore, "deve iniziare *ex novo* il procedimento esecutivo, adottando le forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario"³².

Sempre per lo stesso motivo l'antiorità dell'aggiudicazione alla sentenza non può essere decisiva, visto che il conflitto, anche con l'aggiudicatario, deve risolversi avuto riguardo all'atto introduttivo del procedimento (pignoramento vs. domanda giudiziale) trascritto per primo (§ 5).

10.3.2. Seconda perplessità. L'opposizione di terzo serve a sottrarre i beni pignorati al vincolo del pignoramento oppure a far sì che la vendita avvenga nel rispetto di tali diritti, come effetto dell'accertamento di un diritto del terzo poziore rispetto all'esecutato e opponibile ai creditori.

Cass. 3.2.1995 n. 1324 invece si astiene prudentemente dall'affermare la possibile vanificazione del processo esecutivo, con l'onere dell'ipotecario di riprendere *ex novo* l'esecuzione contro il nuovo proprietario e di perdere le spese già anticipate, perché conclude che è sufficiente "chiamare il terzo nel processo di esecuzione" se ottiene il titolo di proprietà³³.

³² Cass. 29.5.1973 n. 1606, in *Giust. civ.* 1973, I, 1058. Non è chiaro se i due indirizzi, apparentemente divergenti, possono essere ricondotti in un quadro unitario, in considerazione della diversa natura delle domande proposte (in un caso trasferimento della proprietà, nell'altro accertamento del già avvenuto acquisto) o se, in definitiva, occorra prendere atto di un vero conflitto giurisprudenziale. L'esame approfondito della questione esorbita comunque dai limiti di questa relazione.

³³ Così già Cass. 13.12.1970 n. 2641: "egli [l'opponente] avrebbe potuto intervenire nel processo esecutivo contro il debitore, processo di cui aveva avuto notizia, e offrire al creditore ipotecario il prezzo di acquisto nei modi previsti dalla legge (art. 2858 c.c.)".

Quindi l'opposizione di terzo finisce per essere piegata a una finalità atipica: il terzo non può sottrarre il bene all'esecuzione già iniziata dall'ipotecario, ma soltanto far valere la priorità della trascrizione per utilizzare i poteri di parte all'interno del processo.

10.3.3. Infine, anche la sospensione ex art. 624 c.p.c. viene piegata a una finalità atipica. Il processo esecutivo non viene arrestato perché, se l'opposizione è accolta, non potrà proseguire e verrà caducato, ma soltanto per consentire all'opponente primo trascrivente di "mettersi in pari" e acquistare il titolo che lo legittima ad assumere la veste e i poteri della "parte", anche se la liquidazione del bene dovrà proseguire nei confronti dell'esecutato, visto che "chiamata" non equivale a "pignoramento *ex novo*".

10.4. In definitiva, posta di fronte al groviglio di conflitti cui dà luogo l'espropriazione ipotecaria in pendenza della trascrizione della domanda del promissario acquirente, la giurisprudenza cerca di tenere assieme l'interesse dell'ipotecario a non subire invalidazioni e/o dichiarazioni di inefficacia per vicende proprietarie successive rispetto a cui è indifferente con l'interesse del promissario ad assumere la veste di parte dell'esecuzione.

Nei fatti dunque la giurisprudenza, pur dichiarando fedeltà al modello dell'opposizione di terzo, finisce per applicarlo in modo sensibilmente diverso secondo che alla data del pignoramento compiuto dall'ipotecario il terzo: 1) abbia un titolo di proprietà trascritto, successivo all'ipoteca; 2) abbia soltanto trascritto la domanda giudiziale ma non ancora il titolo.

1) Nel primo caso, viene ad assumere rilievo la sola "efficacia" del titolo rispetto al pignoramento e non l'astratta "responsabilità" del terzo per il debito altrui, col che il terzo tramite l'art. 619 c.p.c. può sottrarre il bene all'esecuzione ed evincere l'aggiudicatario³⁴.

2) Nel secondo, nel conflitto con l'ipotecario anteriore la "efficacia" prenotativa della trascrizione della domanda viene relegata in secondo piano, e assume rilievo preminente proprio la "responsabilità ipotecaria" del terzo primo trascrivente.

Quindi il terzo non può sottrarre il bene all'esecuzione, né pretendere che il processo riprenda *ex novo* nei suoi confronti, ma soltanto essere riconosciuto come parte del processo: non ultimo, per ricevere il ricavato della vendita che sopravanza le spese e il credito ipotecario.

Su questa premessa, può anche concludersi che il terzo primo trascrivente non può far valere il suo diritto a processo ormai concluso (Cass. 13.12.1970), né può evincere l'aggiudicatario fuori

³⁴ Casi decisi da Cass. 29.4.1964 n. 1036; Cass. 15.12.1972 n. 3614 e Cass. 19.5.1977 n. 2068.

dall'esecuzione: quest'ultimo punto peraltro non è mai stato affrontato *ex professo* dalle pronunce in materia.

11. Svolgimenti. Diritto ad assumere la veste di parte e avviso ex art. 498 c.p.c.

La questione è posta da Cass. 3.2.1995 n. 1324 che segnala la necessità di "chiamare" nel processo esecutivo il terzo primo trascrivente, peraltro subordinatamente al fatto che egli ottenga sentenza di trasferimento.

Quale sia la forma dell'atto di chiamata, la sentenza non lo dice, ma non si è lontani dal vero nel supporre che la S.C. abbia inteso riferirsi all'avviso di pignoramento previsto dall'art. 498 c.p.c. a favore dei creditori ipotecari iscritti.

11.1. Preso alla lettera, l'art. 498 c.p.c. riguarda i "creditori che hanno diritto di prelazione risultante dai pubblici registri" (e il sequestrante, per estensione ex art. 158 disp. att. c.p.c.) e la sua funzione è chiara: l'avviso serve a provocare l'intervento nell'esecuzione del creditore ed è necessario perché a seguito della vendita forzata e dell'ordine di cancellazione delle formalità pregiudizievoli la prelazione risulta irrimediabilmente perduta.

11.2. La dottrina³⁵ tuttavia ha chiarito che l'avviso di pignoramento serve a estendere la partecipazione al processo esecutivo anche ai terzi titolari di diritti che: 1) pur avendo trascritto prima del pignoramento, sono pregiudicati *de jure* dalla vendita forzata promossa dall'ipotecario, *ergo* rispondono di un debito altrui; 2) non assumono la veste di terzo proprietario ex art. 602 c.p.c. (e quindi di soggetto passivo a tutti gli effetti); 3) hanno nondimeno diritto, come il terzo proprietario, a concorrere sul ricavato della vendita, quale succedaneo della perdita del bene, con preferenza rispetto ad altri concorrenti in grado successivo e in funzione di ciò hanno diritto a ricevere l'avviso del pignoramento.

11.3. L'esempio paradigmatico è rappresentato dal titolare dell'usufrutto (uso, abitazione, servitù) trascritto dopo l'ipoteca. Qui (art. 2812 c.c.) l'ipotecario "può far subastare la cosa come libera",

³⁵ ANDRIOLI, *Opposizione del terzo acquirente*, cit., 461; ID., *Gli istituti di credito fondiario avanti la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1968, I, p. 962; BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, 386 s.; TARZIA, *Espropriazione contro il terzo proprietario*, cit., 970; LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, cit., 70 ss.; COSTANTINO, *Il terzo proprietario*, cit., 590 ss.; VACCARELLA, *Il terzo proprietario*, cit., 620. Da ultimo, in senso adesivo, MICCOLIS, *Giudizi sull'appartenenza*, cit., 452; ID., *Sui rapporti*, cit., 1851; ID., *L'espropriazione forzata per debito altrui*, 207. Perplesso sull'estensione dell'art. 498 c.p.c. è invece VERDE, *Il pignoramento*, cit., 248 sul rilievo che i soggetti in questione non sono titolari di un credito verso l'esecutato: anche quest'autore finisce peraltro per ammettere la necessità che il G.E. provochi la loro "chiamata" nel processo.

ossia procedere esecutivamente sulla piena proprietà ipotecata e nei confronti del solo nudo proprietario³⁶. Avvenuta la vendita, il titolare dell'usufrutto può "far valere le sue ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto alle ipoteche iscritte posteriormente alla trascrizione dei diritti medesimi": giustamente s'è quindi avvertito che, "avvenuta la estinzione del loro diritto, costoro sono a tutti gli effetti creditori *privilegiati* risultanti dai pubblici registri, perché debbono essere soddisfatti quantomeno prima dei chirografari"³⁷.

11.4. Tutte queste condizioni ricorrono anche nel caso, qui analizzato, del promissario che ha trascritto la domanda tra ipoteca e pignoramento. 1) Risponde per il debito altrui e non può sottrarre l'immobile all'esecuzione dell'ipotecario anteriore (§ 10.4.). 2) Non assume la veste di terzo proprietario, né prima di aver ottenuto la sentenza di trasferimento, né dopo visto che il processo continua nei confronti della parte originaria, senza riprendere *ex novo* contro di lui (§ 10.3.). 3) Ha diritto a prelevare sul ricavato del bene la parte che sopravanza il soddisfacimento dell'ipotecario anteriore, *ergo* è preferito rispetto ai chirografari e allo stesso debitore.

Dunque, se si conviene sul diritto del titolare di usufrutto etc. all'avviso, la *eadem ratio legis* rende necessario notificare l'avviso di pignoramento ex art. 498 c.p.c. anche al promissario primo trascrivente.

Si può discutere se a tal fine sia necessario che egli ottenga il titolo di proprietà o se, al contrario, già la mera trascrizione della domanda – che il creditore ipotecario non può ignorare perché risulta dalla certificazione ex art. 567 c.p.c. – sia sufficiente per renderlo partecipe della pendenza dell'esecuzione³⁸.

12. (Segue). I poteri del promissario primo trascrivente nell'esecuzione.

La questione è posta da entrambe le sentenze. Il terzo acquirente di bene ipotecato ha facoltà di rilasciare i beni ai creditori (artt. 2860 ss. c.c.) e di liberare l'immobile dalle ipoteche (art. 2889 ss. c.c.).

³⁶ La ragione dell'estraneità all'espropriazione dei titolari di uso, abitazione, servitù dipende dal fatto che tali diritti non sono autonomamente espropriabili. Ragioni storiche o forse di analogia hanno suggerito l'estensione della medesima regola anche all'usufrutto. Nel senso di cui al testo vedi l'unico precedente edito, Cass. 27.3.1993 n. 3722 (est. Bibolini), in *Fall.* 1993, 1031: "il creditore ipotecato, in forza dell'art. 2812 c.c. ... può procedere ad esecuzione forzata sul bene ipotecato direttamente ed unicamente nei confronti del proprietario dello stesso, avvalendosi del vantaggio derivante dalla liquidazione unitaria dell'immobile e determinando l'estinzione dei predetti diritti parziari. Poiché tale disciplina deve ritenersi applicabile anche nell'esecuzione concorsuale, la curatela fallimentare può legittimamente procedere alla vendita all'incanto dell'immobile ipotecato che apparteneva al fallito, anche ove il bene sia gravato da diritto di uso e di abitazione a favore del coniuge del fallito, nel caso in cui tale diritto non sia opponibile al creditore ipotecario".

³⁷ LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, cit., 72.

³⁸ In questo senso MICCOLIS, *Sui rapporti*, cit., 1851.

12.1. È tuttavia questione mal posta con riguardo al rilascio dei beni, la cui funzione – in disparte la considerazione che si tratta di un relitto storico³⁹ – consiste, soprattutto, nell'estromettere il terzo acquirente dal processo esecutivo, evitando che riceva discredito dalla notizia di un'espropriazione pendente nei suoi confronti: ciò si ricava dall'art. 2861 c.c. che autorizza l'ipotecario o qualunque altro interessato a fare istanza al tribunale di "nomina di un amministratore, in confronto del quale prosegue il processo di espropriazione".

Il promissario che ha trascritto domanda non ha quindi interesse ad opporsi all'esecuzione per questo motivo visto che, comunque sia, l'esecuzione è iniziata e portata a compimento nei confronti non suoi ma del debitore diretto (o comunque del suo dante causa). Né ha interesse a opporsi al fine di esercitare il rilascio dopo aver ottenuto la sentenza di trasferimento, visto che essa non inficia la validità del pignoramento compiuto in danno del suo dante causa (§ 9.) e non gli attribuisce quindi la veste di soggetto passivo dell'esecuzione, neppure per il tratto successivo al passaggio di proprietà.

12.2. Questione reale si dà invece con riguardo al diritto potestativo di liberare il fondo dalle ipoteche depositando a beneficio dei creditori il prezzo stipulato per la vendita, nel termine di 60 giorni dalla notificazione dell'atto con cui il terzo acquirente dichiara di volersi avvalere della facoltà (art. 2889 ss. c.c.; art. 792 c.p.c.).

E tuttavia ben di rado questa facoltà potrà esercitarsi a pignoramento già avvenuto, visto che il termine per la dichiarazione è di 30 giorni (art. 2889 c.c.) e non può essere prorogato (art. 2891 c.c.), né essere sospeso in pendenza di opposizione (art. 2859 cpv. c.c.).

Dunque, tale facoltà può essere riconosciuta al solo promissario acquirente che, avendo trascritto la domanda prima del pignoramento, abbia poi nei 30 giorni successivi trascritto la sentenza e notificato la dichiarazione ai creditori e al precedente proprietario. A tutto concedere, si può immaginare – e si tratta a questo punto di espediente pretorio – di stabilire una decorrenza diversa, dal passaggio in giudicato della sentenza e/o dalla notifica dell'atto di "chiamata" supposto da Cass. 3.2.1995 n. 1324, ma è indiscutibile che l'istituto non può essere piegato ad ammettere il promissario primo trascrivente a esercitare *sine die* questa facoltà⁴⁰.

³⁹ Così già RUBINO, *L'ipoteca immobiliare*, cit., 442 nel 1956. Chi nutrisse dei dubbi, mezzo secolo dopo, può fare una ricerca sul CED verificando quante pronunce ha emesso la Cassazione su controversie emerse a seguito di rilascio: nessuna.

⁴⁰ MICCOLIS, *Sui rapporti*, cit., 1849. Ciò non toglie, evidentemente, che il promissario acquirente – abbia ottenuto o meno la sentenza di trasferimento – ha pur sempre facoltà di adempiere il debito ipotecario, liberare il bene e farsi surrogare nelle ipoteche esistenti.

12.3. Restando nell'ambito dei poteri processuali intesi alla liberazione del bene, può egualmente riconoscersi al terzo primo trascrivente – sia egli o meno pregiudicato dall'ipoteca anteriore – la legittimazione a fare istanza di conversione del pignoramento in luogo dell'esecutato, plausibilmente nel medesimo termine oggi previsto dall'art. 495 c.p.c.. S'è infatti acutamente rilevato in dottrina che anche il terzo che ha proposto opposizione ex art. 619 c.p.c., vantando la titolarità dei beni pignorati in danno del debitore, ha interesse a ottenerne la liberazione e quindi legittimazione a sostituire il bene con la somma di denaro determinata dal giudice ex art. 495 c.p.c.⁴¹.

Degno di nota è che, rispetto alla purgazione prevista dall'art. 2889 c.c., la conversione comporta la sostituzione all'immobile di una somma sufficiente a soddisfare non soltanto gli ipotecari anteriori, ma tutti i creditori presenti nel processo: inclusi dunque i chirografari (e ipotecari successivi) a cui la trascrizione della domanda giudiziale è pienamente opponibile. E tuttavia, l'esercizio della facoltà di conversione non implica riconoscimento dell'esistenza e ammontare dei crediti liquidati dal G.E.⁴², né abbandono dell'opposizione che può dunque essere utilmente proseguita in sede distributiva (arg. ex art. 620 c.p.c.: su cui vedi *infra* § 13.) per ottenere la liberazione della somma di denaro depositata e non dovuta, perché *in primis* non esisteva la responsabilità patrimoniale del bene pignorato⁴³.

Secondo, rispetto alla facoltà prevista dall'art. 2889 c.c., la conversione del pignoramento non esige neppure che il terzo primo trascrivente abbia ottenuto la sentenza di trasferimento, poiché la pendenza dell'opposizione ex art. 619 c.p.c. già è sufficiente a fornirgli legittimazione all'esercizio della facoltà.

12.4. All'esito di questa breve rassegna dei poteri processuali del promissario primo trascrivente, si trae una conclusione che, se non mi inganno, ridimensiona ai giusti termini la preoccupazione autorevolmente espressa da Cass. 3.2.1995 n. 1324 di salvaguardare l'interesse al bene del promissario acquirente, così da suggerire la sospensione dell'esecuzione fino al passaggio in giudicato della causa pregiudiziale ex art. 2932 c.c..

Salvo l'esercizio della facoltà di purgazione, dei cui limiti operativi già s'è trattato e che in ogni caso non è il mezzo esclusivo per ottenere la liberazione del bene dalle ipoteche, il promissario non può impedire il compimento della vendita a istanza dell'ipotecario anteriore, né il suo soddisfacimento

⁴¹ VACCARELLA, *Il terzo proprietario*, cit., 616; ID., *Opposizioni all'esecuzione*, cit., 20. Conforme in giurisprudenza, Cass. 12.7.1979 n. 4059 in *Foro it.* 1980, I, 109. In senso contrario alla legittimazione del terzo opponente vedi in precedenza Cass. 6.6.1975 n. 2253.

⁴² Nel senso che l'ordinanza di ammissione alla conversione contiene una sommaria valutazione delle pretese azionate e che ogni altra questione, inerente all'esistenza o alla misura del credito deve proporsi nelle forme di cui agli artt. 615 e 512 c.p.c. vedi da ultimo Cass. 2 ottobre 2001 n. 12197.

⁴³ Esplicitamente in tal senso Cass. 12.7.1979 n. 4059.

sul ricavato. *Ergo*, di possibile sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. può discutersi con qualche fondamento in questi due casi: *a*) l'ipotecario rinuncia agli atti esecutivi e restano nell'esecuzione soltanto chirografari (o ipotecari successivi) ai quali la trascrizione anteriore al pignoramento è pienamente opponibile; *b*) in sede di distribuzione, se c'è un residuo attivo da distribuire una volta liquidato il credito ipotecario⁴⁴.

13. (Segue). Conflitto con i creditori chirografari dell'esecutato e partecipazione al riparto.

Altro punto interessante è la partecipazione al riparto. Il promissario che ha trascritto per primo non può impedire la vendita perché la presenza dell'ipotecario è sufficiente ad assicurare la prosecuzione, ma prevale su tutti i chirografari dell'esecutato che non beneficiano della priorità di grado dell'iscrizione ipotecaria (§ 5).

Quindi i chirografari non possono proseguire nell'espropriazione del bene, se l'ipotecario rinuncia agli atti. Né possono soddisfarsi sul ricavato della vendita, perché esso *a posteriori* ha cessato di appartenere alla garanzia patrimoniale del loro debitore per un titolo efficace nei loro confronti. Pertanto il promissario, ormai proprietario, ha diritto a prelevare la somma che ancora residua una volta che le spese in prededuzione e il credito ipotecario anteriore sono stati soddisfatti ed estromette dalla distribuzione chirografari ed esecutato.

13.1. Che il promissario abbia questa facoltà è stato avvertito dalla Cass. 3.2.1995, osservando che "il terzo ha interesse a proporre opposizione sia per evitare il pregiudizio dei propri creditori chirografari", *rectius* per far salvo per sé (ed eventualmente per i propri creditori, se ve ne siano) il prezzo che sopravanza il soddisfacimento dell'ipotecario anteriore. Ed è conclusione acquisita in dottrina: "l'attore non ancora vittorioso può solo intervenire nel processo esecutivo per conseguire in luogo del debitore e dei creditori chirografari di quest'ultimo il residuo della vendita una volta soddisfatto il creditore ipotecario e definitivamente accolta la domanda trascritta"⁴⁵.

13.2. Per partecipare alla distribuzione il promissario deve "intervenire" nell'esecuzione. Si può dubitare tuttavia che si tratti di un intervento in senso tecnico, perché il promissario non fa valere un credito pecuniario contro l'esecutato, ma soltanto il fatto di aver acquistato la proprietà (o di averne

⁴⁴ Così anche MICCOLIS, *Sui rapporti*, cit., 1850 che dunque critica, sotto questo profilo, la motivazione di Cass. 3.2.1995 cit. perché eccessivamente sbilanciata a favore del promissario.

⁴⁵ MICCOLIS, *Sui rapporti*, cit., 1848. In precedenza ANDRIOLI, *Opposizione del terzo acquirente*, cit., 468; VERDE, *Il pignoramento*, cit., 258 (testo e nt. 111): ivi anche la considerazione, che mi sembra corretta, che i creditori chirografari del terzo primo trascrivente possono partecipare in sua vece alla distribuzione della somma ricavata proponendo domanda di sostituzione ex art. 511 c.p.c..

in corso l'acquisto se il giudizio ex art. 2932 c.c. è ancora pendente) e di averla poi perduta a seguito della vendita forzata.

Tanto meno si può immaginare che la pretesa del promissario sia assistita da un titolo esecutivo, visto che la sentenza ex art. 2932 c.c., se può contenere condanna al rilascio dell'immobile e alle spese, non vale come titolo se si considera il capo di natura costitutiva – l'unico qui veramente rilevante – che dispone il trasferimento della proprietà.

A questo seguono due conclusioni: 1) il promissario acquirente non propone intervento in senso tecnico e non ha quindi necessità di munirsi di un titolo esecutivo per concorrere al riparto; 2) non ha necessità di sottoporsi alla verifica del credito non titolato (art. 499 c.p.c.), né va soggetto all'accantonamento delle somme previsto per i crediti non titolati e disconosciuti dal debitore all'udienza di verifica (art. 510 c.p.c.).

Questa non è una novità assoluta, perché dopo la riforma del 2005-2006 la dottrina è giunta a identica conclusione considerando la posizione dei titolari di diritti pregiudicati ex art. 2812 c.c. dall'ipotecario anteriore^{46 47}.

13.3. Tolta di mezzo l'equivoca qualificazione dell'istanza del promissario primo trascrivente come "intervento", essa deve essere apprezzata come un'opposizione di terzo, non alla vendita (che non può essere impedita, perché la presenza dell'ipotecario anteriore è sufficiente ad assicurare stabilità al processo esecutivo e all'esito della liquidazione) ma sul prezzo, da ricondursi al mezzo previsto dall'art. 620 c.p.c.: "se in seguito all'opposizione il giudice non sospende la vendita dei beni mobili o se l'opposizione è proposta dopo la vendita stessa, i diritti dei terzi si fanno valere sulla somma ricavata".

La norma è stata scritta nell'ottica della sola espropriazione mobiliare, per fornire tutela sul ricavato al terzo opponente che, nonostante il buon fondamento dell'opposizione – al terzo competono "diritti ... sulla somma ricavata" a discapito dei creditori, *ergo* tali diritti sono prevalenti sul pignoramento –, non possa (o rinunci a) perseguire la *res pignorata* presso l'aggiudicatario che può giovare della regola "possesso vale titolo" (artt. 2919 e 2920 c.c.).

⁴⁶ Così a proposito dei titolari dei diritti frazionari CAPPONI, *L'intervento dei creditori dopo le tre riforme della XIV Legislatura*, § 3; ID., *L'opposizione distributiva dopo la riforma dell'espropriazione forzata*, § 5, entrambi su www.judicium.it. Già in precedenza VERDE, *Il pignoramento*, cit., 249 ha segnalato l'impossibilità di una troppo facile assimilazione ai creditori propriamente detti dei soggetti pregiudicati ex art. 2812 c.c..

⁴⁷ Tra il promissario che acquista la proprietà e i titolari di diritti di godimento *in re aliena* pregiudicati ex art. 2812 c.c. v'è un'unica differenza di rilievo: nel primo caso, una volta soddisfatto l'ipotecario anteriore, non può farsi luogo a ulteriore riparto perché tutto il residuo (corrispondente al diritto di proprietà) va assegnato al terzo acquirente. Nel secondo caso, il residuo deve essere ripartito *ratione valoris* in due masse, corrispondenti l'una al valore del godimento, l'altra alla nuda proprietà. La prima massa deve devolversi al solo usufruttuario etc. ed è quindi sottratta al concorso. La seconda è disponibile per il riparto a favore dei chirografari del debitore. Come si vede la differenza è solo quantitativa e cessa di esistere se si considera che la domanda giudiziale trascritta per prima può avere, ovviamente, a oggetto oltre che la proprietà anche uno dei diritti anzidetti.

Queste condizioni normalmente sono assenti nell'esecuzione immobiliare, visto che il vero proprietario conserva, nonostante il compimento della vendita, la possibilità di rivendicare la cosa nei confronti dell'aggiudicatario e non ha quindi motivo di rivalersi sul ricavato per la sopraggiunta perdita del bene.

Ma poiché vi sono più cose in cielo e in terra di quelle che si trovano scritte nei codici, si ammette in dottrina che il terzo opponente, anche nell'esecuzione immobiliare, ha facoltà di accontentarsi del prezzo ricavato, rinunciando a perseguire il bene in natura⁴⁸. E soprattutto si dà il caso del terzo opponente che – pur non potendo impedire la vendita né rivendicare il bene dall'aggiudicatario – può tuttavia fondatamente disconoscere il diritto dei chirografari dell'esecutato a soddisfarsi sul ricavato a discapito delle sue ragioni di proprietà (*ergo* del prezzo in cui la proprietà s'è trasformata).

13.4. Sul piano processuale, il promissario primo trascrivente per far suo il ricavato della vendita che sopravanza le spese in prededuzione e il credito dell'ipotecario anteriore, ha quindi l'onere di proporre opposizione tardiva, salvo limitarsi a ribadire i motivi già spesi nell'opposizione ex art. 619 c.p.c. e ancora pendente.

È possibile che all'udienza di discussione davanti al G.E. si raggiunga un accordo per la modifica del progetto nel senso preteso dall'opponente (cfr. anche art. 619 comma 3 c.p.c.), ma in difetto di accordo la decisione sull'opposizione è evidentemente necessaria.

Quali siano le forme della trattazione e decisione è questione controvertibile. Da un lato, la contestazione al riparto "tra i creditori concorrenti o tra creditore e debitore o terzo assoggettato all'espropriazione, circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione", a seguito della riforma dell'art. 512 c.p.c., ha assunto la forma di un incidente a cognizione sommaria interno all'esecuzione, che il G.E. stesso istruisce compiendo i "necessari accertamenti" e decide con ordinanza (e non con sentenza), soggetta al rimedio dell'opposizione agli atti. Dall'altro è tuttora dubbio se l'introduzione di questo modello semplificato renda impraticabile in sede di riparto la proposizione e/o prosecuzione di un'opposizione all'esecuzione, da decidersi come per il passato con sentenza⁴⁹.

Tre quindi i modelli astrattamente possibili, quello specializzato ex art. 512 c.p.c., quello a cognizione ordinaria e infine la scelta tra l'uno e l'altro rimessa all'iniziativa del terzo, in funzione dei risultati pratici attesi. Prima della riforma la dottrina assimilava l'opposizione sul prezzo alla

⁴⁸ ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. IV civ.*, XIII, 642, ivi nota 431 per citazioni di dottrina conforme.

⁴⁹ Nel senso della persistente praticabilità dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. anche in sede di riparto BOVE, *Le opposizioni e le vicende anomale del processo esecutivo*, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 265. In senso contrario, CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma*, cit., § 6.

contestazione dei crediti in fase distributiva⁵⁰, ma la qualificazione non dava allora luogo a questioni con riguardo alla forma della trattazione e decisione, perché anche l'opposizione ex art. 512 c.p.c. doveva decidersi con sentenza a seguito di cognizione ordinaria, e semmai poteva avere rilievo pratico ai fini della sospensione (necessitata e non discrezionale) della distribuzione del prezzo contestato: come previsto dall'allora vigente art. 624 cpv. c.p.c..

Pur con quest'avvertenza, quell'intuizione mi pare che possa tuttora tenersi ferma. Il terzo primo trascrivente non ha assunto *ab origine* la veste di soggetto passivo dell'esecuzione, ma è tuttavia assimilabile alla figura del "terzo assoggettato a espropriazione", poiché come lui subisce di diritto gli effetti dell'esecuzione per un debito altrui su un bene di cui è (divenuto) proprietario. Tra i motivi che il "terzo assoggettato a espropriazione" può utilmente spendere in sede di riparto rientra, come credo sia indiscusso, l'estraneità del bene pignorato e venduto alla garanzia patrimoniale di uno o più dei creditori intervenuti: che è precisamente la sostanza dell'opposizione sul prezzo proposta dal primo trascrivente contro i chirografari. Né esiste infine un apprezzabile interesse – o perlomeno non è di immediata evidenza – ad agire in opposizione, piuttosto che limitarsi alla contestazione dei crediti, visto che il giudicato sull'opponibilità del diritto del terzo ai creditori, quasi per definizione, non potrà essere speso in altri giudizi, atteso che: 1) tra terzo e creditori non intercorre un rapporto obbligatorio che esponga il primo a nuove azioni esecutive; 2) il bene oggetto dell'esecuzione corrente è stato venduto e l'unico punto ancora da decidere è a chi deve essere consegnato il ricavato⁵¹.

Il *thema probandum* verte qui su due punti: - la domanda giudiziale è stata trascritta per prima ed è immune da cause di invalidità; - la sentenza di trasferimento è passata in giudicato. La cognizione è dunque estremamente semplificata e questo è, semmai, ulteriore motivo per ammettere la decisione con ordinanza a cognizione sommaria.

Quid juris se il giudizio ex art. 2932 c.c. è ancora pendente? Non è possibile affermare che, in tal caso, il promissario primo trascrivente non ha diritto a soddisfarsi perché i tempi del processo non possono andare in suo pregiudizio.

E non è opportuno che si conceda al G.E. di delibare in via autonoma il merito di quella domanda e risolvere la controversia ai soli effetti del riparto, perché ciò implicherebbe il rischio di un conflitto pratico tra questa decisione e quella resa all'esito del giudizio pregiudiziale: dunque, il sacrificio del terzo opponente che, pur avendo ottenuto sentenza traslativa, perde il bene e il suo controvalore se il

⁵⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 1957, 333; VERDE, *Il pignoramento*, cit., 246 nt. 98; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 642 (ivi nt. 432 per ulteriore bibliografia).

⁵¹ Resta salvo il caso che l'opposizione ex art. 619 c.p.c. sia già stata proposta e sia tuttora pendente. Nulla vieta, in tal caso, e anzi un sano principio di economia processuale suggerisce probabilmente che il G.E., anziché trattare *ex novo* la medesima materia, sospenda la distribuzione ex art. 512 c.p.c. fin visto l'esito del giudizio di opposizione. Uno spunto in tal senso, ancora da verificare nella pratica, lo offre CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma*, cit., § 6.

G.E. va di contrario avviso distribuendo il residuo ai chirografari; oppure dei creditori dell'esecutato e/o di quest'ultimo nel caso contrario.

In definitiva, sembra difficile sfuggire alla conclusione che il G.E. deve sospendere per pregiudizialità – forse eccezionalmente⁵² – la controversia distributiva, fino a definizione con sentenza passata in giudicato della causa ex art. 2932 c.c..

14. Ripercussioni della vendita forzata sul giudizio di adempimento ex art. 2932 c.c.

In ultimo, può essere interessante chiedersi se la vendita giudiziale comporti improseguibilità del giudizio di adempimento ancora pendente alla data del trasferimento, vanificando dunque il soddisfacimento sul ricavato che il promissario acquirente può legittimamente attendersi per aver trascritto la propria domanda prima del pignoramento.

14.1. La questione si pone in questi termini. La sentenza ex art. 2932 c.c. può essere emessa soltanto se è giuridicamente "possibile" e cioè idonea a disporre un efficace trasferimento di diritti dal promittente venditore al promissario acquirente. Se il promittente non ha mai avuto la proprietà del bene (promessa di vendita di cosa altrui) o la ha perduta – e il fatto risulta agli atti del giudizio – l'obbligo di concludere il contratto resta inesequibile, salvi risoluzione per inadempimento e del risarcimento del danno qualora ne ricorrano i presupposti⁵³.

14.2. Tuttavia occorre coordinare questo principio con le norme sulla trascrizione. L'art. 2652 n. 2 sta lì appunto ad attestare che la pronuncia traslativa è possibile anche se a carico del convenuto sono stati trascritti atti a favore di terzi, perché chi trascrive l'acquisto della *res litigiosa* o di altri diritti contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda è un avente causa *lite pendente* e quindi subisce l'efficacia, diretta o riflessa che sia, del giudicato⁵⁴. Egualmente è a dirsi dunque nel

⁵² Nel senso che la sospensione ex art. 295 c.p.c. può applicarsi anche quando il nesso di pregiudizialità intercorre tra giudizio di cognizione e processo esecutivo (ciò che la comune interpretazione della norma sembra rifiutare), vedi VERDE, *Il pignoramento*, cit., 245 (testo e nt. 98-99 anche per ulteriore bibliografia) e 314 ss.; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 374. Cfr. anche Cass. 18.3.1960 n. 564 in *Foro it.*, 1960, I, 762: ivi nota redazionale con rassegna di opinioni e precedenti e nota di ANDRIOLI, *Interferenza tra processi di cognizione e processo d'espropriazione forzata*.

⁵³ Indirizzo stabile a partire da Cass. 5.10.1982 n. 5119: "... ove l'immobile risulti già trasferito a terzi con regolare trascrizione prima della trascrizione dell'atto introduttivo del giudizio, l'impossibilità di conseguire la proprietà dell'immobile si traduce nel diritto al risarcimento del danno". In senso conforme *ex multis* Cass. 16.12.1992 n. 12382 in *Nuova giur. civ. comm.* 1994, I, 96; Cass. 13.8.1996 n. 7553.

⁵⁴ Non merita seguito l'isolato precedente di Cass. 8.5.1991 n. 5119 in *Foro it.* 1991, I, 3373 secondo cui "l'art. 2652 n. 2 c.c., in quanto trova applicazione solo nel caso in cui si tratta di risolvere un conflitto tra più acquirenti dallo stesso dante causa e non quando si controverte tra il promittente ed il promissario di un determinato bene", con la conseguenza di rendere impossibile ex art. 2932 c.c. il trasferimento *inter partes*. Vedi per un'efficace critica GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 174.

caso in cui prima della trascrizione dell'acquisto del terzo, il promissario abbia trascritto il preliminare ex art. 2645-bis e quest'ultimo non abbia perduto i propri effetti.

Per l'emissione della sentenza ex art. 2932 c.c. è quindi sufficiente che, alla data della trascrizione della domanda (o del preliminare), il bene non sia ancora uscito dal patrimonio del convenuto-promittente venditore in forza di un atto trascritto: ciò che in specie non può essere negato. L'emissione del decreto di trasferimento, avvenuta nelle more del giudizio, non è di ostacolo alla pronuncia della sentenza⁵⁵.

14.3. La facoltà del promissario, ormai proprietario, di soddisfarsi sul ricavato della vendita in luogo di chirografari ed esecutato (§ 13), è motivo sufficiente a confermare l'interesse alla pronuncia traslativa, poiché *pretium succedit in locum rei*.

A una diversa conclusione può pervenirsi soltanto se la trascrizione della domanda è successiva al pignoramento (e quindi la vendita forzata implica la sopravvenuta perdita della proprietà da parte del convenuto per causa opponibile al promissario: § 6.4.3.), oppure se il ricavato della vendita è stato già ripartito e destinato integralmente al soddisfacimento dell'ipotecario anteriore, e quindi nulla più residua per il promissario, né il bene né il prezzo. In tali casi sembra difficile sfuggire alla conclusione che il giudizio ex art. 2932 c.c. ha perso nei fatti ogni ragion d'essere. Dunque deve essere definito con pronuncia di cessata materia del contendere, salva la facoltà del promissario deluso di mutare in risoluzione la domanda di adempimento (art. 1453 cpv. c.c.).

15. Estensione delle conclusioni che precedono alla trascrizione del preliminare.

Mutatis mutandis, le stesse considerazioni tratte dall'analisi della giurisprudenza edita in materia di sequenza [ipoteca - domanda giudiziale - pignoramento] valgono se si considera la posizione del promissario acquirente che ha trascritto il preliminare tra l'ipoteca e il pignoramento, ancorché non sussistano ancora precedenti editi su questo specifico punto⁵⁶.

15.1. Ferma restando la possibilità di ridiscutere le singole conclusioni che precedono, mi sembra indiscusso che la forma dell'espropriazione (§ 9), la spettanza dell'opposizione di terzo, sia pure al

⁵⁵ Cfr. Cass. 9.12.1995 n. 12633: la massima non è delle migliori. Leggendola, sembra che la domanda sia stata trascritta in corso di esecuzione, ma dalla lettura integrale della motivazione si ricava senz'ombra di dubbio che essa era anteriore allo stesso pignoramento.

⁵⁶ S'è dato anche un caso, per più aspetti interessante, riguardante il promissario che ha trascritto il preliminare (Cass. 23.1.2009 n. 1703, est. Di Nanni) ma è di scarso interesse a fini di questa trattazione poiché il preliminare è stato trascritto (nel 1997) dopo un'ipoteca (del 1992) e un sequestro conservativo (del 1996) convertito in pignoramento (nel 1998). Vista l'inopponibilità del preliminare al sequestro, è quindi logico che il promissario acquirente, dopo aver ottenuto il titolo di proprietà (nel 2000), sia stato trattato come un terzo acquirente del bene pignorato, e non come titolare di una posizione autonoma.

solo fine di assumere la qualità e i poteri della parte (§ 10), e i poteri del promissario acquirente all'interno del processo esecutivo (§ 12) sono indipendenti dal fatto che la trascrizione anteriore (ma inidonea ad attribuire la proprietà) consista in una domanda giudiziale oppure in un contratto preliminare.

15.2. Quanto al diritto all'avviso ex art. 498 c.p.c. (§ 11), non dovrebbe esservi dubbio alcuno sulla sua estensione al promissario acquirente che ha trascritto il preliminare prima del pignoramento, visto che la trascrizione può attribuire alternativamente: 1) in caso di perfezionamento dell'acquisto il diritto a concorrere su quanto sopravanza liquidati le spese e il credito ipotecario; 2) in caso di "mancata esecuzione del preliminare", il privilegio speciale immobiliare⁵⁷.

Ora, il creditore procedente ben può ignorare, prima che il promissario intervenga nell'esecuzione, la posizione che quest'ultimo intende assumere (aspirante allo *jus in re* o mero creditore), ma non può legittimamente pretermetterlo perché, sotto entrambi i profili, il diritto all'avviso gli compete: in caso di espropriazione ipotecaria, come figura di terzo pregiudicato *de jure*, che s'affianca dunque ai titolari di usufrutto etc. previsti dall'art. 2812 c.c., e in tutti i casi come un creditore munito di prelazione risultante dai pubblici registri.

Né può aver rilievo, al fine di escludere il diritto all'avviso, la considerazione che gli effetti della trascrizione del preliminare appaiono cessati, perché ad essa non ha fatto seguito nello *spatium temporis* di vigenza la trascrizione del definitivo o della domanda giudiziale. A parte il fatto che essi potrebbero sopravvenire anche in pendenza di esecuzione, poiché non è detto che il termine ex art. 2645-bis comma 3 sia già scaduto alla data del pignoramento, è sufficiente osservare che il promissario conserva il diritto al privilegio ex art. 2775-bis c.c. già per il solo fatto di aver risolto il preliminare con atto avente data certa o aver proposto domanda di risoluzione nell'arco di tempo di efficacia della trascrizione del preliminare: eventi questi che, nella normalità dei casi, sfuggono all'esame dei registri immobiliari⁵⁸ e non consentono di ritenere *ictu oculi* escluso il privilegio e quindi il diritto all'avviso.

⁵⁷ MICCOLIS, *Profili processuali*, cit., 201 (nt. 58).

⁵⁸ Cfr. LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 79 secondo cui la difficoltà di verificare l'effettiva spettanza al promissario acquirente del privilegio, pur in presenza di una trascrizione apparentemente scaduta, "poiché l'eventuale risoluzione o scioglimento di rapporto e la pendenza di uno dei processi indicati – tranne il caso della trascrizione del pignoramento – non potrà risultare dai registri immobiliari" crea un indubbio inconveniente che si traduce in una minor sicurezza della circolazione giuridica. In senso conforme MICCOLIS, *Profili processuali*, cit., 188 ss. e GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., 40: quest'A. ritiene inammissibile l'ordine giudiziale di cancellazione della trascrizione del preliminare (art. 2668 c.c.) a meno che esso non abbia "esaurito la propria ragion d'essere per trascorso anno o triennio senza che sia intervenuto il definitivo o l'atto esecutivo o sia stata trascritta la domanda ex art. 2652 n. 2 e poi la sentenza e sempre che il privilegio non sia nato o il credito privilegiato sia stato estinto". Se si conviene su questa conclusione, la sola persistenza della trascrizione è motivo sufficiente per dare avviso di pignoramento, così come s'è osservato nel testo.

Va poi da sé che la notificazione dell'avviso non implica ancora il diritto a concorrere al riparto, nell'una o nell'altra veste: se il promissario non fa gli atti necessari a conservare l'effetto prenotativo o il privilegio, non completa la fattispecie acquisitiva, etc. non avrà titolo a prelevare dal riparto il sopravanzo né a soddisfarsi con prelazione sugli altri creditori. Ma queste ulteriori verifiche non possono essere fatte *a priori*, dal precedente o dal G.E., ed esigono dunque che si stabilisca il contraddittorio con il promissario all'interno del processo esecutivo, per il tramite della notifica dell'avviso ex art. 498. Il che non può stupire visto che situazione non dissimile si dà con riguardo al creditore che, pur non avendo cancellato dai registri l'ipoteca o il sequestro conservativo, non ha più alcun credito da far valere.

15.3. Quanto al riparto la forma del processo è, a grandi linee, quella stessa già tratteggiata: il promissario ha titolo a "intervenire", *rectius* a opporsi al riparto facendo valere il suo diritto che, a seguito della vendita forzata, s'è trasferito sul prezzo, e ai fini dell'intervento in qualità di titolare dello *jus in re* non ha necessità di munirsi di un titolo esecutivo né di sottoporsi alla verifica dei crediti ex art. 499 c.p.c. per gli stessi motivi già evidenziati sopra (§ 13). *More solito*, il conflitto in sede di riparto tra promissario e creditori dell'esecutato deve risolversi avuto riguardo alla priorità di grado e alla conservazione dell'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare. Ciò restituisce un quadro articolato che può essere così riassunto.

1) Il promissario estromette dalla distribuzione i chirografari e gli ipotecari successivi alla trascrizione del preliminare se ha trascritto il definitivo, la domanda giudiziale o direttamente la sentenza nello *spatium temporis* di efficacia della prima formalità (§ 4), ancorché dopo il pignoramento, poiché la seconda trascrizione prende grado dalla data della prima.

2) Se non ha conservato l'effetto prenotativo, è comunque preferito ai chirografari se ha trascritto la domanda giudiziale prima del pignoramento, poiché la situazione è identica a quella esaminata sub § 13, ma soccombe rispetto ai creditori che hanno iscritto ipoteca nell'intervallo tra la trascrizione del preliminare e quella della domanda.

3) In ultimo, soccombe anche ai chirografari, se non ha conservato l'effetto prenotativo e non ha trascritto la domanda prima del pignoramento: infatti, non potendo vantare alcun titolo di grado anteriore al pignoramento, deve essere trattato come un semplice acquirente del bene (già) pignorato e può quindi far suo soltanto il residuo prezzo altrimenti destinato all'esecutato⁵⁹.

⁵⁹ Nel senso che il terzo acquirente del bene (già) pignorato può comunque intervenire nell'esecuzione per appropriarsi del residuo prezzo in luogo dell'esecutato vedi, da ultimo, Cass. 26.7.2004 n. 14003; Cass. 18.7.2006 n. 16440.

16. Eccezioni alla prevalenza del preliminare. L'ipoteca iscritta a garanzia del finanziamento concesso al costruttore per l'intervento edilizio ex art. 2825-bis c.c. Il mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile.

Ai sensi dell'art. 2645-bis cpv. il titolo di proprietà ottenuto dal promissario acquirente prevale sulle iscrizioni successive alla trascrizione del preliminare. Affermarne la "prevalenza" sull'ipoteca, ai fini della risoluzione del conflitto tra titoli, altro non vuol dire evidentemente che il promissario, ormai proprietario, acquista il bene libero dalla garanzia, *ergo* non è terzo acquirente del bene ipotecato, né trasmette a sua volta il peso sull'immobile ai propri aventi causa. A questa regola generale, viene fatta eccezione espressa dall'art. 2825-bis c.c..

16.1. La norma considera un caso piuttosto frequente nella prassi. Il costruttore finanzia l'intervento edilizio "su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione" mediante mutuo fondiario, garantito da ipoteca sul terreno e relative accessioni. Dopo che l'edificio è venuto a esistenza, costruttore e banca stipulano un atto di frazionamento dell'ipoteca in lotti (ciascuno corrispondente a un'unità immobiliare) e delle obbligazioni *ex mutuo* in quote, di modo che ciascun unità risponda in via ipotecaria non per l'intero mutuo, ma per la sola quota assegnata al lotto. In sede di preliminare, e talora in seguito, promittente e promissario possono convenire che il prezzo di vendita sia regolato, in tutto o in parte, anziché in denaro liquido mediante accollo della quota del mutuo.

16.2. Verificandosi queste condizioni: *a)* ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione; *b)* a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi degli art. 38 ss. d. lgs. 1.9.1993 n. 385⁶⁰; *c)* accollo da parte del promissario acquirente della quota di mutuo corrispondente al lotto promesso in vendita, l'art. 2825-bis c.c. regola dunque il conflitto tra banca e promissario acquirente, ormai proprietario, stabilendo che l'ipoteca "prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari ... limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo"⁶¹. Analogamente l'art. 2775-bis dichiara "non opponibile" il privilegio del promissario acquirente "ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis".

⁶⁰ Per GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa*, cit., 459; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 64; TUCCI, *Trascrizione del contratto*, cit., 171 deve trattarsi del finanziamento della realizzazione dell'edificio nel quale è ubicata l'unità immobiliare promessa in vendita e non di ipoteca concessa su altro immobile.

⁶¹ L'art. 2825-bis prevede che l'atto successivo contenente accollo dell'ipoteca sia annotato a margine della trascrizione del preliminare. È dubbio tuttavia che quest'annotazione abbia una qualche efficacia giuridica. Per GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 537 si tratta infatti di mera pubblicità-notizia, disposta per avvertire della pendenza

16.3. La norma rende quindi inoperante, in questo caso, l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare, nonché il privilegio. La *ratio legis* riesce evidente se si considera che il promissario stesso ha consentito all'accollo e ha quindi implicitamente accettato l'acquisto della proprietà gravata dall'ipoteca⁶². Per scelta legislativa, questa garanzia resta dunque ferma, ancorché iscritta per seconda. Ciò ha alcune implicazioni (§ 16.9).

16.4. La limitazione della responsabilità ipotecaria alla misura del debito accollato non ha invece ragion d'essere, almeno in linea di stretto diritto, se l'ipoteca fondiaria è stata iscritta prima della trascrizione del preliminare. Il promissario acquista infatti un bene già ipotecato, *ergo* è comunque responsabile in via ipotecaria, indipendentemente dal subingresso nel mutuo (cfr. ancora artt. 2858 c.c. e 602 ss. c.p.c.) e dovrebbe al limite rispondere in via ipotecaria per l'intero mutuo se è mancato l'atto di suddivisione in quote (c.d. indivisibilità dell'ipoteca: art. 2809 cpv. c.c.).

Va tuttavia registrata una tendenza legislativa di segno contrario, intesa a evitare al promissario acquirente il rischio dell'indivisibilità dell'ipoteca non frazionata in lotti e la responsabilità ipotecaria per mutui fondiari non accollati.

16.4.1. Sotto il primo profilo, l'art. 39 comma 6 D.P.R. 1.9.1993 n. 385 (T.U. bancario), disciplinando il credito fondiario, già aveva riconosciuto al "debitore e terzo acquirente" del bene ipotecato il "diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia". La norma è stata ampiamente riformulata dall'art. 7 d. lgs. 20.6.2005 n. 122 che ha esteso la tutela anche a "il promissario acquirente o l'assegnatario" e soprattutto ha reso eseguibile la pretesa alla suddivisione del mutuo e al frazionamento dell'ipoteca, nonostante l'inerzia della banca (art. 39 comma 6-bis e ss.)⁶³.

Prosegue l'art. 8 d. lgs. 20.6.2005 n. 122 vietando al notaio di ricevere l'atto di compravendita "se non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile".

dell'iscrizione ipotecaria "un eventuale cessionario del contratto preliminare o un nominato quale acquirente definitivo" o – può aggiungersi – colui che, senza subentrare nel rapporto preparatorio, acquista l'immobile come avente causa dal promissario acquirente e quindi subisce il vincolo dell'ipoteca.

⁶² GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa*, cit., 459; ID., *La pubblicità immobiliare*, cit., 536; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 66.

⁶³ In estrema sintesi, se la banca non provvede entro 90 giorni dalla richiesta, il richiedente può ricorrere al presidente del tribunale del luogo dell'immobile che, sentite le parti, se accoglie il ricorso nomina un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto da lui soltanto che ha efficacia nei confronti della banca e degli altri interessati. Vedi un'accurata analisi in PETRELLI, *Gli acquirenti*, cit., 273 ss.

Vi sono alcune questioni sull'ambito applicativo della norma, che è stata formulata in modo apparentemente onnicomprensivo e parrebbe riferirsi dunque a qualunque atto di vendita o trasferimento di diritti su immobili, ma s'è osservato che la legge delega 2.8.2004 n. 210 autorizzava il Governo a intervenire soltanto per la tutela nei confronti del costruttore degli acquirenti (persone fisiche) di immobili da costruire. Quindi il campo di applicazione soggettivo dell'art. 8 tende a coincidere con quello segnato dalle definizioni contenute all'art. 2 d. lgs. 20.6.2005 n. 122⁶⁴, mentre sul piano oggettivo non pare essere dubbio che l'art. 8 fa riferimento a un finanziamento, divisibile in quote, e garantito da ipoteca e perciò di massima da inquadrarsi nell'ambito del mutuo fondiario regolato dagli artt. 38 ss. D.P.R. 1.9.1993 n. 385.

In conclusione: 1) tutti gli acquirenti o promissari acquirenti di immobili gravati da mutuo fondiario hanno diritto alla suddivisione e frazionamento di debito e ipoteca e quindi a non subire gli effetti dell'indivisibilità ex art. 2809 cpv. c.c. e sono muniti di rimedio per l'inosservanza dell'obbligo da parte della banca; 2) le sole persone fisiche che acquistano o promettono di acquistare da un'impresa costruttrice un immobile in corso di costruzione sono ulteriormente tutelate contro il rischio di subentrare nell'ipoteca indivisa, poiché il notaio non può ricevere l'atto di trasferimento se non esiste (almeno) il titolo per procedere al frazionamento.

16.4.2. Sotto il secondo profilo, vale di nuovo l'art. 8 del d. lgs. 20.6.2005. Il notaio non può ricevere l'atto di compravendita "se non si sia proceduto ... al perfezionamento di un titolo per la cancellazione dell'ipoteca a garanzia ...". Il caso contemplato è quello dell'acquirente o promissario acquirente persona fisica che sceglie di non accollarsi la quota del mutuo riferibile all'unità immobiliare oggetto del contratto. Vietando il ricevimento da parte del notaio dell'atto di vendita, la norma tende evidentemente a impedire che, per effetto dell'acquisto, il promissario venga ad assumere la posizione di terzo proprietario ai fini degli artt. 2858 ss. c.c. e 602 ss. c.p.c..

16.5. V'è una seconda eccezione al criterio *prior in tempore potior in jure*, non scritta nella legge ma agevolmente ricavabile in via di interpretazione ed è il caso dell'ipoteca a garanzia del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile promesso in vendita. Lo spunto per l'analisi è offerto dall'art. 2775-bis cpv. c.c.: "il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile".

16.6. Quale fattispecie abbia avuto presente il legislatore è poco chiaro.

⁶⁴ In questo senso, con ampia argomentazione, PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 307 ss. (ivi 311 ss.).

Che si tratti di ipoteca concessa dal promissario acquirente prima dell'acquisto può escludersi perché l'ipoteca non può essere validamente iscritta su cosa altrui (art. 2822 c.c.).

Eguale non può trattarsi dell'ipoteca concessa dal promissario a garanzia di un mutuo contratto contestualmente al definitivo (ossia per il pagamento del saldo prezzo), poiché il caso non merita neppure di essere regolato: tra l'ipotecario che iscrive a carico del promissario acquirente, ormai proprietario, e la trascrizione del preliminare non può esservi infatti alcun conflitto ex art. 2644 c.c. visto che le formalità non sono prese entrambe a carico di un comune autore (il definitivo è trascritto a carico del venditore; l'ipoteca a carico del compratore). Al contempo, la norma presuppone che al promissario acquirente competa il privilegio derivante da mancata esecuzione del preliminare: *ergo* che non si sia verificato alcun acquisto della proprietà.

Per esclusione, deve dunque trattarsi dell'ipoteca concessa dal promittente venditore in qualità di terzo datore di ipoteca – e perciò immediatamente iscrivibile – per consentire al promissario di prendere a mutuo le somme necessarie al versamento anticipato di acconti sul prezzo: al momento della stipula del preliminare o in corso di esecuzione del rapporto preparatorio. Ognun vede come si tratti di ipotesi di rara verifica, poiché il promittente venditore resterebbe esposto al duplice rischio dell'inadempimento del promissario acquirente all'obbligo di stipulare il definitivo e di trovarsi al contempo l'immobile ipotecato per un debito altrui.

16.7. Verificandosi dunque queste condizioni, il privilegio derivante dalla trascrizione "non è opponibile" all'ipoteca, *ergo* il promissario acquirente non può soddisfare con preferenza rispetto al mutuante il credito derivante dalla mancata esecuzione del preliminare. Il senso della preferenza dell'ipoteca è chiaro e si riconduce, in definitiva, al paradigma già esaminato sopra: avendo contratto il mutuo, il promissario è e resta l'obbligato principale nei confronti dell'ipotecario, *ergo* non può usare della prelazione per soddisfarsi in via prioritaria rispetto al proprio creditore.

Questa *ratio legis* regge quale che sia l'ordine in cui le due formalità sono prese: che la trascrizione del preliminare sia anteriore o successiva all'iscrizione di ipoteca, nulla cambia ai fini della risoluzione del conflitto e infatti l'art. 2775-bis non vi fa cenno.

16.8. Su questa premessa, si può esaminare il caso del promissario che perfeziona l'acquisto della proprietà, dopo aver contratto il mutuo garantito da ipoteca concessa dal promittente venditore come terzo datore e iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare.

Il caso non è regolato dall'art. 2775-bis cpv. che si preoccupa esclusivamente del conflitto tra le due cause di prelazione in sede distributiva. Né è regolato espressamente dall'art. 2645-bis. E tuttavia l'applicazione meccanica della regola dettata da quest'ultima norma (*prior in tempore potior in jure*)

suona come un'evidente forzatura, poiché il promissario acquirente ha acquistato l'immobile per il tramite della provvista fornita dal mutuante e ha accettato⁶⁵ la costituzione a carico del bene dell'ipoteca a garanzia del rimborso: come nel caso regolato dall'art. 2825-bis il promissario non può dunque giovarsi della trascrizione anteriore del preliminare per contestare l'efficacia del vincolo ipotecario. *Ergo*, il preliminare trascritto per primo non prevale sull'ipoteca né ai fini del concorso, né (in via di interpretazione estensiva dell'art. 2775-bis) ai fini del conflitto tra titoli.

16.9. La preferenza attribuita alle ipoteche ex art. 2775-bis e 2825-bis c.c., ancorché successive, sia nel conflitto tra titoli sia nel concorso dei creditori ha alcune ricadute applicative che possono essere così riassunte.

16.9.1. Nei confronti del promissario acquirente, ormai proprietario, l'ipoteca non è condizione per la legittima espropriazione del bene poiché, contraendo o accollandosi il mutuo, il promissario s'è comunque esposto all'azione esecutiva della banca, indipendentemente dalla persistenza ed efficacia della garanzia ipotecaria. L'ipoteca viene quindi in considerazione esclusivamente in fase distributiva come causa di prelazione nel concorso di creditori.

16.9.2. Nella circolazione successiva dell'immobile, va da sé che il promissario ha acquistato un bene ipotecato e non può disporre della proprietà senza al contempo trasmettere al suo successore e avente causa il vincolo dell'ipoteca. *Ergo* l'avente causa risponde in via ipotecaria e la banca può compiere nei suoi confronti il pignoramento, o nella forma del pignoramento contro il debitore diretto (se anche l'avente causa s'è accollato il mutuo o è comunque tenuto all'adempimento dei debiti *ex mutuo*) o nella forma degli artt. 602 ss. c.p.c. (in caso contrario).

16.9.3. Infine, in sede distributiva, nell'esecuzione contro il promittente venditore, l'ipotecario ex artt. 2775-bis e 2825-bis c.c. è preferito al promissario acquirente che non può spendere utilmente il privilegio per "mancata esecuzione del preliminare", per pregiudicare il soddisfacimento dell'ipoteca: ciò risulta *per tabulas* dall'art. 2775-bis cpv. c.c..

Eguale deve dirsi nel caso (trattato sopra sub §§ 13 e 15) in cui il promissario acquirente ha ottenuto il titolo dopo il pignoramento e interviene nell'esecuzione per riceversi il sopravanzo del prezzo una volta soddisfatti gli ipotecari anteriori: in quanto debitore non può pregiudicare le

⁶⁵ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 72 nota che il consenso all'iscrizione di ipoteca del promissario acquirente può equivalere, sempre che si ritenga ammissibile, a un negozio dispositivo di grado ossia a una rinuncia ad avvalersi nei confronti dell'ipotecario degli effetti della trascrizione anteriore.

ragioni dell'ipotecario, ancorché successivo, e quindi deve "lasciargli il passo" collocandosi in grado successivo all'ipoteca nel riparto.

È da osservare che, in mancanza dell'art. 2775-bis cpv., il mutuante avrebbe pur sempre potuto proporre domanda di sostituzione ex art. 511 c.p.c. per ottenere la devoluzione a sé della quota di riparto astrattamente destinata al soddisfacimento del credito del promissario. La preferenza dell'ipoteca nel riparto rende dunque superflua la domanda ex art. 511 c.p.c. e al contempo lascia sussistere il privilegio a favore del promissario acquirente, sia pure in grado sotto ordinato all'ipoteca⁶⁶.

Sez. III – L'effetto prenotativo nell'esecuzione concorsuale:

trascrizione della domanda e/o del preliminare anteriore alla dichiarazione di fallimento

17. Limiti all'operatività della trascrizione anteriore nel fallimento. Quadro degli orientamenti giurisprudenziali.

In sede concorsuale⁶⁷, la posizione del promissario acquirente è sempre stata più debole rispetto a quella riconosciutagli nei confronti degli aventi causa e creditori del promittente venditore, nonostante la trascrizione del preliminare e/o della domanda giudiziale in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

In estrema sintesi questo è lo *jus quo utimur*⁶⁸.

17.1. Sopravvenuta la dichiarazione di fallimento del promittente venditore, il giudizio di adempimento ex art. 2932 c.c. non risulta *ex se* improcedibile o improseguibile nei confronti del curatore, a condizione che il promissario abbia trascritto in data anteriore la domanda ex art. 2652 n.

⁶⁶ La conclusione di cui al testo (postergazione del privilegio all'ipoteca) si presta peraltro a un'irrazionale duplicazione di somme nel caso di finanziamento dell'acquisto (art. 2775-bis). Si faccia questo caso: in corso di esecuzione del preliminare, il promissario versa acconti per € 50.000 prendendoli a mutuo da una banca con ipoteca concessa dal promittente come terzo datore; il preliminare resta ineseguito e nell'esecuzione contro il terzo datore intervengono la banca per aver dato € 50.000 (non rimborsati) al promissario acquirente e quest'ultimo per la restituzione delle medesime somme in quanto versate al promittente a titolo di acconto. È evidente che la massa passiva viene ad essere artificialmente raddoppiata (50.000 + 50.000). Quest'inconveniente non si verifica se si conviene con ALESSI, *Il privilegio immobiliare*, cit., 360 e TUCCI, *Trascrizione del contratto*, cit., 173 che la "non opponibilità" del preliminare equivale qui a una sorta di surrogazione del mutuante nel privilegio del promissario acquirente.

⁶⁷ Trattiamo qui della procedura fallimentare. Le conclusioni relative all'interpretazione dell'art. 72 legge fall. possono estendersi anche alla liquidazione coatta amministrativa, visto il richiamo contenuto nell'art. 201 legge fall. alla disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento.

⁶⁸ Indicazioni giurisprudenziali sono superflue visto che l'orientamento è compatto, con la sola oscillazione determinata dalla nota Cass. sez. un. 7.7.2004 n. 12505. In dottrina, in senso conforme all'orientamento maggioritario, vedi ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.* 1961, 563 ss. (ivi 565). Per un commento adesivo alle Sezioni unite vedi invece COLESANTI, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario acquirente: una "svolta" nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 329 ss..

2 c.c. e quindi abbia adempiuto alle formalità necessarie a rendere opponibile l'acquisto alla massa (art. 45 legge fall.), tenuto conto che la successiva sentenza di trasferimento prende grado dalla trascrizione anteriore⁶⁹.

17.2. Che il giudizio resti procedibile nei confronti della curatela, non implica ancora che il promissario acquirente *ceteris paribus* abbia diritto all'emissione della sentenza di trasferimento, poiché viene in considerazione la disciplina fallimentare dei rapporti giuridici pendenti e non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti (art. 72 legge fall.).

Il curatore conserva quindi intatta, nonostante la trascrizione anteriore della domanda, la facoltà di sciogliersi dal vincolo negoziale, provocando il rigetto nel merito (non la semplice improcedibilità) della domanda del promissario.

E che la trascrizione anteriore non sia sufficiente a rendere immune la posizione del promissario dai poteri della curatela esce confermato dall'art. 72 comma 5 legge fall. (*ante* riforma, introdotto dal d.l. 31.12.2006 n. 669) che, nel riconoscere al promissario acquirente il privilegio per i crediti derivanti da mancata esecuzione del preliminare trascritto, conferma al contempo il potere del curatore di scegliere tra l'esecuzione fuori concorso e lo scioglimento del contratto.

È noto che Cass. sez. un. 12405/2004⁷⁰ ha tentato di aprire una breccia nella giurisprudenza contraria – peraltro in un caso peculiare (preliminare di permuta di terreno contro alloggio in edificio da costruire) – ma quella breccia è stata subito richiusa dalla giurisprudenza successiva, che è ritornata ad applicare l'art. 72 al giudizio tra promissario e curatore.

17.2.1. Quindi il potere di scioglimento riconosciuto al curatore opera sul *thema decidendum* come esercizio di un diritto potestativo, che comporta la sopravvenuta inefficacia del preliminare, ancora non eseguito, e quindi il rigetto della domanda. Implicitamente, posto il limite dell'avvenuta esecuzione del trasferimento, si ricava che la facoltà ex art. 72 legge fall. può essere utilmente esercitata fino alla stipula del definitivo o al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., senza che a ciò sia di ostacolo il versamento integrale del prezzo (sotto veste di caparra confirmatoria o acconti) né, dal punto di vista del fallimento, la consegna anticipata dell'immobile.

⁶⁹ La giur. sul punto è pacifica, almeno da Cass. 13.5.1982 n. 3001, in *Giust. civ.* 1982, I, 2697. *Nulla quaestio* poi se la trascrizione non è stata presa o è successiva. Lo *jus ad rem* non è opponibile alla massa ex art. 45 legge fall., né potrebbe esserlo in un'esecuzione individuale in virtù dell'art. 2652 n. 2 e 2915 cpv. c.c..

⁷⁰ Pubblicata in più riviste tra cui vedi *Fall.* 2005, 755 con nota di BETTAZZI, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita* e *Foro it.* 2004, I, 3038 con nota di FABIANI (M.), *Osservazioni a Cass. 7 luglio 2004 n. 12505*. Tra le pronunce successive, di ritorno all'indirizzo precedente, vedi ad es. Cass. 22.12.2005 n. 28480 in *Fall.* 2006, 801 con nota di DI MARZIO, *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile* e Cass. 7.1.2008 n. 33, in *Fall.* 2008, 767 con nota di FINARDI, *Facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare e aspetti innovativi dell'art. 72 L. fall.*

17.2.2. Per vero, trattandosi di eccezione riservata alla disponibilità della parte, avrebbe potuto mettersi in dubbio la sua spendibilità in grado di appello, soprattutto dopo che la riforma dell'art. 345 c.p.c. del 1990 ha precluso la proposizione in grado di appello delle c.d. eccezioni in senso stretto. La questione è stata però affrontata e respinta dalla giurisprudenza, che ha ritenuto inapplicabile l'art. 345 c.p.c. alle eccezioni in senso stretto che costituiscono esercizio di un potere sostanziale della parte. Il quadro processuale in cui si muove il potere di scioglimento del curatore all'interno del processo è quindi estremamente deformalizzato: è sufficiente una manifestazione di volontà anche *per facta concludentia* o stragiudiziale; in giudizio, l'esercizio del potere di scioglimento non esige che l'atto che lo contiene sia sottoscritto dal curatore, oltretutto dal difensore; la facoltà può essere esercitata per la prima volta anche in comparsa conclusionale.

17.3. Pur tuttavia, la giurisprudenza non ha mai affermato, né (credo) avrebbe potuto, che il promissario acquirente non può mai ottenere nel merito la sentenza di trasferimento. Se il curatore si disinteressa del giudizio *in itinere* restando contumace, appella tardivamente etc. il promissario ha titolo a ottenere la sentenza di trasferimento⁷¹, poiché: 1) la domanda è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento e quindi assiste con l'efficacia prenotativa che le è propria anche la successiva trascrizione della sentenza, rendendola immune dall'eccezione di inopponibilità alla massa ex art. 45 legge fall.; 2) l'obbligo a concludere il contratto esiste e non s'è sciolto per effetto dei poteri del curatore.

Dunque entro questi strettissimi limiti poteva affermarsi, almeno prima del correttivo di fine 2007, la rilevanza dell'effetto prenotativo nella procedura fallimentare.

18. Le innovazioni del correttivo alla riforma della legge fallimentare. Stabilità del preliminare trascritto.

Quest'orientamento, in linea di massima, deve tenersi fermo ancor oggi visto che l'art. 72 comma 1 legge fall. stabilisce come regola generale che in caso di fallimento di una delle parti in un contratto non ancora bilateralmente eseguito "l'esecuzione del contratto ... rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto" e il comma 3 estende la regola anche ai preliminari di vendita.

⁷¹ In questo senso ANDRIOLI, *Fallimento e atti*, cit., 566 e COLESANTI, *Fallimento del promittente venditore*, cit., 335.

Con il recente correttivo del 2007 alla riforma della legge fallimentare s'è tuttavia aperto uno spiraglio verso una maggior tutela del promissario anche in sede concorsuale⁷². Le norme che qui interessano (artt. 67 lett. "c" e 72 ult. comma) peraltro non riguardano tutti i preliminari di vendita ma soltanto quelli: 1) trascritti nei registri immobiliari; 2) aventi a oggetto immobili ad uso abitativo; 3) destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Che la norma abbia carattere di specialità nulla toglie alla sua importanza, regolando fattispecie tutt'altro che infrequenti che reclamavano da tempo una tutela legislativa adeguata.

18.1. L'art. 72 ult. comma dichiara inapplicabile la regola generale al contratto preliminare fornito di quelle caratteristiche.

Dunque in questa fattispecie non si dà alternativa tra esecuzione e scioglimento del contratto a scelta del curatore: perciò il contratto resta efficace e opponibile alla massa⁷³.

1) Il curatore è tenuto a consentire il trasferimento della proprietà, in luogo del fallito, secondo gli strumenti di diritto comune; 2) se convenuto in giudizio ex art. 2932 c.c., non può paralizzare l'accoglimento della domanda dichiarando di volersi sciogliere.

Ciò non toglie che il curatore possa pur sempre eccepire l'inopponibilità alla curatela dei pagamenti fatti al fallito, ma privi di data certa anteriore al fallimento, e abbia quindi diritto a incassare l'intero prezzo dovuto (al netto degli acconti che in concreto risultino opponibili).

18.2. Trattandosi di un contratto (pur obbligatorio ma) propedeutico a un futuro trasferimento di proprietà, quest'ultimo opponibile alla massa ex artt. 2645-bis c.c. e 45 legge fall., si pone evidentemente la questione della revocabilità in sede fallimentare del preliminare: il curatore è tenuto ad adempiere il preliminare, salvo provocarne la dichiarazione di inefficacia in pregiudizio ai diritti dei creditori; reciprocamente, il preliminare revocato non può essere titolo per esigere il trasferimento, non ostante la trascrizione anteriore.

Sul punto provvede dunque l'art. 67 lett. c) estendendo ai "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" l'esenzione da revocatoria già concessa dall'art. 2 d.l. 14.3.2005 n. 35 convertito con emendamenti in legge 14.5.2005 n. 80 alle "vendite concluse a giusto prezzo ed

⁷² Il decreto è entrato in vigore l'1.1.2008 e si applica (art. 22) soltanto "ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore, nonché alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore".

⁷³ Per una prima lettura, vedi TARZIA (Gio.), *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.* 2007, 1385.

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".

Implicitamente, *a contrario*, risultano assoggettabili a revocatoria i preliminari di vendita trascritti ma conclusi "a prezzo iniquo".

Le due norme sollecitano alcune riflessioni.

18.3. Il testo dell'art. 72 ult. comma esige che si tratti di "preliminare di vendita trascritto": va da sé prima della dichiarazione di fallimento. Se poi il fallimento è stato dichiarato in pendenza di un'esecuzione individuale, vale il classico orientamento formatosi sull'art. 107 legge fall..

L'esecuzione individuale è improcedibile (salva l'eccezione del credito fondiario), a meno che il curatore scelga di subentrare e proseguirla, ma in ogni caso gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento restano fermi "giacché nella titolarità di quegli effetti è già subentrato, automaticamente e senza condizioni, il curatore, a norma dell'art. 107 l. fall."⁷⁴.

Quindi il promissario acquirente non può giovare dell'art. 72 ult. comma legge fall. se ha trascritto il preliminare nell'intervallo tra la trascrizione del pignoramento e la dichiarazione di fallimento, a meno che il curatore rinunci all'esecuzione individuale, provocandone l'estinzione e vanificando gli effetti conservativi del pignoramento.

In ultimo, merita segnalazione il diverso trattamento fatto al promissario che ha trascritto il preliminare e a quello che s'è limitato a trascrivere la domanda giudiziale ex art. 2652 n. 2 c.c. che, almeno seguendo la lettera, non potrebbe conservare il diritto al trasferimento, occorrendo dunque alla scelta del curatore di sciogliersi dal contratto: sul piano dell'effetto prenotativo, le due posizioni dovrebbero però essere assimilabili (§ 1) e si può seriamente discutere se tale diversità di trattamento sia obiettivamente giustificata oppure solleciti il rinvio degli atti alla Corte costituzionale.

Salvo evidentemente riprendere, estendendolo finalmente anche alla vendita, l'orientamento espresso da Cass. sez. un. 7.7.2004 n. 12505: "quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l. fall.".

⁷⁴ Così *ex multis* Cass. 29.5.1997 n. 4743 (che peraltro ammette la facoltà del curatore di rinunciare all'esecuzione individuale provocandone la vera e propria estinzione), Cass. 15.4.1999 n. 3729 in *Giust. civ.* 2000, I, 862; Cass. 24.9.2002 n. 13865 in *Giust. civ.* 2002, I, 3060; Cass. 16.7.2005 n. 15103.

18.4. L'art. 72 ult. comma non prende posizione sull'efficacia nel tempo della trascrizione del preliminare in caso di fallimento del promittente venditore. Ossia non è chiaro se il diritto all'esecuzione del contratto: *a*) può farsi valere "a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento" (come è previsto dall'art. 72.7 legge fall.), oppure *b*) è sottoposto all'art. 2645-bis c.c. che stabilisce il termine di "un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta" per la trascrizione del contratto o della domanda giudiziale.

18.4.1. Si potrebbe immaginare una terza lettura della norma, che è anche più aderente al dato testuale: ossia che il promissario acquirente che ha trascritto il preliminare sia tutelato indipendentemente dalla risalenza nel tempo della trascrizione.

Ammettere però l'efficacia *sine die* della trascrizione equivarrebbe a tutelare contro la curatela fallimentare assetti di interessi negoziali ormai venuti a scadenza e pertanto non tutelati in caso di esecuzione individuale promossa da un creditore chirografario⁷⁵.

Paradossalmente quindi, per rimediare alla subalternità del promissario acquirente nei confronti degli organi della procedura, il correttivo alla legge fallimentare avrebbe finito per creare una nuova disparità di trattamento, fornendo al promissario acquirente in caso di fallimento del promittente venditore una posizione oggettivamente migliore rispetto a quella che gli compete contro gli altri aventi causa e creditori di non-imprenditori o imprenditori non falliti.

V'è poi un altro argomento. Visto il nesso che esiste tra effetto prenotativo - prosecuzione del rapporto col curatore - revocabilità del preliminare, non si spiega per quale motivo l'art. 67 lett. "c" sottrae a revocatoria i preliminari trascritti che hanno perduto i propri effetti ai sensi dell'art. 2645 comma 3. Questa terza lettura sembra dunque in definitiva poco plausibile e da scartare.

18.4.2. Acquisito il dato che un termine di efficacia deve pur esservi, la differenza tra le due formule sopra proposte è evidente. L'art. 72 legge fall. cristallizza gli effetti della trascrizione alla data del fallimento, ragione per cui il privilegio esistente a quella data non può venire meno per il sopravvenuto decorso del tempo. Viceversa è a dirsi per l'art. 2645-bis: il promissario acquirente

⁷⁵ Es.: preliminare trascritto il 2.1.2000, non seguito nel triennio da alcun atto idoneo a conservare l'effetto prenotativo. Se il chirografario del promittente trascrive pignoramento sull'immobile il 2.1.2008 e successivamente il promissario inizia il giudizio ex art. 2932 c.c. o stipula il definitivo è indiscusso che egli non potrà far salvo l'immobile, poiché ha perduto la prenotazione della trascrizione del titolo di proprietà, e il chirografario potrà soddisfare le sue ragioni di credito sul ricavato della vendita. Viceversa, accedendo alla lettura qui criticata, se l'imprenditore-promittente venditore è dichiarato fallito il 2.1.2008, il rapporto prosegue con la curatela, tenuta a dare adempimento al contratto. Né è certo che dall'esecuzione del contratto il curatore possa ricavare somme distribuibili ai creditori, se gli acconti versati dal promissario al fallito hanno data certa anteriore.

che pur ha trascritto, ma non s'è mosso per tempo per procurarsi il titolo di proprietà o agire in giudizio, perde l'effetto prenotativo della trascrizione; non potendo (più) vantare un titolo anteriore alla dichiarazione di fallimento, viene dunque a perdere la stessa tutela accordatagli oggi dalla norma, riconducendosi alla posizione del promissario non trascrivente.

Quest'ultima conclusione è forse più aderente allo spirito dell'art. 72 ult. comma perché: 1) l'interesse quivi tutelato è omogeneo a quello dell'art. 2645-bis (è interesse all'acquisto e non al concorso); 2) la cristallizzazione degli effetti della trascrizione alla data del fallimento ha ragione d'essere in caso di sospensione e poi scioglimento del rapporto – quindi in caso di "mancata esecuzione del preliminare" – ed è viceversa meno comprensibile quando, nonostante il fallimento, il rapporto prosegua *invito curatore* e il promissario acquirente mantenga dunque inalterata la facoltà di esigere il trasferimento in proprietà, se del caso agendo ex art. 2932 c.c. nei confronti della curatela.

18.5. Trattandosi di un preliminare di vendita di immobile da costruire che ricade nel campo di applicazione del d. lgs. 20.6.2005 n. 122 e al tempo stesso è stato trascritto prima del fallimento, le norme potenzialmente applicabili sono due: l'art. 72 ult. comma legge fall. (prosecuzione del contratto) oppure l'art. 72-bis legge fall. (facoltà di recesso del promissario).

18.5.1. Fuori dai casi in cui opera l'ult. comma, il sistema delineato dagli artt. 72 e 72-bis legge fall. (e dall'art. 3 del d. lgs. 20.6.2005 n. 122) è questo. Come è regola generale, il curatore ha facoltà di scelta tra esecuzione e scioglimento unilaterale del vincolo. Il promissario acquirente, come è regola, non può optare unilateralmente per l'esecuzione, ma ha facoltà a sua volta di recedere dal vincolo negoziale, escutendo la fideiussione ex art. 3 e dandone comunicazione al curatore.

Poiché il promissario non può esercitare la facoltà di recesso dopo che il curatore ha dichiarato di voler subentrare, il criterio in base al quale s'afferma l'interesse alla prosecuzione del rapporto (per scelta del curatore) o al suo scioglimento (per scelta del promissario) è quello della priorità temporale dell'atto di scelta⁷⁶.

18.5.2. Ora, se è vero che il promissario acquirente non può unilateralmente sciogliersi dal vincolo ex art. 72-bis legge fall., se il curatore lo precede e dichiara di voler eseguire, potrebbe ricavarsi *more geometrico* la conclusione che, se il curatore è tenuto *ope legis* ad adempiere il preliminare (caso regolato dall'art. 72 ult. comma legge fall.), allora il potere di autotutela previsto dall'art. 72-bis è messo fuori gioco.

⁷⁶ Così anche PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 351; DI MARZIO, *Crisi di impresa*, cit., 47 che parla, a ragione, di un potere di autotutela del credito restitutorio riconosciuto al promissario acquirente.

Eppure è lecito dubitare dell'adeguatezza di questa conclusione agli interessi in gioco, poiché se il fabbricato è ben lontano dall'essere ultimato e non è autorizzata la continuazione provvisoria dell'esercizio dell'impresa è lecito chiedersi che interesse abbia il promissario acquirente a ricevere l'adempimento di una prestazione incompleta e perciò inesatta, laddove persiste e semmai si rafforza l'interesse a recedere dal preliminare, rientrando delle anticipazioni erogate all'impresa fallita, e quindi a escutere la fideiussione.

Né è possibile tacere la considerazione che il trattamento peggiore che il promissario verrebbe in tal caso a ricevere dipende solo e soltanto (ancora una volta paradossalmente) dall'aver debitamente tutelato il proprio interesse, provvedendo a trascrivere il preliminare.

Per uscire da questo *impasse* e dai dubbi di costituzionalità che il confronto tra le due norme sollecita, dovrebbe quindi fornirsi un'interpretazione adeguatrice che tenga assieme la privazione del potere del curatore di sciogliersi dal contratto (art. 72 comma 1) con la conservazione al promissario del potere di recedere, malgrado egli abbia comunque diritto all'esecuzione. Oppure riconoscere che il promissario, avendo preso la trascrizione anteriore nel proprio interesse, ha anche facoltà di rinunciare ad avvalersene e quindi di collocarsi nella posizione del promissario non tutelato, con diritto al recesso e all'escussione della fideiussione.

19. (Segue). Revocatoria fallimentare del preliminare trascritto.

L'accresciuta stabilità del preliminare trascritto e la sua opponibilità al fallimento del promittente venditore aprono, come s'è detto, il problema della sua revocabilità come limite a quell'efficacia.

La questione non aveva ragione di porsi prima del correttivo perché – salvo discutere di lesioni alla *par condicio creditorum* per via del privilegio del promissario acquirente⁷⁷ – il bene promesso in vendita dal fallito: 1) o era uscito dal suo patrimonio, perché il preliminare era stato eseguito, e allora ciò che doveva essere assoggettato a revocatoria era l'atto dispositivo e non quello obbligatorio; 2) oppure era ancora nel patrimonio del fallito, perché il preliminare non era stato eseguito, e anche allora la revocatoria del preliminare sarebbe riuscita superflua, non essendo necessaria per apprendere il bene alla massa, né per rendere inefficace il vincolo obbligatorio, vista la strada ben più semplice offerta al curatore dall'art. 72 legge fall.⁷⁸

⁷⁷ Nel senso della autonoma revocabilità del privilegio, vedi LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 92 (nt. 173 con ampia bibliografia) e TUCCI, *Trascrizione del contratto*, cit. 181 s.. Nel senso invece dell'irrevocabilità del preliminare come fonte del privilegio, perché quest'ultimo dipende dalla mancata esecuzione e non dall'accordo delle parti vedi invece GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 725. Questioni diverse si pongono con riguardo al preliminare concluso dal promissario acquirente poi fallito: Cass. 9.12.2004 n. 23016 ne ammette la revocatoria al fine di sottoporre a restituzione le caparre versate dal fallito e poi trattenute dal contraente *in bonis* a seguito di risoluzione del contratto.

⁷⁸ Considerazioni condivise anche da PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 352; DI MARZIO, *Crisi di impresa*, cit., 50 (nt. 43).

Nondimeno, il testo dell'art. 67 lett. "c" dà luogo ad alcune questioni interpretative, specialmente se lo si confronta con il testo dell'art. 10.1 del d. lgs. 20.6.2005 n. 122⁷⁹ che ha previsto un'analogha esenzione da revocatoria per gli atti che hanno per effetto il trasferimento di "immobili da costruire", ossia promessi in vendita "sulla carta".

19.1. L'art. 10.1 riguarda testualmente i soli atti che hanno per effetto il trasferimento di immobili. Quindi non il preliminare⁸⁰. E la mancata considerazione di quest'ultimo ben si spiega considerando che nel 2005 il preliminare (ancorché trascritto) era privo di stabilità nei confronti della curatela trasferimento, *ergo* era superfluo revocarlo e dunque estendergli la previsione dell'esenzione. L'art. 10.1 non è stato modificato, ma l'esenzione da revocatoria di questi preliminari può essere recuperata o per il tramite del novellato art. 67-c (che riguarda tutti i preliminari trascritti) oppure in via di estensione analogica.

19.2. Gli atti dispositivi esenti da revocatoria ex art. 67-c legge fall. sono testualmente "la vendita e il preliminare di vendita della proprietà", mentre l'art. 10.1. fornisce un'esenzione più larga comprendendo sia tipi contrattuali diversi dalla vendita, sia diritti diversi dalla proprietà.

Per aderire all'interpretazione restrittiva dell'art. 67 – che pure è diffusa nei primi commenti⁸¹ – bisognerebbe fornire una spiegazione convincente del motivo per cui l'atto esente che riguarda un immobile già costruito non potrebbe avere a oggetto una proprietà superficiaria *ad tempus* (si pensi agli alloggi di edilizia convenzionata), un diritto di usufrutto o abitazione.

19.3. "Giusto prezzo". Il requisito è comune a entrambe le norme (artt. 67 e 10.1.). La prima questione è il tempo della valutazione. Il solo art. 10.1 prevede che la valutazione risalga alla data di stipula del preliminare. Il senso della norma è dunque che se il corrispettivo è giusto per i valori di

⁷⁹ Art. 10.1: "gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, non sono soggetti all'azione revocatoria" fallimentare.

⁸⁰ Così anche DI MARZIO, *Crisi di impresa*, 50. Non deve far velo la considerazione che l'art. 10.1 fa riferimento al preliminare, poiché il rinvio riguarda soltanto la data di stipulazione quale momento per la valutazione del "giusto prezzo".

⁸¹ APRILE, *Acquisti di immobili*, cit., 1132; DI MARZIO, *Crisi di impresa*, cit., 52, nonché GUIDA, *Le vendite di immobili non soggette ad azione revocatoria fallimentare (Art. 67, comma 3, lettera c, L.F.)*, nella sezione "Studi e approfondimenti" del sito web www.notariato.it, § 1 (e nt. 5 per l'indicazione di dottrina favorevole all'interpretazione estensiva): "lo spirito complessivo della eccezione alla regola della revocatoria ha tenuto presente le situazioni particolarmente "deboli", ma tradizionali, rappresentate dal mero acquisto della propria abitazione. Altre tecniche di acquisizione di immobili, più raffinate e/o articolate, differenti della compravendita classica, sono state ritenute strumenti utilizzati da acquirenti più professionali, per i quali non era necessario prevedere tutele ulteriori rispetto a quelle già regolate in generale". Nel senso di una pressoché generalizzata sovrapposizione delle fattispecie regolate dagli artt. 67-c e 10.1 vedi invece PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 356 ss..

mercato dell'epoca del preliminare, l'eventuale incremento dei prezzi sopravvenuto tra preliminare e definitivo non deve operare a detrimento dell'acquirente⁸².

Implicitamente viene rimesso in discussione un consistente orientamento giurisprudenziale di segno contrario, secondo cui "l'esame della proporzione delle prestazioni e quello della conoscenza dello stato di insolvenza vanno compiuti con riferimento alla data del contratto definitivo e non a quella del contratto preliminare"⁸³.

O perlomeno ne viene circoscritta la portata ai preliminari di immobili a uso non abitativo, oppure ad uso abitativo ma acquistati per fini diversi dalla destinazione ad abitazione principale (investimento, casa di villeggiatura etc.), perché – questa può essere una plausibile *ratio legis* – al promissario acquirente che ha contratto per soddisfare l'esigenza primaria della casa di abitazione non può richiedersi lo stesso grado di prudenza e oculatezza nella gestione del rapporto che normalmente si pretende da coloro che trattano con un imprenditore commerciale.

19.3.2. L'art. 67-c non prende posizione sul tempo della valutazione. Ma oggi, con l'estensione dell'esenzione da revocatoria a certi preliminari, è evidente che il tempo della valutazione non può che essere quello del preliminare trascritto, perché la vendita non è stata stipulata e il *thema disputandum* verte da un lato sulla pretesa all'esecuzione del preliminare (art. 72) e dall'altro sulla pretesa della curatela a ritenere il bene previa revocatoria del preliminare (art. 67-c).

19.3.3. In prospettiva, infine, la prevista stima del "giusto prezzo" al tempo del preliminare può fornire un criterio per la decisione della revocatoria esercitata contro l'atto di vendita (di immobili destinati ad abitazione principale etc.), stipulato in esecuzione di un preliminare: nel senso che, anche in tal caso, il tempo di stima dell'equità dello scambio deve farsi non alla data della vendita, ma a quella anteriore del preliminare, così come prevede l'art. 10.1..

Se infatti l'equità del prezzo ai valori correnti alla data del preliminare trascritto è sufficiente, per valutazione legislativa, a escludere un apprezzabile pregiudizio alla massa e comunque a giustificare l'esonero da revocatoria, il solo fatto che la sequenza procedimentale [preliminare -

⁸² Così intende la norma anche PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 356 s..

⁸³ Presupposto di quest'orientamento è che "è con il contratto definitivo che il bene, uscendo dal patrimonio, viene sottratto alla garanzia della massa dei creditori, integrando così la fattispecie normativa in esame. Né può fondatamente sostenersi che il contratto preliminare renda dovuta, alle condizioni in precedenza stabilite, la disposizione patrimoniale. Ed invero, la disciplina dell'art. 1461 c.c. è applicabile al contratto preliminare e comprende anche il pericolo di vicende ablatorie connesse al dissesto della controparte. Di conseguenza, nella promessa di vendita, il promissario ha facoltà di addivenire alla stipulazione del contratto definitivo, qualora al momento della stipulazione sussista pericolo di revoca dell'acquisto per la sopravvenuta insolvenza del promittente. Tale facoltà assume rilievo nel caso di specie, attribuendo alla determinazione di adempiere il contratto preliminare il carattere di consapevole e responsabile scelta, rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie revocatoria in esame": così in motivazione Cass. 30.3.1994 n. 3165 in *Fall.* 1994, 1036; in senso conforme vedi *ex multis* Cass. 4.11.1991 n. 11708 in *Giust. civ.* 1992, I, 686 (ove peraltro si contestava che il preliminare avesse data certa) e Cass. 16.1.1992 n. 500 in *Fall.* 1992, 389.

vendita] sia progredita fino alla stipulazione dell'atto di trasferimento non è una ragion sufficiente per revocare in dubbio l'equità dello scambio e quindi l'inesistenza del pregiudizio.

E infatti le due fattispecie (preliminare trascritto e vendita) sono assimilabili perché recano alla massa dei creditori un pregiudizio di tipo omogeneo: ora perché il promissario può sottrarre il bene alla liquidazione fallimentare, chiedendo l'esecuzione (art. 72 ult. comma); ora perché il bene vi è già sottratto, essendo uscito dal patrimonio del fallito con atto opponibile ex art. 45 legge fall..

Resta naturalmente ferma la necessità che il preliminare (non trascritto) sia fornito di data certa anteriore ex art. 2704 c.c. onde consentire la stima a una data anteriore alla vendita⁸⁴.

19.4. Seconda questione è come la fattispecie di esenzione "preliminare a giusto prezzo" si combini con le fattispecie costitutive della revocatoria fallimentare.

19.4.1. Il 67.1 n. 1) non dà adito a molti dubbi: se v'è una sproporzione notevole tra le prestazioni, oggi quantificata nella differenza di 1/4, il prezzo per definizione è iniquo anche all'effetto di escludere l'esenzione.

La reciproca dà luogo a maggiori perplessità. Una sproporzione contenuta nella misura del 1/4 può forse implicare che la vendita o il preliminare sono avvenuti a prezzo ingiusto, ma non consente al curatore di avvalersi della presunzione di *scientia decoctionis* ai sensi dell'art. 67.1, poiché per come è formulata, l'esenzione fornisce al contraente *in bonis* un'eccezione alla revocatoria, ma non dilata le fattispecie degli atti sospetti revocabili dalla curatela ai sensi dell'art. 67.1⁸⁵.

Per opinare il contrario dovrebbe interpretarsi il requisito del "giusto prezzo", previsto dall'art. 67-c, in funzione integrativa della "proporzione tra le prestazioni" e quindi l'ingiustizia del prezzo come sintomatica della conoscenza dello stato di insolvenza: con conseguente applicazione dell'art. 67.1 legge fall..

Ma è conclusione quanto meno dubbia, perché il novellato art. 67.1. non contiene più un riferimento alla "notevole sproporzione" (il vecchio testo si riferiva agli atti in cui "le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano notevolmente ..."). Ed è conclusione genuinamente iniqua, perché finisce per risolversi in un trattamento peggiore del soggetto protetto dall'esenzione rispetto a chi acquista un immobile ad uso abitativo (o a destinazione diversa) per motivi diversi dal

⁸⁴ Per quest'avvertenza vedi FABIANI (M.), *Appunti sulla riforma della revocatoria fallimentare per prestazioni squilibrate con una lente sul mercato immobiliare*, in *Foro it.* 2005, I, 1422 (ivi 1426).

⁸⁵ Così anche FABIANI (M.), *Appunti sulla riforma*, cit., 1426: "il prezzo non giusto, non per questo è sproporzionato; la conseguenza in termini di lettura dell'art. 67 l. fall. è che se il prezzo è giusto ricorre un'ipotesi di esenzione dalla revocatoria; se il prezzo è sproporzionato in misura superiore al quarto opera la presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza; se il prezzo è sproporzionato ma in misura inferiore, l'atto è revocabile ma l'onere della prova sulla *scientia decoctionis* grava sul curatore".

soddisfacimento dell'esigenza abitativa, il quale ultimo non subisce la revocatoria ex art. 67.1 n. 1) se acquista per un prezzo compreso tra il giusto e il 75% del valore di mercato⁸⁶.

19.4.2. In conclusione il campo di applicazione dell'esenzione si concentra sull'art. 67.2: ciò vuol dire che certe vendite (o preliminari di vendita trascritti) fatte nei sei mesi anteriori "a giusto prezzo" sono esenti da revocatoria, ancorché il curatore provi che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore.

In ultimo, benché sia fuori dalla *sedes materiae* appropriata, l'art. 67-c fornisce oggi anche un criterio per decidere dell'*eventus damni* della revocatoria ordinaria esercitata ex art. 66 dal curatore fallimentare⁸⁷.

19.5. L'esenzione da revocatoria è concessa, seguendo l'art. 67, alla condizione che gli effetti della trascrizione "non siano cessati" (art. 2645-bis). L'inciso è infelice. Se ne dovrebbe ricavare *a contrario* che non opera l'esenzione, *ergo* la revocatoria è possibile, se il preliminare è assistito da trascrizione scaduta.

Ma non v'è ragione di revocare il preliminare "scaduto" perché l'effetto utile che il promissario potrebbe ricavarne in pregiudizio alla massa dei creditori (diritto al trasferimento ex art. 72 ult. comma) è vanificato dalla cessazione degli effetti della trascrizione. Non si tratta quindi di una condizione dell'esenzione da revocatoria, ma *prima facie* di una delimitazione del campo entro cui l'azione può esercitarsi utilmente.

Se poi si conviene che il termine di efficacia della trascrizione prenotativa continua a decorrere in pendenza di fallimento (§ 18.3.2.), la norma si risolve in un esonero dalla pronuncia di merito nel giudizio di revocatoria quando il promissario acquirente non ha posto in essere gli atti necessari a conservare gli effetti della trascrizione.

20. Esecuzione del preliminare. Questioni.

20.1. Ammessa l'eseguibilità del preliminare, discende poi come ulteriore corollario che il trasferimento non deve seguire le modalità della vendita tramite procedura competitiva ex art. 107

⁸⁶ Nel senso che "spetterà pertanto alla giurisprudenza di decidere quale sproporzione, anche inferiore a un quarto, sia sufficiente a escludere l'esenzione dall'azione revocatoria" (sottolineatura mia) vedi DI MARZIO, *Crisi di impresa*, cit., 53. Sull'opinione si può convenire nel senso che non è necessario che il prezzo ingiusto sia anche palesemente sproporzionato (lesione oltre il quarto). Ma non, per le considerazioni nel testo, nel senso che il requisito del prezzo ingiusto si sostituisca al criterio matematico della lesione oltre il quarto nella fattispecie dell'art. 67 n. 1).

⁸⁷ Secondo APRILE, *Acquisti di immobili*, cit., 1132 invece l'esenzione non può operare rispetto alla revocatoria ordinaria. L'A. discute dell'esenzione ex art. 10.1 e, in quella sede, l'opinione potrebbe ritenersi giustificata per il fatto che la norma si riferisce soltanto all'art. 67 legge fall.. Fatico tuttavia a comprendere per quale motivo lo stesso atto, esente se compiuto nei sei mesi anteriori al fallimento, diventi revocabile se compiuto prima.

legge fall. (testo vigente): non v'è possibile competizione sul prezzo né sulla persona dell'acquirente perché il contenuto dell'atto da stipulare è fissato dal preliminare.

20.2. Questione ulteriore è se la vendita compiuta dal curatore comporti o meno l'effetto purgativo delle ipoteche iscritte a carico del fallito (o di un suo dante causa). Al quesito possiamo dare risposta negativa.

L'art. 108 ult. comma legge fall. prevede – è vero – che "una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo", ma il rinvio implicito all'art. 586 c.p.c. è troppo trasparente per non concludere che la norma è intesa a regolare la stessa materia: ossia attuare, anche sul piano pubblicitario, l'effetto estintivo tipico della vendita forzata.

E allora si deve considerare che:

1) La vendita *de qua*, pur avvenendo in sede fallimentare, non è vendita forzata per gli effetti degli artt. 2913 ss. c.c., poiché il curatore trasferisce la proprietà al promissario non in quanto esercita il potere espropriativo nell'interesse del ceto creditorio, ma come semplice sostituto del fallito nell'adempimento dei suoi obblighi. *Ergo* non possono neppure verificarsi gli effetti tipici della vendita forzata, primo tra tutti quello estintivo delle ipoteche (cfr. art. 2878 n. 7 c.c.) e dei privilegi speciali.

2) Il promissario primo trascrivente è oggi tutelato nell'interesse all'acquisto, nonostante il fallimento del promittente venditore e come se il fallimento non fosse avvenuto. Poiché la vendita conclusa con il fallito non avrebbe implicato purgazione o inefficacia di ipoteche e gravami (senz'altro di quelli in grado anteriore alla trascrizione del preliminare, e anche dell'ipoteca successiva nel caso previsto dall'art. 2825-bis c.c.), è difficile supporre che un effetto più ampio possa sortire dalla vendita conclusa col curatore come sostituto del fallito. Opinare il contrario significherebbe, contro ogni logica, attribuire al promissario al contempo, oltre all'immunità dal fallimento, anche i vantaggi che derivano dall'acquisto in sede di vendita fallimentare.

21. Sintesi delle interferenze tra trascrizione del preliminare e fallimento

In definitiva, il multiforme regime del preliminare nel fallimento si articola secondo queste due variabili: trascritto/non trascritto e (per le sole procedure esecutive aperte dall'1.1.2008) destinato ad abitazione principale del promissario o dei suoi familiari nel grado di legge/destinato ad uso diverso.

Queste variabili restituiscono (almeno) tre distinti modelli.

1) Preliminari non trascritti prima della dichiarazione di fallimento. Il rapporto contrattuale è in regime di sospensione e il perfezionamento dell'acquisto dipende dalla scelta unilaterale del curatore (esecuzione o scioglimento). In ogni caso, il credito restitutorio non gode di prelazione nel concorso.

2) Preliminari trascritti prima della dichiarazione di fallimento e ancora efficaci, aventi a oggetto immobili di qualsiasi specie nelle procedure aperte prima dell'1.1.2008 e immobili ad uso non abitativo e/o non destinati ad abitazione principale nelle procedure aperte dopo l'1.1.2008. Vale il potere di scelta del curatore (sub 1), ma in caso di scioglimento il credito restitutorio gode di prelazione nel concorso.

3) Preliminari trascritti prima della dichiarazione di fallimento e ancora efficaci, aventi a oggetto immobili ad uso abitativo e destinati ad abitazione principale nelle procedure successive all'1.1.2008. Il curatore subentra nel rapporto ed è tenuto a darvi esecuzione, salvi la revocatoria fallimentare in caso di "prezzo non giusto" e la possibile cessazione degli effetti della trascrizione del preliminare. È lecito discutere se questo regime può estendersi, in via interpretativa o tramite questione di costituzionalità al caso non regolato della trascrizione della domanda anteriore alla dichiarazione di fallimento. L'eseguibilità del preliminare riduce di riflesso l'ambito entro cui al promissario è riconosciuto il credito restitutorio e quindi il privilegio.

PARTE TERZA: IL PRIVILEGIO SPECIALE DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

22. Fonti delle obbligazioni assistite da privilegio.

Un'ultima serie di norme (art. 2775-bis c.c.; art. 72.7 legge fall.) tutela il promissario acquirente che ha trascritto il preliminare ma non ha ottenuto il titolo di proprietà, fornendo ai crediti derivanti dalla "mancata esecuzione del preliminare" un privilegio speciale immobiliare sull'immobile promesso in vendita. Dunque il promissario è qui tutelato non come aspirante ad uno *jus in re*, futuro avente causa dal promittente venditore, ma come suo creditore nel riparto⁸⁸.

⁸⁸ L'interesse è quindi omogeneo a quello tutelato dall'art. 3 d. lgs. 20.6.2005 n. 122 che prevede il rilascio di fideiussione bancaria o assicurativa o di altro intermediario finanziario iscritto a garanzia della "restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali". Rispetto al privilegio, la fideiussione è indubbiamente strumento più efficace: 1) perché sottrae il promissario ai tempi e all'alea della liquidazione dell'immobile, fornendogli un debitore senz'altro solvibile; 2) non dipende per i suoi effetti dalla venuta ad esistenza dell'edificio (cfr. invece art. 2645-bis comma 5 c.c.).

22.1. Il preliminare in quanto tale, se attribuisce immediatamente al promissario il diritto all'adempimento, non è al contempo immediatamente fonte (titolo, *causa petendi*) delle obbligazioni assistite da privilegio.

Si dice cosa evidente. 1) Finché il rapporto contrattuale è pendente e ancora eseguibile, il promissario non ha titolo a ripetere le prestazioni eseguite, giacché esse trovano causa nel vincolo negoziale. 2) Né può discutersi della rifusione dei danni da inadempimento definitivo (in disparte resta il danno da mero ritardo), perché il promissario ha ancora titolo a pretendere la prestazione "primaria" ossia il trasferimento della proprietà e non può esigere la prestazione succedanea, risarcitoria, se al contempo non provoca la risoluzione del contratto o non esercita il potere di recesso ex art. 1385 c.c..

Il credito in quanto tale deriva quindi da una vicenda complessa (risoluzione per inadempimento, recesso, mutuo dissenso etc.) di cui il preliminare è, per così dire, un antecedente remoto e che implica la sopravvenuta e definitiva non eseguibilità del preliminare trascritto: ciò che l'art. 2775-bis esprime come "mancata esecuzione".

22.2. È tuttavia tema ancora aperto quali cause di "mancata esecuzione" diano luogo, oltre alla nascita del credito, anche al privilegio speciale. La casistica è pressoché esclusivamente di matrice dottrinale, vista la scarsità di precedenti editti e il raro impiego dello strumento della trascrizione per i preliminari.

Nulla quaestio per la risoluzione per inadempimento del promittente venditore – giudiziale o stragiudiziale che sia (diffida ad adempiere, dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa etc.) – e per la fattispecie assimilabile del recesso esercitato ex art. 1385 c.c. dal promissario acquirente che ha dato caparra⁸⁹, nonché ovviamente lo scioglimento a iniziativa del curatore ex art. 72.7 legge fall..

22.3. Viceversa, non si registra un'opinione uniforme nel caso di scioglimento volontario per mutuo dissenso, che pur tuttavia trova un consistente indizio nella previsione della "risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa" e nella Relazione governativa al d.l. ove si porta ad esempio di mancata conclusione del contratto la "risoluzione giudiziale o negoziale o il mutuo recesso".

⁸⁹ Un'ulteriore ipotesi di recesso causale è prevista dall'art. 3 d. lgs. 20.6.2005 n. 122. Il pignoramento dell'immobile in corso di costruzione determina infatti lo "stato di crisi" dell'impresa, il quale legittima il promissario acquirente a recedere dal contratto e a escutere la fideiussione a garanzia della restituzione delle somme versate. Come è regola generale, il fideiussore che ha pagato è surrogato nel credito e nei relativi accessori (art. 1950 c.c.), incluso dunque il privilegio ex art. 2775-bis se il preliminare è stato trascritto.

Chi nega il privilegio al credito restitutorio obietta infatti che in tal modo il contratto originario è posto nel nulla e che pertanto "non può definirsi come non adempiuto e neanche come non eseguito"⁹⁰. I due termini non stanno però sullo stesso piano, poiché la "mancata esecuzione" è compatibile con qualsiasi ipotesi di inefficacia del vincolo (il definitivo non è stipulato, né potrà esserlo in seguito sulla base del preliminare risolto), mentre il "mancato adempimento" sottintende un giudizio di disvalore sul comportamento del promittente venditore, ossia presuppone un diritto all'adempimento e l'imputabilità della "mancata esecuzione".

Su questa premessa, il privilegio non potrebbe venire a esistenza quando lo scioglimento del vincolo dipenda da un fatto imputabile allo stesso promissario oppure da un comportamento negoziale, libero di quest'ultimo. *Idem* dicasi nel caso di preliminare intrinsecamente inefficace e quindi inesequibile perché nullo oppure annullabile.

Al fondo di quest'opinione sta il convincimento, forse anche plausibile, che il promissario acquirente merita tutela per la sola involontaria "mancata esecuzione" e non riceve tutela alcuna (non soltanto l'effetto prenotativo, ma neppure il privilegio) quando non avrebbe avuto diritto a pretendere l'adempimento.

Queste stesse premesse governano poi l'analisi delle altre possibili fattispecie di "mancata esecuzione". Restando nel campo dello scioglimento dei contratti, è discussa l'estensione del privilegio ai casi di risoluzione per inadempimento del promissario e recesso ex art. 1385 c.c. da parte del promittente venditore che ha ricevuto caparra confirmatoria⁹¹ nonché, per evidente assimilazione al mutuo dissenso, i casi di scioglimento autorizzato mediante la concessione di un potere di recesso libero (artt. 1373 e 1386). L'opinione più larga concede al promissario acquirente il privilegio anche in caso di invalidità o rescissione del preliminare⁹².

22.5. Il dato normativo restituisce un quadro apparentemente lineare. Le ipotesi di inefficacia del vincolo/"mancata esecuzione" espressamente contemplate sono la "risoluzione con atto avente data certa" e la "domanda giudiziale di risoluzione del contratto" e ciò fornisce un indubbio argomento a chi sostiene le interpretazioni più restrittive e tende a mettere fuori gioco i vizi genetici del contratto (invalidità, rescissione).

⁹⁰ Così dubitativamente BOZZA e CANZIO, *Il privilegio*, cit., 338 nonché CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 99 s. secondo cui "mancata esecuzione" equivale *tout court* a "inadempimento del promittente venditore". Favorevoli, sia pur senza confutare in modo decisivo l'interpretazione contraria, LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 77 (testo e nt. 149) e GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 551.

⁹¹ ALESSI, *Il privilegio immobiliare*, cit., 363 ritiene di chiudere la questione osservando che il promittente venditore receduto ha diritto a trattenere la caparra confirmatoria e quindi non si dà credito restitutorio e perciò neppure privilegio. Il rilievo è inconcludente: la questione della spettanza del privilegio si ripropone se, oltre alla caparra, sono stati versati acconti prezzo che certamente il promittente venditore è tenuto a restituire a seguito dello scioglimento. In senso contrario al riconoscimento del privilegio in caso di inadempimento imputabile CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 100.

⁹² GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 551; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 77.

Dall'altro contiene due elementi di indubbia apertura verso una più ampia considerazione delle patologie ostative alla stipulazione del contratto. Il primo è la considerazione che l'inadempimento del promittente venditore non è espressamente menzionato e la risoluzione è in sé compatibile sia con il mutuo dissenso, sia con l'impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta. Il secondo è che, tra gli atti idonei alla conservazione del privilegio, a fianco dei due sopra cit. sta la proposizione della "domanda giudiziale ... di condanna al pagamento" che, in sé, è compatibile con qualunque fattispecie di definitiva non eseguibilità del preliminare: ivi compresi dunque mutuo dissenso, risoluzione imputabile al promissario, recesso libero, invalidità.

E se è indiscusso che il risarcimento del danno non spetta fuori dai casi di inadempimento del promittente venditore, non meno vero è che la ripetizione dell'indebitto è indipendente sia dall'imputabilità della mancata esecuzione, sia dall'efficacia/eseguibilità del contratto.

23. Natura e misura delle obbligazioni assistite da privilegio.

23.1. Il dibattito sull'estensione del concetto di "mancata esecuzione" non può che ripercuotersi anche sull'individuazione dei crediti tutelati, poiché ad es. chi ammette il recesso libero come causa di "mancata esecuzione" gioco forza riconosce il privilegio anche al credito per la restituzione del doppio della caparra penitenziale o per il pagamento della multa penitenziale⁹³ e chi, al contrario, interpreta restrittivamente l'art. 2775-bis perviene, altrettanto logicamente, alla conclusione opposta⁹⁴.

23.2. Salvo verificare, volta per volta, quando esiste "mancata esecuzione" e quando no, le obbligazioni restitutorie da indebitto non danno luogo a questioni, almeno in linea di principio. Ma il quadro anche per esse si complica quando si passi a considerare quali formalità sono necessarie ad attribuire il rango del privilegio.

Parte della dottrina inclina a ritenere che, agli effetti del privilegio, il credito restitutorio deve risultare dal preliminare trascritto o da successive annotazioni a margine della prima trascrizione. In questa prospettiva, il privilegio tutela pertanto soltanto il rimborso delle somme quietanzate nel preliminare, mentre per il rimborso di ulteriori acconti versati in corso di rapporto il promissario acquirente avrebbe l'onere di annotare la quietanza, evidentemente rivestita anch'essa di forma autentica ex art. 2657 c.c.⁹⁵.

⁹³ GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 551; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 76.

⁹⁴ CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 103.

⁹⁵ GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., 30 seguito da CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 103.

All'estremo opposto si colloca chi riconosce il privilegio anche alla parte di prezzo occultata mediante accordo simulatorio, purché risultante (ci mancherebbe altro !) da atto di data certa anteriore al pignoramento o al fallimento⁹⁶. Una questione non dissimile si pone con riguardo alle maggiorazioni di prezzo e/o alle voci di spesa (anticipi per le pratiche di accatastamento, lavori extra capitolato richiesti all'impresa costruttrice etc.) contenute in accordi successivi non pubblicati.

23.3. Le due interpretazioni anzidette si contendono il campo anche quando si passa a considerare il diritto al risarcimento del danno per inadempimento. Chi ammette l'efficacia della trascrizione per qualsiasi credito derivante dalla "mancata esecuzione" coerentemente estende il privilegio anche al credito risarcitorio di valore, liquidato in sentenza e *a priori* di ammontare indeterminato. Chi al contrario ritiene che il credito – per essere assistito da privilegio – deve risultare dallo stesso preliminare trascritto, limita la portata del risarcimento privilegiato al solo danno predeterminato in via negoziale dalle parti tramite caparra confirmatoria, con conseguente diritto alla condanna *in duplum* a seguito del recesso (art. 1385 c.c.), o clausola penale per il definitivo inadempimento del preliminare⁹⁷. Va escluso il risarcimento del danno da ritardo, che è del tutto compatibile con la persistenza del vincolo negoziale e l'eseguitività del preliminare.

Infine, il diritto al risarcimento del danno non compete, *ergo* non spetta neppure il privilegio, in caso di scioglimento del preliminare a seguito della scelta del curatore fallimentare (art. 72.7 legge fall.): questa non è, peraltro, una restrizione del credito tutelabile ma la semplice presa d'atto che sul piano normativo l'atto di scelta del curatore non equivale a inadempimento imputabile.

23.4. La questione meriterebbe riflessione più approfondita se la trascrizione del preliminare avesse ricevuto una più ampia diffusione nella prassi.

23.4.1. L'interpretazione più larga soffre di un'evidente aporia. La controdedichiarazione, il patto modificativo etc. non sono altra cosa rispetto al preliminare, ma frammenti della dichiarazione negoziale complessa, la quale consta dell'accordo reso pubblico e di quello che le parti hanno scelto di tenere occulto. Ora, è *prima facie* contraddittorio affermare che la trascrizione del preliminare è condizione di opponibilità del privilegio ai terzi (§ 24.4.) e ammettere al contempo l'opponibilità del

⁹⁶ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 76 (ivi nt. 147 e 148).

⁹⁷ CIAN, *La trascrivibilità*, cit., 219; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 551; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 76. In senso restrittivo CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 102; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., 30 "crediti privilegiati sono solo quelli che nascono con riferimento a clausole accessorie al preliminare trascritto prioritariamente e quindi quelli da pagamento anticipato del prezzo o da caparra confirmatoria o, a tutto concedere, da clausola penale, non dunque il generico credito risarcitorio quale sarà fissato con sentenza".

privilegio sulla base di un requisito meno intenso, consistente nella generica certezza della data della scrittura da cui risulta il reale prezzo pattuito.

Per affermare il contrario bisognerebbe scindere nel privilegio speciale due aspetti, consistenti l'uno nell'indicazione del bene gravato dal vincolo e l'altro nell'entità del credito tutelato e ammettere che la trascrizione sia necessaria sotto il primo profilo, ma del tutto irrilevante ai fini del secondo. Di modo che, per chiarire i termini del problema, trascritto il preliminare sull'alloggio A, sarebbe indifferente che il privilegio si eserciti per una somma di €10.000, 100.000 o 1.000.000 secondo quanto le parti hanno ritenuto di convenire nella scrittura aggiuntiva non pubblicata.

E tuttavia, se si conviene che la funzione della trascrizione, anche agli effetti del privilegio, consiste proprio nell'assicurare sicurezza della circolazione degli immobili (§ 24.4.), quest'interpretazione può essere accantonata perché non è indifferente ai fini del traffico giuridico conoscere entro quale misura l'immobile può essere tenuto a rispondere per il debito altrui e qual è la sua residua capacità cauzionale.

23.4.2. La lettura più restrittiva muove da una preoccupazione giusta, evitare il rischio di creare un privilegio che, pur essendo reso pubblico col mezzo della trascrizione, resti in qualche modo "occulto" e indeterminabile nell'ammontare all'ispezione dei registri immobiliari. Il senso trasparente della proposta consiste nell'allineare il privilegio speciale all'ipoteca, la quale ha efficacia soltanto nei limiti della somma iscritta (art. 2809 comma 1 c.c.)⁹⁸.

Che a tal fine sia necessaria l'annotazione delle quietanze in margine alla trascrizione è tuttavia un fuor d'opera perché: 1) ciò avrebbe per effetto di riversare a carico del promissario acquirente oneri economici tutt'altro che indifferenti (costi notarili e di annotazione, imposta di registro sulla quietanza non contestuale all'atto etc.) che vanificano in termini pratici la tutela; 2) a parte questa considerazione di politica legislativa, l'art. 2775-bis non subordina la spettanza del privilegio a formalità ulteriori rispetto alla trascrizione del contratto; 3) la determinabilità dell'ammontare massimo garantito dal privilegio è comunque assicurata dalla risultanza dal preliminare trascritto del prezzo e degli altri patti aggiuntivi.

24. Grado del privilegio. Conflitto tra privilegio e ipoteca.

L'art. 2780 n. 5-bis c.c. colloca il privilegio all'ultimo posto dell'ordine dei privilegi *ex codice* sugli immobili. Più interessante e materia di controversia è il conflitto tra il privilegio speciale del promissario acquirente e l'ipoteca anteriormente iscritta.

⁹⁸ E ad altri privilegi c.d. iscrizionali, per la cui efficacia è necessaria l'indicazione della somma di denaro per la quale il privilegio viene assunto (art. 46.2. D.P.R. 1.9.1993 n. 385) o del credito o prezzo di vendita (art. 2762 c.c.).

24.1. Quale sia la regola di risoluzione del conflitto è questione aperta. La regola generale di concorso tra privilegi e ipoteche è dettata dall'art. 2748 cpv. c.c.: "i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente" e risulta quindi *prima facie* diversa da quella esaminata trattando del conflitto tra preliminare trascritto e ipoteca, per il quale vale indiscutibilmente l'art. 2645-bis c.c. e quindi il principio *prior in tempore potior in jure*.

Sulla premessa dell'applicabilità dell'art. 2748 cpv., il promissario che pur ha trascritto per secondo e quindi, se ottiene il titolo di proprietà, soccombe rispetto al creditore ipotecario, se invece sceglie di avvalersi del privilegio per "mancata esecuzione del preliminare", viene ad essere preferito in sede distributiva a quello stesso ipotecario anteriore.

La conclusione è singolare, poiché la tutela obbligatoria, che è un indubbio succedaneo dello *jus ad rem*, viene così ad avere un'estensione maggiore della tutela proprietaria. Non si esclude che l'ordinamento possa scegliere di risolvere secondo due criteri diversi i conflitti che possono insorgere tra due posizioni, affidando il conflitto tra garanzie e diritti di godimento alla regola *prior in tempore potior in jure* (art. 2645-bis) e il concorso tra cause di prelazione alla diversa meritevolezza del credito (art. 2748 cpv.). Il punto è soltanto se dal sistema della trascrizione del preliminare può effettivamente ricavarsi questa regola che pure, ancorché rifiutata da una consistente parte della dottrina⁹⁹, è stata accolta in modo compatto dalla poca giurisprudenza edita¹⁰⁰.

24.2. Prima di dichiarare chiuso il caso a favore del privilegio, bisogna fare i conti con l'art. 2645-bis e con la trascrizione del preliminare: che è requisito per l'attribuzione al promissario acquirente non soltanto dell'effetto prenotativo, ma anche dello stesso privilegio. Dunque si tratta di un privilegio c.d. "iscrizionale", ossia subordinato per la sua venuta ad esistenza a una determinata forma di pubblicità.

⁹⁹ CACCAVALE e TASSINARI, *L'ipoteca anteriore*, cit., 405 s.; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 552; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare*, cit., 30; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito*, cit., 229 ss.; LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 81 ss.; MICCOLIS, *Profili processuali*, cit., 200 (nt. 58); TUCCI, *Trascrizione del contratto*, cit., 176 ss.. Nel senso della prevalenza del privilegio sull'ipoteca anteriore vedi invece BOZZA e CANZIO, *Il privilegio*, cit., 346 e dubitativamente CIAN, *Alcune questioni*, cit., 389.

¹⁰⁰ Trib. Genova 25.1.2001, pubblicata in più riviste, tra cui *Banca borsa tit. cred.* 2001, II, 188 e ivi 476 ss. note di TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*; PATRONI GRIFFI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*; PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare ineseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae*? La sentenza è stata confermata da Cass. 14.11.2003 n. 17197 in *Giust. civ.* 2004, I, 2987 commentata criticamente da GABRIELLI, *Conflitto tra privilegio*, cit., 793 ss.. Vedi ancora in senso conforme Trib. Reggio Emilia 18.11.2002 in *Fall.* 2003, 1321.

Ha osservato Cass. 14.11.2003 n. 17197 che la natura iscrizionale del privilegio non è in specie dirimente ai fini del conflitto poiché l'art. 2748 cpv. "non distingue ... l'ipotesi del privilegio iscrizionale da quello in cui invece non lo sia, sicché non è possibile desumere per il primo l'invocato principio secondo il quale nella detta fattispecie il conflitto con il creditore ipotecario dovrebbe essere risolto a favore di colui che sia assistito da garanzia di grado poziore".

Ora, per saggiare la resistenza di questa tesi – irrilevanza della formalità pubblicitaria ai fini della risoluzione del conflitto tra prelazioni; inapplicabilità al privilegio iscrizionale del criterio *prior in tempore* – non v'è che da verificarla praticamente e ad ampio raggio.

24.3. Prima evidente implicazione della subordinazione del privilegio alla trascrizione del preliminare è che il privilegio non nasce se la trascrizione non è presa (art. 2745 c.c.) o è successiva alla trascrizione del pignoramento (art. 2916 n. 2 c.c.) o, nell'esecuzione concorsuale, alla dichiarazione di fallimento (art. 45 legge fall.)¹⁰¹.

Il credito privilegiato non nasce dalla trascrizione, bensì dalla "mancata esecuzione" (§ 22.1.). È tuttavia, essendo privilegio iscrizionale, ciò che rileva ai fini del conflitto non è la data di nascita del credito (art. 2916 n. 3), ma la data della trascrizione, come per l'ipoteca.

Il conflitto tra promissario acquirente e creditore pignorante deve dunque risolversi secondo il criterio *prior in tempore potior in jure*, vuoi quando si discute della libertà dell'immobile dal vincolo esecutivo (§ 5.), vuoi quando si discute dell'esercizio del privilegio nel concorso dei creditori.

24.4. Si può considerare quest'ulteriore categoria di conflitti: il promittente venditore aliena a un terzo l'immobile promesso in vendita e il terzo trascrive il suo titolo di acquisto prima della trascrizione del preliminare¹⁰².

Che l'effetto prenotativo non venga ad esistenza è fuori discussione: vale l'art. 2645-bis. Ma lo stesso deve dirsi per il privilegio: non è possibile eseguire in danno del promittente venditore, giacché il pignoramento prenderebbe grado successivo all'acquisto del terzo e dovrebbe dunque dichiararsi inefficace; né può riconoscersi al privilegio speciale un diritto di seguito sulla *res*, poiché ai sensi dell'art. 2747 cpv. "il privilegio speciale [sui beni mobili] si esercita in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi posteriormente al sorgere di esso". Trattandosi dunque di privilegio

¹⁰¹ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 89.

¹⁰² LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 88. Per uno spunto in tal senso vedi anche GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., 29: "il privilegio, essendo speciale, in tanto nasce in quanto l'immobile compravendendo esista nel patrimonio del promittente alienante ...". In disparte resta il caso della promessa di vendita di cosa altrui: che il promittente non sia proprietario alla data della stipula del definitivo, non toglie che il privilegio possa comunque esercitarsi se, nel frattempo, egli ha acquistato la proprietà.

iscrizionale in conflitto con un diritto pur esso soggetto a trascrizione, il criterio dirimente per distinguere aventi causa anteriori e successivi non può che essere la priorità di grado della trascrizione. *Ergo* il privilegio è opponibile ai terzi aventi causa dal promittente venditore che hanno trascritto il loro acquisto dopo la trascrizione del preliminare ed è inopponibile a coloro che, pur avendo acquistato per secondi, hanno però trascritto per primi.

Che non possa essere diversamente, riesce piuttosto evidente se si considera che il fondamento dell'onere di rendere pubblico mediante trascrizione il preliminare consiste nel tutelare i terzi dal rischio di un assetto dispositivo (art. 2645-bis) o di una causa di prelazione (art. 2775-bis) "occulti" all'esame dei registri immobiliari.

In definitiva, la trascrizione tutela nell'uno e nell'altro caso l'affidamento nel sistema di pubblicità immobiliare e l'interesse alla sicurezza del traffico giuridico¹⁰³. Ed esiste, anche in tal caso, perfetta simmetria tra effetto prenotativo e privilegio: dove non spetta l'uno, non nasce neppure l'altro. *Rectius*, i terzi cui è inopponibile il preliminare trascritto come fonte dell'effetto prenotativo non sono neppure pregiudicati dal privilegio. La regola di risoluzione del conflitto resta in ogni caso il criterio *prior in tempore*, avuto riguardo alla data in cui la formalità pubblicitaria è presa.

24.5. Veniamo dunque alla specifica questione delle ipoteche. Che il creditore ipotecario sia anch'egli "avente causa" del promittente venditore è considerazione suggestiva, ma non decisiva – almeno nell'ottica della Cassazione – per estendergli il criterio *prior in tempore* sotteso all'art. 2645-bis e senz'altro applicabile agli altri conflitti.

Due sono infatti le obiezioni possibili: 1) ciò che vale rispetto al pignoramento e al terzo acquirente non può valere per l'ipoteca, perché la norma che regola questo conflitto (art. 2748 cpv.) è diversa da quelle che regolano gli altri due (artt. 2916, 2747 cpv.). 2) il criterio *prior in tempore* può servire a decidere i casi di inefficacia del privilegio non trascritto prima del pignoramento e/o dell'acquisto del terzo, ma non i casi (conflitto con l'ipotecario) in cui è indiscusso che il privilegio è venuto ad esistenza perché l'immobile è di proprietà del promittente venditore e si discute soltanto del grado che il privilegio deve avere nel riparto. Dunque la trascrizione del preliminare è bensì condizione per la nascita del privilegio, ma non può essere criterio idoneo a determinarne la prevalenza o soccombenza rispetto alle ipoteche anteriori.

24.6. È stato tuttavia osservato¹⁰⁴, con acume, che la preferenza del privilegio speciale sull'ipoteca ha portata assai meno ampia di quella che apparentemente risulta dall'art. 2748 cpv.: non vale per i privilegi per tributi indiretti (art. 2772 c.c.), né per i crediti derivanti dalla concessione di acque (art.

¹⁰³ GABRIELLI, *Conflitto tra privilegio*, cit., 798; PRESTI, *Privilegio da contratto*, cit., 497.

¹⁰⁴ CACCAVALE e TASSINARI, *L'ipoteca anteriore*, cit., 405.

2774 c.c.), che non possono esercitarsi "in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili", tra i quali rientra senz'altro anche l'ipoteca, giacché mai s'è dubitato che il creditore ipotecario sia avente causa del concedente¹⁰⁵.

Ora, l'art. 2780-bis colloca il privilegio del promissario acquirente in ordine successivo (n. 5-bis) rispetto ai privilegi anzidetti (nn. 3-4) ed è quindi intuitivo che quel limite all'esercizio dei privilegi in grado anteriore, ossia il rispetto dei diritti quesiti, non può che valere anche per il privilegio del promissario acquirente: salvo determinare un circolo vizioso quando nel medesimo riparto vengano a concorrere il privilegio ex artt. 2772-2774 (postergato all'ipoteca anteriore), l'ipoteca anteriore (postergata al privilegio del promissario), il privilegio del promissario acquirente (postergato al privilegio ex art. 2772-2774 c.c.), come nel classico gioco carta - sasso - forbice¹⁰⁶.

La preferenza dell'ipoteca anteriore sul privilegio deriva dunque da una considerazione sistematica, tratta dall'ordine dei privilegi scritto nel codice. L'art. 2748 cpv. s'applica – è vero – finché non è dimostrata l'esistenza di una diversa norma di risoluzione del concorso tra privilegio e ipoteca, ma nulla implica che si tratti di norma espressa, se è possibile enuclearla in via di ordinaria interpretazione. L'analisi delle altre norme sopra cit. restituisce conclusioni conformi al criterio *prior in tempore* e dunque fornisce risultati equivalenti, nella risoluzione dei conflitti, secondo che si consideri l'effetto prenotativo o il privilegio; poiché l'art. 2645-bis s'applica senz'altro anche all'ipoteca è questa la "disposizione contraria" sufficiente a disapplicare l'art. 2748 cpv¹⁰⁷.

A questa lucida obiezione la Cassazione non ha saputo fornire risposta.

24.7. In ultimo, vengono in considerazione le due eccezioni, entrambe previste dall'art. 2775-bis cpv.: "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".

La norma è teoricamente compatibile – occorre avvertire per onestà – con la tesi fatta propria dalla Cassazione, poiché nulla esclude che, tra tutte le ipoteche, quelle due soltanto siano state preferite in sede di concorso al privilegio del promissario acquirente. Ma è conclusione opinabile alla luce dei risultati dell'analisi delle due fattispecie.

¹⁰⁵ PRATIS, *Della tutela dei diritti (artt. 2740-2783 c.c.)*, in *Comm. cod. civ.* UTET, Torino, 1976, 149.

¹⁰⁶ Tra i privilegi del codice, soltanto i crediti dello Stato per imposte sui redditi (art. 2771) e il privilegio per opere di bonifica e migliorie fondiari (art. 2775 c.c.) sono preferiti all'ipoteca anteriore. Non un caso che questi non ingenerino una simile aporia perché risultano preferiti (nn. 1-2 dell'ordine) sia ai privilegi ex artt. 2772-2774, sia al privilegio del promissario. Sul privilegio dello Stato non sembra necessario spendere considerazioni ulteriori, se non per rimarcare che invece il privilegio per imposte indirette, che riguardano la circolazione dell'immobile (esattamente come il privilegio ex art. 2775-bis), rispetta l'ipoteca anteriore. La ragione della preferenza del privilegio per migliorie consiste nella considerazione, altrettanto intuitiva, che il credito assiste il processo di produzione e valorizzazione del bene, *ergo* va a beneficio di tutti i creditori, incluso l'ipotecario.

¹⁰⁷ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 86; TUCCI, *Trascrizione del contratto*, cit., 178.

1) Le due ipoteche prevalgono sugli effetti della trascrizione del preliminare indistintamente, ossia tanto sull'effetto prenotativo (§ 16.9.1. e 16.9.2.), quanto sul privilegio (§ 16.9.3.). Sussiste quindi, anche in tal caso, quella stessa omogeneità nella risoluzione dei diversi conflitti che possono darsi tra promissario e aventi causa che già è stata riscontrata più volte (§ 24.3-4), onde è che appare viepiù improbabile che tra tutti gli aventi causa del promittente venditore i soli ipotecari anteriori non qualificati risolvano il loro conflitto con il promissario acquirente ora "vincendo" (art. 2645-bis) e ora "perdendo" (art. 2775-bis).

2) La loro specificità consiste nell'essere ipoteche successive alla trascrizione del preliminare (§ 16.3. e 16.8.), come è detto testualmente nell'art. 2825-bis. Quest'ultima norma, infine, si disinteressa dell'ipoteca fondiaria anteriore. E a ragione, poiché essa prevale in ogni caso sulla trascrizione successiva, anche indipendentemente dall'accollo del debito (§ 16.4.). Questo stesso criterio non può che valere *a fortiori* anche agli effetti del concorso, poiché sarebbe conclusione paradossale, se non illogica, che all'ipotecario anteriore si facesse un trattamento peggiore rispetto a quello riservato all'ipotecario successivo: col medesimo circolo vizioso già esaminato sopra.

Senonché la preferenza non può che riposare su una distinta norma, poiché l'art. 2825-bis è messo fuori gioco per difetto di due dei tre elementi della fattispecie (ipoteca successiva, accollo) e l'art. 2775-bis rinvia testualmente all'art. 2825-bis. *Ergo* la previsione normativa che dà fondamento alla preferenza dell'ipoteca fondiaria anteriore non può che essere l'art. 2645-bis e, poiché quest'ultimo non distingue secondo la natura dell'iscrizione ipotecaria, si può ribadire – anche per quest'altra via – che tutte le ipoteche anteriori, quale che ne sia la natura, sono preferite al privilegio nel concorso tra creditori.

3) In conclusione, la specificità dell'art. 2775-bis consiste nel derogare al criterio *prior in tempore*, che si conferma nuovamente come regola generale di risoluzione di tutti i conflitti, attengano essi alla prenotazione di grado oppure al concorso nel riparto. Il promissario acquirente soccombe dunque a tutti gli effetti a tutte le ipoteche anteriori e prevale su tutte le ipoteche successive, eccettuate le due fatte salve dagli artt. 2775-bis e 2825-bis¹⁰⁸.

25. Condizioni per la conservazione del privilegio. Nell'esecuzione individuale. In particolare: pignoramento e intervento del promissario acquirente.

Perché il promissario acquirente possa far valere il privilegio, non sono sufficienti la trascrizione del preliminare, né lo scioglimento dello stesso (§ 26.), ma è altresì necessario che nello *spatium temporis* di efficacia della trascrizione (§ 3.) compia un atto idoneo a impedire la decadenza del

¹⁰⁸ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 87; PRESTI, *Privilegio da contratto*, cit., 498; TUCCI, *Trascrizione del contratto*, cit., 178.

privilegio: "risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ... domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento ... trascrizione del pignoramento ... intervento nella esecuzione promossa da terzi" (art. 2775-bis comma 1).

25.1. È difficile trovare un comune denominatore in questa congerie di ipotesi, che comprende indistintamente come atti idonei a conservare il privilegio: la fattispecie stessa da cui dipende la "mancata esecuzione" e la nascita del credito ("risoluzione del contratto"), l'azione di cognizione diretta a provocare o accertare l'avvenuto lo scioglimento del vincolo ("domanda giudiziale di risoluzione") e in ultimo l'azione di condanna al pagamento del credito e le azioni esecutive intese a soddisfarlo le quali presuppongono, almeno in termini logici, che la "mancata esecuzione" già si sia verificata e che i crediti siano venuti a esistenza.

Il comune denominatore comunque esiste e consiste nel fornire una data certa all'atto anteriore alla scadenza del termine di efficacia del preliminare. Si comprende l'esigenza della data certa, perché il privilegio per definizione s'esercita nei confronti di terzi, siano essi creditori concorrenti o aventi causa dal promittente venditore (§ 24.4.).

Il criterio è reso esplicito dalla fattispecie che apre l'elenco ("risoluzione del contratto"), ma è implicito anche nelle altre ove la data certa è fornita dalla relata di notifica e/o nel timbro di spedizione a mezzo del servizio postale della citazione ("domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento"), nella trascrizione del pignoramento o infine nel timbro di cancelleria sul deposito del ricorso per intervento nell'esecuzione iniziata da terzi.

Va da sé che per impedire la decadenza del privilegio è sufficiente il primo atto compiuto, purché rispondente ai requisiti dell'elenco e fatto entro il termine di scadenza.

Ad es. la risoluzione per mutuo dissenso con data certa (o la proposizione della domanda di risoluzione giudiziale), purché fatta entro il triennio, consente al promissario acquirente di agire per procurarsi il titolo esecutivo ("condanna al pagamento"), pignorare o intervenire nell'esecuzione, senza altro limite di tempo che quello derivante dalla prescrizione del credito.

25.2. Ciò finisce per relegare in secondo piano le fattispecie della domanda di condanna al pagamento e del pignoramento che, almeno di regola, già presuppongono l'avvenuto scioglimento del preliminare e la formazione di un titolo esecutivo¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Va da sé che il preliminare di vendita, ancorché fatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, non è titolo esecutivo per la restituzione delle somme (caparre, acconti prezzo etc.) versate anticipatamente rispetto al definitivo, poiché il fatto della "mancata esecuzione", ossia la fonte dell'obbligazione (§ 22.1), per definizione non risulta dal contratto che pertanto, sotto questo profilo, risulta sfornito del requisito della "certezza" (art. 474 c.p.c.). In questo senso CHIANALE, *Trascrizione*, cit., 95 (nt. 117); GAZZONI, *Trascrizione del preliminare*, cit., 34 (ivi nt. 36).

Perché la domanda di condanna acquisti una propria autonomia come atto "conservativo" del privilegio, è quindi necessario che la risoluzione risulti da un atto stragiudiziale sfornito di data certa o che il promittente venditore abbia chiesto e ottenuto la risoluzione giudiziale e il promissario ne abbia a sua volta chiesto al rimborso degli acconti versati etc.

La rilevanza del pignoramento è, a sua volta, ancora più limitata e si restringe ai soli casi in cui il promissario deluso non può avvalersi di uno scioglimento con data certa, né di una domanda di condanna. Se si considera che il pignoramento presuppone il possesso del titolo esecutivo e si scorre l'elenco dell'art. 474 c.p.c. ci si avvede piuttosto agevolmente che il titolo utilizzato dal promissario per pignorare non può essere, agli effetti dell'art. 2775-bis: 1) un atto pubblico o scrittura privata autenticata di risoluzione per mutuo dissenso con impegno del promittente a restituire le somme incassate, poiché atto pubblico e scrittura privata autenticata attribuiscono certezza alla data e sono al contempo titoli esecutivi; 2) né un titolo giudiziale (sentenza, decreto ingiuntivo etc.), poiché il caso già rientra in quello della domanda di condanna.

Nei fatti, il pignoramento previsto dall'art. 2775-bis si restringe dunque al caso di cambiali o assegni rilasciati dal promittente in pagamento del credito restitutorio.

25.3. L'intervento nell'esecuzione merita un'analisi più approfondita. A seguito della riforma del rito esecutivo l'intervento nell'esecuzione è consentito soltanto ai creditori muniti di titolo (art. 499 c.p.c.).

Già s'è detto che né il preliminare, né la sua trascrizione attribuiscono al promissario acquirente la veste di creditore (§ 22.1.), poiché la fonte dell'obbligazione consiste nella "mancata esecuzione". Ciò vale anche quando l'immobile sia stato pignorato, poiché già s'è detto (§ 5.) che la pendenza dell'esecuzione individuale non pregiudica lo *jus ad rem* del promissario acquirente, quante volte egli abbia trascritto per primo e sia preferito nel conflitto sostanziale al creditore pignorante.

Su questa premessa, si può dubitare che il promissario acquirente possa intervenire nell'esecuzione in qualità di creditore, se al contempo non allega fatti idonei a dimostrare il titolo della pretesa, ossia una fattispecie di "mancata esecuzione".

25.4. Il promissario acquirente si trova tuttavia in una posizione migliore rispetto alla generalità dei creditori, perché la trascrizione del contratto nei registri immobiliari vale ad attribuirgli il privilegio: ciò ne consente *prima facie* la qualificazione come titolare di un "diritto di prelazione risultante da pubblici registri" agli effetti del concorso.

Vale dunque oggi il regime processuale previsto dagli artt. 449 e 510 c.p.c. per l'intervento del creditore privilegiato, che qui mi limito a riassumere a grandi linee giacché non è questo il tema della relazione.

1) L'intervento è consentito indipendentemente dal possesso attuale di un titolo esecutivo, salvo l'onere di notificare al debitore copia del ricorso per intervento nei dieci giorni successivi (art. 499 comma 3 c.p.c.). 2) Il creditore privo di titolo, tempestivamente intervenuto, è sottoposto alla verifica del credito in contraddittorio col debitore: se il debitore riconosce il credito o non compare all'udienza di verifica, il creditore è definitivamente esonerato dall'onere di procurarsi il titolo per concorrere alla distribuzione; se il debitore disconosce in tutto o in parte il credito, l'intervento conserva efficacia a condizione che il creditore inizi nei trenta giorni successivi all'udienza di verifica l'azione giudiziale (fuori del processo esecutivo) necessaria a munirsi del titolo (art. 499 comma 5-6 c.p.c.). 3) In sede distributiva, il creditore ha diritto al pagamento immediato se il suo credito è stato riconosciuto o se nel frattempo s'è procurato il titolo esecutivo, mentre ha diritto al solo accantonamento, per un tempo non superiore al triennio, se il credito è stato disconosciuto e il giudizio diretto a procurarsi il titolo ancora non s'è concluso (artt. 499 comma 6 e 510 comma 3 c.p.c.). 4) In ultimo, come già s'è avvertito sopra (§ 15.2.), il promissario acquirente in quanto titolare di prelazione ha anche diritto a ricevere l'avviso di pignoramento ex art. 498 c.p.c..

25.5. Occorre segnalare che queste conclusioni non sono in conflitto con quelle proposte sub § 13.2. In quella sede s'è avvertito che il promissario, che ha ottenuto il titolo di proprietà (o ne ha in corso l'acquisto) non svolge un intervento in senso tecnico per concorrere al riparto, né ha necessità di munirsi di un titolo o di sottoporsi a verifica in difetto di titolo.

Ciò che distingue le due situazioni è infatti la diversa posizione che il promissario assume rispetto al ceto creditorio: che in un caso (*jus in re*) è in radicale antagonismo con i creditori chirografari e accede al riparto solo in funzione dell'avvenuta perdita del bene per effetto dell'ipoteca anteriore; e in questo caso è invece la posizione di un ordinario creditore (§ 1).

Diversa è anche, per chiarezza, la misura della partecipazione al riparto che, nel caso sub § 15, corrisponde all'intero residuo al netto del soddisfacimento delle spese e del credito ipotecario anteriormente iscritto, e nel presente corrisponde invece alla misura dei crediti assistiti da privilegio (e dei relativi accessori: art. 2749 c.c.) in quanto capienti sul ricavato della vendita forzata.

Soddisfatto il privilegio, pertanto, se esiste un residuo ancora distribuibile lo stesso deve devolversi ai creditori in grado successivo e in ultimo allo stesso esecutato¹¹⁰.

25.6. Riprendendo l'analisi dell'art. 2775-bis, è degno di nota che l'elenco non contempla, almeno in apparenza, l'evenienza – pur certamente possibile – che il promissario acquirente, dopo aver iniziato il giudizio per l'esecuzione del preliminare ex art. 2932 c.c. muti in corso di causa la domanda di adempimento in risoluzione, come gli consente l'art. 1453 c.c..

Un'interpretazione restrittiva indurrebbe a sospettare che, in tal caso, il promissario non possa giovare dell'effetto prenotativo, perché ha abbandonato la domanda di adempimento, né del privilegio, perché non ha compiuto nel termine ex art. 2775-bis la domanda di risoluzione.

Ma occorre guardarsi dal trarre conseguenze affrettate. Si può osservare che l'art. 2775-bis non esige che l'atto idoneo a far salvo il privilegio sia compiuto entro il termine di scadenza, ma soltanto che "gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento ... della domanda giudiziale di risoluzione": che è cosa diversa, perché già s'è detto (§ 4.2.), che la tempestiva trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. è idonea a impedire la cessazione degli effetti della trascrizione del preliminare. Su questa premessa, la dottrina – forse non a torto – ammette che "la stessa domanda giudiziale ex art. 2932 [sempre che proposta nel termine] dovrebbe potersi assimilare ad una domanda di condanna al pagamento ai fini del sorgere del privilegio, ove successivamente la stessa non venga accolta a causa dell'inadempimento del promittente venditore e il promissario acquirente si veda costretto a sostituirla (ex art. 1453 comma 2) con una domanda di risoluzione del contratto"¹¹¹.

25.7. In ultimo, conviene rimarcare che alla necessità della data certa dell'atto idoneo a conservare il privilegio, non s'accompagna la necessità di pubblicare l'atto nei registri immobiliari. Se si scorre l'elenco dell'art. 2775-bis ci si avvede agevolmente che soltanto la trascrizione del pignoramento non può non lasciare traccia e quindi rendere avvertiti i terzi della (possibile) persistenza del

¹¹⁰ Si faccia per chiarezza questo caso. L'immobile promesso in vendita al promissario acquirente viene venduto in sede esecutiva per € 200.000 netti da spese in prededuzione. Concorrono alla distribuzione un ipotecario anteriore alla trascrizione del preliminare (€100.000) e un chirografario (€20.000). A) Se il promissario sceglie di avvalersi dello *jus ad rem* e perfeziona l'acquisto estromette il chirografario e l'esecutato dal riparto e quindi ha diritto a incassare la somma residua di €100.000. B) Se il promissario s'avvale della risoluzione e può vantare crediti privilegiati per € 50.000 ha diritto a soddisfarsi soltanto su questa minor somma. Pagati tutti i creditori, il residuo di €30.000 dovrà devolversi al promittente venditore che ha subito l'espropriazione.

¹¹¹ LUMINOSO, *La trascrizione*, cit., 81 (nt. 156). In senso conforme e con ampia rassegna di casi BOZZA e CANZIO, *Il privilegio*, cit., 337 ss.: questi ultimi riconoscono il privilegio al promissario acquirente, e a ragione se si conviene sulla premessa e si considera il testo dell'art. 2775-bis, anche se, trascritta per tempo la domanda, il preliminare viene risolto per mutuo dissenso in corso di giudizio. Vedi ancora sub § 26.2., per un'ulteriore applicazione della trascrizione della domanda in funzione conservativa del privilegio.

privilegio oltre la scadenza del termine di efficacia della trascrizione¹¹², laddove al contrario l'art. 2645-bis ha avuto almeno cura di precisare che l'atto o domanda idonei a conservare l'effetto prenotativo valgono in quanto trascritti per tempo.

Plausibilmente, il legislatore non ha avvertito che, al di là dei conflitti tra titoli regolati dall'art. 2645-bis, un ulteriore potenziale conflitto tra promissario e terzi si dà con riguardo al privilegio: non soltanto perché la sua esistenza pregiudica la capacità cauzionale dell'immobile (il privilegio, s'è detto, prevale senz'altro sulle ipoteche successive salve le eccezioni espresse: § 24.6.), ma anche perché il privilegio può essere fondatamente opposto ai terzi aventi causa dal promittente venditore per titolo trascritto successivamente al preliminare (§ 24.4.)¹¹³.

Dunque, il privilegio pur trovando una segnalazione pubblicitaria nel preliminare trascritto, può risultare di difficile determinazione quanto all'ammontare del credito garantito (§ 23.4.) e senz'altro quanto alla persistenza nel tempo del peso sulla proprietà.

26. (Segue). Nell'esecuzione concorsuale.

La conservazione del privilegio in sede fallimentare dà luogo a meno questioni, poiché tutte le diverse versioni dell'art. 72¹¹⁴ succedutesi in corso di tempo hanno sempre subordinato la conservazione del privilegio alla condizione che "gli effetti della trascrizione del preliminare non siano cessati alla data della dichiarazione di fallimento".

26.1. Dunque, l'apertura del concorso dei creditori "cristallizza" gli effetti della trascrizione ai fini della spettanza del privilegio (cfr. però § 18.4.2.). Il senso della scelta normativa si coglie agevolmente considerando che, a seguito del fallimento, nessuno degli atti idonei ex art. 2775-bis

¹¹² La risoluzione con data certa non implica la possibilità di annotare l'atto (art. 2655 c.c.), se manca il titolo idoneo, ossia un atto pubblico o una scrittura privata autenticata. La domanda di risoluzione proposta dal promissario non ha ragione di essere resa pubblica, perché la sua trascrizione è prevista (art. 2652 n. 1 c.c.) soltanto in funzione della prenotazione degli effetti della successiva sentenza: quindi per far valere la pretesa restitutoria sul bene nei confronti di terzi aventi causa dall'acquirente ed è, al contrario, del tutto inutile quando a proporre la domanda è l'acquirente stesso o il promissario acquirente. La domanda di condanna non è infine ovviamente soggetta a trascrizione.

¹¹³ La riprova della scarsa percezione del problema si ha nel fatto che il d.l. 31.12.1996 n. 669 (art. 3), modificando l'art. 29 legge 25.6.1943 n. 540, ha previsto che i conservatori dei registri immobiliari non devono comprendere nei certificati ipotecari rilasciati, ad es. ai fini del deposito nel processo esecutivo (art. 567 c.p.c.): "2-bis) le trascrizioni dei contratti preliminari non più produttive degli effetti di cui all'art. 2645-bis c.c.". Il che è compito agevole quando si consideri l'effetto prenotativo, perché la sua conservazione dipende dalla tempestiva trascrizione del definitivo o della domanda ex art. 2932 c.c., ed è viceversa impossibile quando si considera il privilegio, visto che la sua conservazione non dipende da atti resi pubblici mediante trascrizione.

¹¹⁴ La norma è stata introdotta dal d.l. 31.12.1996 n. 669 e quindi si applica a tutti i preliminari trascritti. Le numerose novelle succedutesi in corso di tempo sull'art. 72 legge fall. hanno lasciato invariata sul punto la portata normativa della disposizione. Così è per l'art. 57 d. lgs. 9.1.2006 n. 5 (che ha interamente sostituito l'art. 72) e per l'art. 4 comma 6 del d. lgs. 12.9.2007 n. 169 (che ha modificato il solo tenore letterale del comma). A sua volta l'art. 58 d. lgs. 9.1.2006 n. 5 ha ritenuto di introdurre all'art. 72-bis una disciplina compiuta dei contratti aventi a oggetto immobili da costruire nel fallimento, senza peraltro avvedersi che per essi già disponeva, in massima parte, l'art. 72. E infatti il testo dell'art. 72-bis è stato alquanto alleggerito dal correttivo d. lgs. 12.9.2007 n. 169.

risulta *prima facie* praticabile dal promissario acquirente: non può agire per la risoluzione per inadempimento del fallito, né chiederne la condanna perché il soddisfacimento del credito passa di necessità per l'insinuazione al passivo fallimentare (art. 52 legge fall.), tanto meno può pignorare o fare interventi nell'esecuzione individuale da altri iniziata, per il noto divieto di azioni esecutive individuali (art. 51 legge fall.).

Per vero, l'art. 72 avrebbe potuto assimilare domanda giudiziale di condanna e insinuazione al passivo, onerando il promissario di proporre l'istanza entro il termine di efficacia della trascrizione, ma sarebbe stata conclusione difficilmente accettabile perché – nel sistema dell'art. 72 legge fall. – il preliminare si trova in regime di sospensione di effetti (§ 17.), fino alla scelta del curatore tra esecuzione e scioglimento, e pertanto non può esigersi dal promissario il rispetto di un termine che non dipende (esclusivamente) dalla sua iniziativa processuale.

26.2. Nel caso elementare, l'ammissione del credito al concorso col rango del privilegio ex art. 2775-bis richiede dunque il solo confronto cartolare tra la data della trascrizione e/o quella convenuta per la stipula del definitivo (§ 3) e la data della dichiarazione di fallimento.

Può darsi tuttavia una situazione più articolata, se il promissario acquirente trascrive per tempo la domanda ex art. 2932 c.c. e nel corso del giudizio il curatore opta per lo scioglimento, dopo l'anno dalla data convenuta per la stipulazione o il triennio dalla trascrizione.

Qui la verifica della spettanza o meno del privilegio in sede concorsuale non può prescindere dalla considerazione che il promissario acquirente ha assolto l'onere di conservare gli effetti della trascrizione ex art. 2645-bis e quindi essi non possono ritenersi cessati¹¹⁵. Opinare altrimenti implicherebbe oltretutto far ridondare in danno del promissario la durata del processo di cognizione, quante volte la dichiarazione di fallimento sopraggiunga decorso il termine (per così dire "naturale") di efficacia della trascrizione del preliminare.

26.3. L'art. 72 legge fall. prende in esame soltanto lo scioglimento a iniziativa del curatore come causa di nascita del privilegio perché questo caso di "mancata esecuzione" è evenienza tipica della procedura concorsuale. *Ergo* la norma non può interpretarsi, con argomento *a contrario*, come implicita esclusione del privilegio quando la "mancata esecuzione" del preliminare non dipende dal sopravvenuto fallimento e dalla scelta del curatore ex art. 72 legge fall., ma da una causa preesistente alla dichiarazione di fallimento: ad es. preliminare sciolto per mutuo dissenso, risolto giudizialmente o a seguito del recesso ex art. 1485 c.c. etc.

¹¹⁵ Così BOZZA e CANZIO, *Il privilegio*, cit., 343.

L'art. 72 legge fall. si trova nella *sedes materiae* dei "rapporti giuridici preesistenti" e ancora pendenti: il preliminare già sciolto prima della dichiarazione di fallimento non ha dunque ragione di essere disciplinato da questa norma perché non v'è alcun rapporto che il curatore possa scegliere di eseguire oppure sciogliere.

Ciò di cui si può e si deve discutere nel caso di scioglimento anteriore e indipendente dal fallimento è dunque se il promissario acquirente ha assolto l'onere di fare gli atti idonei a conservare il privilegio ai sensi dell'art. 2775-bis.

E poiché tali atti sono rilevanti solo se provvisti di data certa (§ 26.1.) e risultano quindi opponibili anche al fallimento, si può concludere che, in linea di massima, il privilegio va riconosciuto in sede concorsuale alle stesse condizioni in cui ne è previsto il riconoscimento nell'esecuzione individuale (arg. ex art. 45 legge fall. e 2916 c.c.).

dott. Enrico Astuni
Magistrato del Tribunale di Torino