

Fallimento dell'impresa costruttrice: i rischi del preliminare trascritto

a cura del Centro Studi Almaiura

avv. Marco Rossi

Rossi Rossi & Partners

Studio tributario e legale associato

Il promissario acquirente di un immobile che abbia trascritto il contratto preliminare può stare tranquillo in caso di fallimento dell'impresa costruttrice, intervenuto prima del rogito d'acquisto? A questa domanda hanno dato risposta le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, evidenziando qual è il rischio (anche grave) che si corre in queste ipotesi.

I fatti

Le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, con la **sentenza** numero **21045** del **1 ottobre 2009** (Pres. CARBONE Vincenzo - Est. SPIRITO Angelo - P.M. IANNELLI Domenico - B.L. c. CASSA DEI RISPARMIO DI FORLI') ha affrontato un caso paradigmatico che possiamo così generalizzare:

un soggetto, pagando la correlativa caparra, stipula un contratto preliminare d'acquisto riguardante un immobile su cui l'impresa di costruzione ha già fatto iscrivere ipoteca da parte di una banca a garanzia di un mutuo fondiario concessole ai sensi dell'art. 38 del Testo unico bancario. Il promissario acquirente, al fine di tutelarsi in caso di fallimento dell'impresa, trascrive il contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645-bis del Codice civile. Il promissario acquirente si sente così tranquillo, perché in caso di fallimento egli sarebbe privilegiato agli altri creditori sul bene in oggetto. Addirittura egli sarebbe preferito ai creditori che hanno iscritto ipoteca (sia prima sia dopo la trascrizione del preliminare). In altre parole egli avrebbe idonea garanzia di ottenere quantomeno la restituzione della caparra già versata.

Le Sezioni Unite insegnano, invece, che il promissario acquirente, in questa ipotesi, non è completamente tutelato.

Le norme

Il promissario acquirente trascrive il contratto preliminare concluso con il promissario venditore al fine di ottenere gli effetti previsti dall'art. 2645-bis del Codice civile (¹).

Il pericolo che si vuole evitare con la trascrizione è che, nel caso di fallimento dell'impresa costruttrice e nell'ipotesi che il curatore sciogla il contratto preliminare, ai sensi dell'art. 72 della Legge Fallimentare (²), le somme a titolo di caparra pagate dal promissario acquirente non vengano restituite con privilegio rispetto agli altri creditori.

(¹) Art. 2645-bis - Trascrizione di contratti preliminari

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

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

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

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

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

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

(²) Art. 72 - (Rapporti pendenti)

Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, 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.

Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'articolo 72-bis.

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il

In caso di trascrizione del preliminare, infatti, il comma 7 dell'articolo 72 LF prevede che l'acquirente possa far valere il suo credito nel passivo fallimentare, godendo del privilegio sul bene immobile, di cui all'articolo 2775-bis del Codice civile.

Il primo comma di detta norma stabilisce la sussistenza del **privilegio speciale**:

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

Il secondo comma, invece, indica **a quali soggetti non è opponibile** il privilegio e che quindi prevalgono:

- 1) ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile;
- 2) ai **creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis del Codice civile** ⁽³⁾.

Queste ultime ipoteche sono proprio quelle concesse agli istituti di credito a garanzia dei mutui fondiari previsti dall'art. 38 del TUB.

contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V.

Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado.

⁽³⁾ **Art. 2825-bis - Ipoteca sul bene oggetto di contratto preliminare**

L'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'articolo 2645-bis, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'articolo 39, comma 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993. Se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare.

Il privilegio è collocato al numero 5bis) dell'articolo 2780 del Codice civile.

La giurisprudenza

La giurisprudenza di merito quasi uniforme ha sempre affermato che le ipoteche delle banche per mutui fondiari (ex art. 38 TUB) erano comunque destinate a cedere di fronte al privilegio del promissario acquirente, che prevaleva.

In questo modo, i promissari acquirenti che avevano trascritto il preliminare erano completamente garantiti.

Tale opinione muoveva dal rilievo secondo cui il concorso tra privilegi e ipoteche sarebbe regolato esclusivamente dall'art. 2748, comma 2, del Codice civile.

Tale norma prevede che:

I creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente

La giurisprudenza ha giustificato affermando che non può trovare applicazione l'art. 2644, il quale disciplinerebbe, invece, il conflitto tra cause di prelazione e diritti reali di godimento e affermando che al principio della prevalenza dei privilegi, sancito dall'art. 2748 comma 2, potrebbe derogarsi soltanto in presenza di un dato normativo **chiaro ed inequivocabile**, non ravvisabile né nell'art. 2775 bis del Codice civile, (il quale, nella parte in cui subordina la nascita del privilegio del promissario acquirente alla trascrizione del preliminare, non introdurrebbe elementi di novità rispetto ad altre fattispecie previste dalla normativa vigente), né nell'art. 2825 bis del Codice civile, (il quale, riferendosi alle sole ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, non sarebbe applicabile a quelle iscritte in data anteriore).

Tale orientamento è stato, infine, confermato da una sentenza della Corte di Cassazione secondo la quale:

Il privilegio speciale previsto dall'art. 2775 - bis cod. civ. per il credito del promissario acquirente sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, **prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare** (Cass. civ., sez. I, 14/11/2003, n. 17197).

Il nuovo orientamento delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite (con la sentenza citata) hanno ribaltato il precedente orientamento, affermando, invece, che le ipoteche iscritte a garanzia di mutui fondiari (art. 38 TUB) prevalgono sul privilegio immobiliare del promissario acquirente, con l'ovvia conseguenza che, in caso di fallimento dell'impresa costruttrice (e di scioglimento del contratto preliminare ex art. 72 LF), sulle somme derivanti dalla vendita dell'immobile in sede fallimentare prevarrà la banca titolare dell'ipoteca rispetto al promissario acquirente, con l'altrettanto ovvio rischio per quest'ultimo di non vedersi restituire la caparra pagata.

Il ragionamento delle Sezioni Unite parte dalla premessa che l'art. 2748 del Codice civile, allorquando nel secondo comma stabilisce che i creditori muniti di privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari "*se la legge non dispone diversamente*", fa riferimento ad una deroga non necessariamente contenuta in un esplicito precetto, ma che può o deve essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso, attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dello specifico istituto in trattazione con l'intero sistema.

La Cassazione afferma che il privilegio del promissario acquirente non è posto a tutela di principi di ordine pubblico ma a tutela di un diritto di un soggetto privato, con la conseguenza che ad esso non si applica la norma della prevalenza del privilegio sull'ipoteca (art. 2748 cod. civ.) bensì il diverso principio generale del *prior in tempore potior in jure* che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità, facendone conseguire che l'ipoteca trascritta prima della costituzione del privilegio debba su quest'ultimo prevalere.

Sulla base di questo presupposto le Sezioni Unite, travolgendo il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno statuito che:

Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775-bis cod. civ.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 cod. civ.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell'art. 2748 cod. civ., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti. Ne consegue che, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72 della legge fall.), il conseguente credito del promissario acquirente - nella specie,

avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare - benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice.

Documento pubblicato in data 20/01/2010

TUTTI I DIRITTI RISERVATI - VIETATA LA RIPRODUZIONE
ANCHE PARZIALE.

Tutti i diritti di sfruttamento economico dell'opera
appartengono alla Zucchetti.com srl.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa
attenzione, non può comportare specifiche responsabilità
per eventuali involontari errori o inesattezze.