

Art. 3, D.L. 31.12.1996, n. 669, conv. con L. 28.2.1997, n. 30

VENDITA IMMOBILIARE TRASCRIZIONE del PRELIMINARE

di Paolo Adriano Stella

L'art. 3, D.L. 31.12.1996, n. 669, convertito con modificazioni con L. 28.2.1997, n. 30 [CFF ● 2592], ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la **trascrizione del contratto preliminare** ed ha inserito un **nuovo privilegio speciale immobiliare** a favore del promissario acquirente, creando tre nuovi articoli nel codice civile (2645-bis, 2775-bis e 2825-bis) ed aggiungendo un nuovo comma (il quinto) all'art. 72, R.D. 16.3.1942, n. 267 (Legge Fallimentare).

Accanto ai privilegi speciali immobiliari concessi ai crediti per atti conservativi o di espropriazione (art. 2770 c.c.), ai crediti per le imposte sui redditi immobiliari (art. 2771 c.c.), ai crediti per tributi indiretti (art. 2772 c.c.), ai crediti per la concessione di acque (art. 2774 c.c.) ed infine ai contributi per opere di bonifica e di miglioramento (art. 2775 c.c.), è stato quindi aggiunto un privilegio speciale immobiliare a favore del promissario acquirente che abbia trascritto il preliminare di acquisto. Secondo la prevalente dottrina (Guglielmucci, Alessi, Silla) il nuovo privilegio immobiliare va collocato al sesto grado dell'ordine previsto dall'art. 2780 codice civile in base all'art. 3 della nuova legge.

La trascrizione del contratto preliminare ha un effetto bivalente in quanto, da un lato, ha **efficacia dichiarativa** rispetto agli aventi causa ed ai creditori del promittente alienante ex art. 2645-bis c. c. e, dall'altro, ha **efficacia costitutiva** in relazione al privilegio speciale immobiliare a fa-

vore del promissario acquirente in caso di risoluzione del contratto preliminare ex art. 2775-bis c.c. (Alessi).

Il secondo comma dell'art. 2645-bis stabilisce che la trascrizione del contratto definitivo o di un altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare ovvero della sentenza emessa ex art. 2932 c.c., prevale sulle trascrizioni o iscrizioni ese-

***Il conflitto del nuovo privilegio speciale immobiliare con le ipoteche iscritte sullo stesso bene
Effetti delle procedure concorsuali***

guite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Ovviamente se il contratto preliminare viene stipulato con scrittura privata non autenticata non esiste titolo idoneo per la trascrizione ex art. 2657 c.c.

Il secondo comma dell'art. 2645-bis fa **retroagire** l'efficacia dichiarativa della trascrizione del contratto definitivo al momento della trascrizione del preliminare, dettando una disciplina identica a quella della sentenza in relazione alla domanda accolta (art. 2652 codice civile).

L'efficacia della trascrizione del preliminare seguita da quella del definitivo è quella tipica dettata dall'art. 2644 c.c. per cui sono non opponibili all'acquirente le

trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro l'alienante dopo la trascrizione del preliminare (cosiddetto **effetto di prenotazione** della trascrizione).

L'art. 2645-bis prevede due **termini di durata** della trascrizione del preliminare: uno breve di **un anno** dalla data convenuta dalle parti per la stipula del definitivo ed uno lungo, di **tre anni**, dalla trascrizione stessa; conseguentemente se il termine fissato tra le parti per la stipula del definitivo, superasse i tre anni dalla trascrizione del preliminare, tale termine si ridurrebbe ex lege a tre anni per conservare gli effetti della trascrizione stessa.

Il nuovo art. 2775-bis, dispone al primo comma, che in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto, 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 nella esecuzione promossa da terzi»*.

Conflitto tra il nuovo privilegio speciale immobiliare e le ipoteche anteriormente iscritte sullo stesso bene

E veniamo ad affrontare la problematica che ha impegnato in

questi primi due anni, dall'introduzione del privilegio speciale immobiliare in esame, la maggior parte della dottrina.

Ci riferiamo ovviamente al **conflitto** tra il nuovo **privilegio speciale immobiliare** attribuito ai crediti del promissario acquirente derivanti dalla mancata esecuzione del contratto ovvero dallo scioglimento del rapporto per effetto del fallimento del promittente venditore e le **ipoteche anteriormente iscritte** sullo stesso bene.

Il privilegio in esame è, come tutti i privilegi immobiliari, speciale e si colloca pertanto sullo stesso bene che è stato oggetto del preliminare; esso ha **natura iscrizionale**, ai sensi dell'articolo 2745 ult. parte c.c., essendone la costituzione subordinata alla formula pubblicitaria ⁽¹⁾

In merito al rapporto tra privilegi ed ipoteche, il nuovo articolo 2775-bis, comma 2, prevede che il privilegio in esame non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ex art. 2825-bis. La norma prevede pertanto due **ipotesi di preferenza** dell'ipoteca rispetto al privilegio in esame, entrambe accomunate dalla circostanza che i crediti ipotecari nascono da operazioni di finanziamento del promissario acquirente ⁽²⁾.

Il primo caso previsto dall'articolo 2775-bis, comma 2, c.c., si riferisce al caso in cui il promittente venditore funge da terzo datore di ipoteca sul bene oggetto del preliminare, al fine di addivenire al più presto alla stipulazione del rogito definitivo; ipotesi assai rara nella realtà.

La seconda fattispecie richiama i crediti garantiti da ipoteca ai

sensi dell'articolo 2825-bis c.c..

Tale articolo prevede una situazione complessa in cui, dopo la trascrizione del contratto preliminare immobiliare, si assiste ad una **successiva iscrizione ipotecaria** a garanzia dei **crediti nascenti da finanziamenti** edilizi ex art. 38 e ss., D. Lgs. 385/1993 ed infine all'accollo di una quota del debito generato da tale finanziamento, da parte del promissario acquirente con il preliminare o con un atto successivo. La dottrina (G. De Nova, U. Apice, F. Abate) ritiene comunque prevalente l'ipoteca disposta dalla norma in oggetto anche nel caso in cui l'iscrizione sia precedente alla trascrizione.

La problematica di maggior difficoltà riguarda però l'applicazione della norma contenuta nel secondo comma dell'articolo 2748 c.c. (prevalenza dei privilegi immobiliari rispetto ai creditori ipotecari) alle ipoteche iscritte sullo stesso immobile anteriormente alla trascrizione del preliminare.

La tesi maggioritaria in dottrina (G. Alessi, U. Apice, G. De Majo, L. Guglielmucci, G. Bozza, E. Canzio) sostiene la prevalenza del privilegio immobiliare rispetto alle ipoteche iscritte sul medesimo bene anteriormente alla trascrizione, basando il proprio assunto sulla circostanza che il legislatore, come previsto dallo stesso secondo comma dell'articolo 2748 c.c. (*«i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente»*), ha introdotto, con l'articolo 2775-bis, comma 2, c.c., due ipotesi di deroga alla regola generale. Tale interpretazione era stata confermata in un primo momento anche dall'Ufficio legi-

slativo del Ministero di Grazia e Giustizia nella nota n. 291431/35-2 del 16.4.1997, indirizzata al Ministero delle Finanze. In seguito però una circolare inviata dall'ABI agli associati riferiva di una *rimeditazione* da parte dell'Ufficio legislativo che d'altro canto, sottolineava la sopravvalutazione non dovuta del parere espresso, a uso solo interno, parlando di nota scritta a caldo prima dell'approfondimento delle norme introdotte dalla legge 30/1997, rinviando in tal modo la soluzione del dubbio alle decisioni dei giudici.

Gli stessi autori hanno comunque evidenziato i rischi ai quali può dar luogo uno scorretto uso dello strumento introdotto dal legislatore volto a vanificare i diritti dei creditori ipotecari che godono di iscrizioni precedenti alla trascrizione del contratto preliminare.

I sostenitori della tesi minoritaria (G. Gazzoni, G. Gabrielli, A. Luminoso, Palermo, A.U. Petraglia, P. Filippi, F. Abate), sottolineano il **carattere costitutivo dell'effetto della trascrizione** del preliminare in funzione della nascita del privilegio riconosciuto ai crediti del promissario acquirente. Ne deriva pertanto l'applicazione del principio posto dall'articolo 2644 c.c. anche nel rapporto tra privilegio in esame ed ipoteche, con il risultato che le forme di pubblicità relative a tali prelazioni sono da porre sullo stesso piano, essendo la trascrizione costitutiva della garanzia al pari dell'iscrizione ipotecaria.

Apice (*I rapporti tra privilegio speciale immobiliare e ipoteca alla luce delle disposizioni di cui alla legge n. 30 del 1997*), d'altro canto, ha correttamente ricordato un consolidato orienta-

mento giurisprudenziale, secondo il quale i conflitti tra creditori muniti di prelazione, vanno risolti secondo la legge vigente al momento della ripartizione.

Contratto preliminare e procedure concorsuali

Il nuovo quinto comma dell'art. 72, R.D. 16.3.1942, n. 267 (Legge Fallimentare) stabilisce che *«qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis del codice civile, e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, 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'art. 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»*.

Tale nuovo comma assume una capitale importanza in quanto elimina una **palese iniquità** ai danni del promissario acquirente che, a seguito della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare poteva in precedenza unicamente insinuare il proprio credito nel passivo fallimentare in sede chirografaria, senza aver diritto ad alcun risarcimento del danno. Ricordo che il consolidato orientamento espresso dalla Suprema Corte ritiene che il curatore possa liberamente sciogliersi dal contratto senza necessità di alcuna preventiva autorizzazione da parte del Giudice Delegato alla procedura (in quanto lo scioglimento dal contratto **non** viene inteso quale **atto di straordinaria amministrazione** ex art. 25 L.F.).

In caso di scioglimento dal contratto da parte del curatore, il credito del promissario acquirente dovrà quindi essere ammesso al passivo con il **privilegio im-**

mobiliare.

Il problema non si pone con riferimento al quarto comma dell'articolo in esame: se il **preliminare non viene trascritto**, lo scioglimento da parte del curatore dal contratto comporta per il promissario acquirente la possibilità di insinuarsi al passivo semplicemente in **sede chirografaria**.

La dottrina dominante ritiene che lo scioglimento da parte del curatore da un contratto preliminare trascritto debba essere preventivamente autorizzato dal Giudice Delegato in quanto **atto di straordinaria amministrazione** (ex art. 25 L.F.).

Con riferimento alla durata degli effetti della trascrizione occorre rifarsi al terzo comma dell'art. 2645-bis, ponendo a confronto la **data** convenuta per la **stipula del contratto** definitivo ovvero la data di **trascrizione del preliminare** con la **data della dichiarazione fallimentare**.

In merito all'applicazione dell'art. 72 L.F. alle altre procedure concorsuali, la prevalente dottrina la ritiene possibile esclusivamente nei confronti della liquidazione coatta amministrativa, per il rinvio contenuto nell'art. 201 L.F., e dell'**amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in crisi, per il rinvio dell'art. 1, Legge 3.4.1979, n. 95 alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa.

Il mancato richiamo dell'articolo in esame da parte dell'art. 169 L.F., per il concordato preventivo, e dell'art. 188 L.F., per l'amministrazione controllata, fanno propendere per una risposta negativa.

Per il concordato preventivo e l'amministrazione controllata si applicano quindi esclusivamente le norme del codice civile tra cui gli art. 2645-bis e 2775-bis precedentemente commentati.

Ricordo comunque che in tali procedure il commissario giudi-

ziale non può liberamente sciogliersi dai contratti in essere come nel caso del fallimento.

La mancanza di norme transitorie rende inoltre poco chiara la sorte dei **contratti preliminari stipulati prima dell'entrata in vigore** della nuova norma.

Alessi ritiene preferibile, in base al principio dominante del fatto compiuto e all'eccezionalità dei privilegi, la tesi dell'inapplicabilità della nuova disciplina ai contratti preliminari stipulati prima della recente legge mentre Guglielmucci, sottolineando che gli effetti della trascrizione del preliminare cessano dopo un anno dalla data convenuta dalle parti per l'esecuzione (e comunque non oltre tre anni dalla trascrizione), ritiene che, sino a quando non sia decorso il menzionato termine dell'anno, non sembrano prospettabili seri dubbi sulla trascrivibilità dei preliminari anteriori.

Lo stesso Autore conclude tuttavia che l'estensibilità del privilegio al credito relativo alla restituzione degli acconti in precedenza corrisposti non appare certa, ove si consideri che il titolo del credito del promissario acquirente, conseguente allo scioglimento del contratto, è riferibile cronologicamente al momento della corresponsione degli acconti e, quindi, ad un momento anteriore all'entrata in vigore della normativa che riconosce il privilegio.

La Corte d'Appello di Venezia con sentenza del 5 maggio 1998 ha sostenuto che la trascrizione del preliminare di compravendita ai sensi del D.L. 31.12.1996, n. 669 [CFF ● 2225] (convertito con modificazioni con L. 28.2.1997, n. 30), *non attiene alla forma dell'atto, ma è un istituto destinato alla tutela dei diritti sostanziali, cosicché alla stessa vanno applicate le norme in vigore al momento in cui detta tutela è invocata e non quelle vigenti all'epoca in cui il negozio è stato formato*.

⁽¹⁾ Il contratto preliminare - Francesco Abate – Atti del convegno nazionale di studi sulle procedure concorsuali – Bologna 5 – 6 giugno 1998.

⁽²⁾ Francesco Abate, op. citata.