

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Sentenza 7 luglio - 1 ottobre 2009, n. 21045

(Presidente Carbone - Relatore Spirito)

Svolgimento del processo

Nel fallimento della Nu.Na. S.n.c. di F. C. P. & C., pendente dinanzi al Tribunale di Forlì, la Cassa dei Risparmi di Forlì propose opposizione ad un piano di riparto parziale dichiarato esecutivo dal giudice delegato. Premesso che la somma distribuita costituiva il ricavato della vendita di un appartamento sul quale risultava iscritta ipoteca a garanzia del credito dalla Cassa stessa vantato in virtù di un mutuo fondiario concesso alla società costruttrice dell'immobile, l'opponente sosteneva che erroneamente tale credito era stato collocato con grado inferiore a quello vantato dal B. per il rimborso della caparra da questo versata contestualmente alla stipulazione di un contratto preliminare di acquisto del medesimo appartamento, trascritto in data successiva all'iscrizione dell'ipoteca e sciolto ai sensi dell'art. 72 della legge fall.

Ad avviso dell'opponente, infatti, l'ipoteca concessa a garanzia del finanziamento di un intervento edilizio ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, prevalendo sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, a norma dell'art. 2825 bis c.c., doveva prevalere, a maggior ragione, sulla trascrizione posteriore.

Il Tribunale accolse la domanda, osservando, anzitutto, che la particolare causa di prelazione accordata al promissario acquirente dall'art. 2775 bis c.c., comma 1, non si sottrae al principio generale enunciato dall'art. 2748 c.c., 2° comma, in forza del quale i crediti muniti di privilegio speciale immobiliare prevalgono su quelli ipotecari, se la legge non dispone diversamente. Ha, tuttavia, ravvisato una tale diversa disposizione (idonea, appunto, ad invertire l'anzidetto criterio di priorità) nel combinato disposto degli artt. 2775 bis e 2825 bis c.c., reputando che dette norme siano da interpretare nel senso della prevalenza delle ipoteche iscritte a garanzia di mutui fondiari erogati a norma del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, art. 38 e ss., T.U. bancario, rispetto al privilegio immobiliare accordato al promissario acquirente, indipendentemente dall'esservi stato o meno accollo del mutuo da parte dell'acquirente. Così ragionando ha, dunque, ritenuto irrilevante nella fattispecie la precedente affermazione resa sul tema da questa Corte (Cass. 14 novembre 2003, n. 17197, della quale si dirà in seguito), considerando che questa non decidesse riguardo ad un istituto di credito garantito da ipoteca ai sensi degli artt. 38 e segg. D.Lgs. n. 385 del 1993, ovvero in altro modo garantito da ipoteca.

Avverso il decreto del Tribunale di Forlì il B. ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo. Ha resistito con controricorso la Cassa dei Risparmi, la quale ha depositato successivamente memoria. Non ha svolto difese la curatela del fallimento.

Con ordinanza interlocutoria del 20 ottobre 2008, la Prima Sezione Civile, ritenuta la sussistenza di una questione di massima di particolare importanza, avente ad oggetto la prevalenza del privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c. sulle ipoteche per mutui fondiari iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, il quale ha disposto l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite.

Motivi della decisione

I. - PREMESSA - IL RICORSO E LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE.

Il ricorrente, nel dedurre la violazione degli artt. 2645 bis, 2775 bis, 2748, 2° comma, e 2825 bis c.c., sostiene che il secondo comma dell'art. 2775 bis individua due soli casi di ipoteche che non soccombono al privilegio di cui al primo comma, e precisamente quelle iscritte a garanzia del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile e quelle iscritte a garanzia del credito edilizio nei limiti della quota che il promissario stesso si sia accollato; benché l'art. 2825 bis faccia riferimento esclusivamente alle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, è ovvia la prevalenza anche di quelle iscritte in epoca anteriore, ma sempre nei limiti della quota di debito che il promissario si sia accollato, non avendo egli altrimenti alcun ruolo nel rapporto tra il finanziatore ed il costruttore.

Secondo il ricorrente, il decreto impugnato contrasta, oltre che con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che subordina la prevalenza dell'ipoteca all'accollo da parte del promissario del debito contratto dal costruttore, anche con lo spirito della legge, che mira a tutelare i promissari acquirenti di fabbricati in corso di costruzione in caso di mancata esecuzione del preliminare o fallimento del promittente venditore.

Nella specie, pertanto, non essendo intervenuto l'accollo della quota di mutuo gravante sull'immobile promesso in vendita, troverebbe applicazione il principio generale di cui all'art. 2748, 2° comma, secondo cui il privilegio immobiliare prevale sulle ipoteche iscritte anche anteriormente, non potendo individuarsi nell'art. 2825 bis la diversa disposizione di legge che, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 2748, 2° comma, consente di derogare a tale principio.

Preliminare rispetto al vaglio delle doglianze prospettate nel ricorso è l'esame della premessa giuridica dalla quale muove l'impugnato provvedimento, secondo cui il privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare prevale, ai sensi dell'art. 2748 c.c., 2° comma, sui crediti ipotecari, anche se l'ipoteca è stata iscritta prima della trascrizione del preliminare, salvo soltanto che si tratti di ipoteche relative a mutui erogati per l'acquisto del medesimo immobile promesso in vendita o iscritte a favore dei creditori garantiti ai sensi dell'art. 2825 bis c.c. Solo ove, infatti, tale premessa fosse da condividere occorrerebbe valutare se reggono o meno alla critica le conseguenti considerazioni in base alle quali il tribunale ha ravvisato la prevalenza sul privilegio speciale spettante al promissario acquirente dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario erogato dalla cassa di risparmio; qualora, viceversa, quella premessa fosse da disattendere, s'imporrebbe la correzione della motivazione del provvedimento impugnato, ma il ricorso dovrebbe essere rigettato.

La suaccennata premessa, dalla quale il tribunale prende le mosse (e la cui fondatezza è contestata dalla controricorrente), è in effetti conforme a quanto affermato nel già menzionato precedente di questa Corte (Cass. n. 17197 del 2003), secondo cui, appunto, in forza del disposto dell'art. 2748, 2° comma, c.c. (per il quale i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari, se la legge non dispone diversamente), anche il privilegio speciale immobiliare, previsto dal citato art. 2775 bis, prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se trascritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare da cui il privilegio scaturisce, non rilevando in contrario la natura "iscrizionale" (o "trascrizionale") di siffatto privilegio, giacché questa non basta a rendere applicabile, in simili casi, il principio della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle trascrizioni e delle iscrizioni dal quale è regolata la pubblicità immobiliare.

L'ordinanza che ha rimesso la soluzione della questione alle sezioni unite ritiene che le conclusioni alle quali è pervenuta la citata sentenza n. 17197 del 2003 non abbiano placato il dibattito che già

prima era insorto in dottrina in ordine alla corretta interpretazione da dare alle disposizioni dettate dal codice a tutela del promissario acquirente di immobili (introdotte, com'è noto, con il D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30). Dibattito che, piuttosto, ne è stato rinfocolato. Viene, allora, chiesto l'approfondimento dei seguenti punti:

a) il privilegio accordato al promissario acquirente non si ricollega esclusivamente alla causa del credito, ma presuppone necessariamente la trascrizione del contratto preliminare, alla quale pare pertanto ragionevole assegnare, in ragione della sua efficacia costitutiva, anche la funzione, ad essa connaturata, di risolvere i possibili conflitti tra titolari di diritti assoggettati al medesimo regime di pubblicità;

b) poiché nella graduazione prevista dall'art. 2780 c.c. il privilegio in questione è collocato dopo quelli che assistono i crediti per concessione di acque e per tributi indiretti, i quali non possono essere esercitati in pregiudizio dei diritti anteriormente acquisiti dai terzi sui medesimi immobili, la prevalenza di tale privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente renderebbe impossibile stabilire l'ordine di collocazione dei crediti;

c) detta prevalenza risulterebbe inoltre scarsamente razionale, dal momento che le ipoteche iscritte anteriormente sono certamente opponibili all'acquirente, in caso di perfezionamento del contratto definitivo di acquisto dell'immobile;

d) l'art. 2825 bis c.c., prevedendo eccezionalmente che, in caso di accollo del mutuo fondiario da parte del promissario acquirente, l'ipoteca iscritta a garanzia dello stesso prevalga sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, fa supporre, a maggior ragione, l'operatività del medesimo criterio in presenza di una trascrizione posteriore di tale contratto, trovando applicazione, in tal caso, i principi generali in materia di pubblicità immobiliare.

In conclusione, la questione sottoposta alle Sezioni Unite consiste nello stabilire se, ai fini della distribuzione del ricavato della vendita, disposta in sede fallimentare, di un immobile già promesso in vendita dal fallito con contratto preliminare trascritto, il privilegio che, a norma dell'art. 2775 bis c.c., assiste il credito del promissario acquirente per la mancata esecuzione del preliminare prevalga (o meno), ai sensi dell'art. 2748, 2° comma, c.c., sulle ipoteche iscritte sul medesimo immobile in data anteriore alla trascrizione del contratto preliminare.

II. - LA TRASCRIVIBILITÀ DEL CONTRATTO PRELIMINARE ED IL PRIVILEGIO CHE ASSISTE I CREDITI DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE.

La trascrivibilità del preliminare, non prevista dal testo originario del codice civile, in ragione della natura meramente obbligatoria di tale contratto, è stata introdotta dall'art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 (convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30), che ha modificato il titolo I del libro VI del codice, inserendo nel capo I l'art. 2645 bis. Questo ammette la possibilità di procedere alla trascrizione dei contratti preliminari, ancorché sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione, purché essi: a) abbiano ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643; b) risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

La ratio della disciplina consiste nel tutelare il promissario, che, all'atto della stipulazione del preliminare o comunque nelle more della stipulazione del contratto definitivo, abbia corrisposto in tutto o in parte il corrispettivo dovuto, contro l'eventualità che il promittente si sottragga all'adempimento dell'obbligazione assunta, ponendo in essere atti di disposizione del bene promesso, tali da rendere impossibile il successivo trasferimento dell'immobile.

Essa muove dalla presa d'atto che, nella pratica commerciale, la stipulazione di un contratto preliminare costituisce ormai una fase pressoché imprescindibile del procedimento negoziale che conduce al trasferimento dei diritti reali immobiliari, la quale trova per lo più giustificazione nell'esigenza delle parti di consacrare provvisoriamente l'accordo raggiunto, al fine di consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento. A questa prassi fa riscontro, talvolta, la consegna anticipata dell'immobile e, più spesso, il versamento di uno o più acconti sul prezzo pattuito, il quale trova giustificazione, nel caso di vendita di beni ancora da edificare o in corso di costruzione, nei convergenti interessi del venditore ad autofinanziarsi mediante l'anticipata riscossione del corrispettivo e dell'acquirente a spuntare un prezzo più vantaggioso attraverso l'acquisto su progetto.

Nella vigenza del testo originario del codice civile, l'impossibilità di procedere alla trascrizione del preliminare, dovuta all'inidoneità di tale contratto a determinare il trasferimento del diritto reale, esponeva il promissario, che avesse in tutto o in parte adempiuto la propria obbligazione, al rischio dell'inadempimento della controparte, dovendo egli soccombere di fronte ad atti dispositivi eventualmente posti in essere da quest'ultima, ovvero ad atti compiuti da terzi in danno della medesima controparte; la trascrizione di questi atti, se intervenuta anteriormente al contratto definitivo, ne rendeva infatti impossibile la stipulazione, precludendo anche l'accoglimento di un'eventuale domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. A tale rischio, riconducibile alla normale alea contrattuale, si aggiungeva, nel caso in cui il promittente venditore fosse un imprenditore, quello proprio dell'attività d'impresa, che aumenta notevolmente il pericolo dell'aggressione dei beni da parte di terzi, fino all'ipotesi estrema del fallimento, che, consentendo al curatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale (come è avvenuto nella fattispecie in trattazione), costringe il promissario acquirente ad insinuarsi al passivo per ottenere la restituzione delle somme versate e quindi ad assoggettarsi alle regole del concorso, con scarse speranze di ottenere la soddisfazione del proprio diritto, avuto riguardo alla natura chirografaria del credito.

Per evitare questi inconvenienti (ai quali, in passato, poteva ovviarsi esclusivamente attraverso la tempestiva trascrizione di una domanda di esecuzione in forma specifica) è ora riconosciuta la possibilità di tutelare il proprio diritto all'acquisto direttamente mediante la trascrizione del contratto preliminare.

L'efficacia di tale adempimento pubblicitario è disciplinata dai commi secondo e terzo dell'art. 2645 bis, i quali prevedono che, ove entro un anno dalla data convenuta tra le parti, e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, segua la trascrizione del contratto definitivo o di un altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare, ovvero della domanda giudiziale di cui all'art. 2652, 1° comma, n. 2, gli effetti di tale trascrizione o di quella della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare retroagiscono fino alla data della trascrizione di quest'ultimo, prevalendo sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite in data successiva contro il promittente alienante. Tale efficacia è stata definita di "prenotazione" degli effetti tipici della trascrizione del contratto definitivo, e consiste nel fatto che, ove seguita da quest'ultima, la trascrizione del preliminare rende inopponibili al promissario acquirente tutte le iscrizioni o trascrizioni eseguite medio tempore nei confronti del promittente.

È tuttavia controverso se l'effetto prenotativo renda inopponibili al promissario acquirente le sole formalità pubblicitarie eseguite successivamente nei confronti del promittente alienante in virtù di titoli da lui voluti, ovvero abbia portata generale, estendendosi anche alle trascrizioni di pignoramenti o sequestri ed alle iscrizioni di ipoteche giudiziali.

In riferimento all'ipotesi di fallimento del promittente, l'art. 72, terzo comma, della legge fall., anch'esso introdotto dall'art. 3 del D.L. n. 669 del 1996, esclude infatti la prevalenza del preliminare, confermando la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto, ai sensi del 2° comma del medesimo articolo, e disponendo che in caso di esercizio di tale facoltà 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 c.c., a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

Approssimandoci alla questione in esame, occorre ricordare che, oltre all'efficacia prenotativa, l'art. 3 del D.L. n. 669 del 1996 ha attribuito alla trascrizione del contratto preliminare una peculiare efficacia costitutiva, introducendo nel titolo III del libro VI del codice civile, alla sezione III del capo II, l'art. 2775 bis, il quale, al fine di tutelare i crediti del promissario acquirente derivanti dalla mancata esecuzione del contratto preliminare, dispone al primo comma che essi “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”.

La trascrizione del preliminare fa sorgere pertanto, a favore dei crediti del promissario, un privilegio speciale immobiliare, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in atto al momento in cui si verificano gli eventi che costituiscono causa del credito.

Tale privilegio è collocato al n. 5 dell'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c., in particolare dopo quelli che assistono i crediti dello Stato per concessioni di acque (art. 2774) e per tributi indiretti (art. 2772).

Il 2° comma dell'art. 2775 bis prevede che esso “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'art. 2825 bis”; ossia, ai creditori che abbiano iscritto ipoteca su un 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 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385: tale ipoteca, peraltro, prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare “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”, con l'ulteriore precisazione che “se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare”.

Quest'ultima disposizione mira a contemperare la tutela del terzo acquirente con quella dei terzi che abbiano concesso finanziamenti per l'acquisto o la costruzione dell'immobile promesso in vendita, in conformità con le finalità perseguite dall'art. 3 del decreto legge n. 669 del 1996, che consistono tra l'altro nel promuovere la realizzazione e l'acquisto della prima casa di abitazione.

Nella prima parte, essa sembra fare riferimento all'ipotesi (piuttosto marginale) in cui il promittente venditore abbia prestato il proprio consenso, prima della stipulazione del contratto definitivo, all'iscrizione di ipoteca sull'immobile promesso in vendita, a garanzia del credito derivante da un mutuo concesso al promissario acquirente: diversamente, infatti, non si spiegherebbe come quest'ultimo possa concedere ipoteca su di un bene del quale non è ancora divenuto proprietario.

Nella seconda parte, invece, la norma si riferisce alle ipoteche concesse dal promittente venditore a garanzia di crediti derivanti dai mutui fondiari accordati da banche concedenti finanziamenti a medio e lungo termine, garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, ovvero da ipoteche di grado ulteriore nei casi consentiti dalla Banca d'Italia; in tal caso, la prevalenza dell'ipoteca è subordinata alla condizione che il promissario acquirente si sia accollato il relativo debito, nello stesso preliminare o con atto successivo annotato a margine della trascrizione, ed opera limitatamente alla quota gravante sull'immobile promesso in vendita. Tale condizione trova fondamento nella considerazione che l'opponibilità al promissario dell'ipoteca iscritta successivamente al preliminare è giustificata solo in caso di accollo del mutuo, in quanto egli diviene parte del rapporto derivante dal finanziamento, giovandosi della relativa rateazione ai fini del pagamento del prezzo; qualora invece acquisti senza accollo, pagando il prezzo direttamente al promittente, il promissario rimane estraneo al rapporto tra finanziatore, e finanziato, con la conseguenza che l'ipoteca, iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, non gli è opponibile.

Il privilegio in esame prevale, pertanto, ai sensi dell'art. 2645 bis, sulle ipoteche iscritte in data successiva alla trascrizione del preliminare, escluse quelle previste dall'art. 2825 bis, in quanto tale disposizione stabilisce eccezionalmente la prevalenza delle ipoteche relative a mutui erogati al promissario acquirente, nonché di quelle relative a mutui fondiari erogati al promittente venditore, che il promissario acquirente si sia accollato.

III. - GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO E DELLA DOTTRINA.

L'orientamento quasi unanime affermato nella giurisprudenza di merito sostiene che le ipoteche delle quali s'è detto siano comunque destinate a cedere in caso di concorso con il privilegio spettante al promissario acquirente.

Esso muove dal rilievo secondo cui il concorso tra privilegi ed ipoteche sarebbe regolato esclusivamente dall'art. 2748, 2° comma, non potendo trovare applicazione l'art. 2644, il quale disciplinerebbe, invece, il conflitto tra cause di prelazione e diritti reali di godimento; ciò posto, esso afferma che al principio della prevalenza dei privilegi, sancito dalla predetta disposizione, potrebbe derogarsi soltanto in presenza di un dato normativo chiaro ed inequivocabile, non ravvisabile né nell'art. 2775 bis (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 (il quale, riferendosi alle sole ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, non sarebbe applicabile a quelle iscritte in data anteriore).

L'indirizzo in esame riflette l'opinione espressa dai primi commentatori del decreto-legge n. 669 del 1996, i quali avevano ritenuto insuperabile il dato normativo emergente dall'interpretazione letterale degli artt. 2748, 2° comma, e 2825 bis c.c., escludendo così che le ipoteche iscritte in epoca anteriore alla trascrizione del contratto preliminare potessero prevalere sul privilegio che assiste il credito del promissario acquirente.

All'obiezione secondo cui l'ipoteca prevale sui diritti dei terzi trascritti in epoca successiva all'iscrizione, essi replicavano che ciò accade perché il rapporto tra le cause di prelazione e i diritti reali di godimento è regolato dal principio prior in tempore, potior in jure, esaltato, nel caso di immobili, dalla priorità della relativa pubblicità; nella fattispecie in esame, tuttavia, non vi è un conflitto tra il diritto del promissario di ottenere l'esecuzione specifica del contratto e l'ipoteca del terzo sullo stesso bene oggetto del preliminare, ma un conflitto tra il privilegio speciale del promissario (conseguente alla risoluzione o allo scioglimento del contratto preliminare) e l'ipoteca iscritta sullo stesso bene: si tratterebbe di un conflitto tra cause di prelazione, la cui prevalenza

sarebbe disciplinata dalla legge in base ad un principio diverso da quello della priorità cronologica. Ciò spiegherebbe, tra l'altro, perché le ipoteche iscritte in data anteriore alla trascrizione del preliminare siano opponibili all'acquirente in caso di stipulazione del contratto definitivo, mentre risultano inopponibili in caso di mancata esecuzione del preliminare.

Secondo tale orientamento, la deroga al principio della prevalenza dei privilegi, richiesta dall'art. 2748, 2° comma, ai fini dell'opponibilità dell'ipoteca al creditore privilegiato, non può essere desunta dall'art. 2825 bis: tale disposizione, infatti, non ha nulla a che fare con il privilegio di cui all'art. 2775 bis, previsto per il caso di mancata esecuzione del preliminare, in quanto si limita a regolare gli effetti dell'ipoteca fondiaria edilizia sulla trascrizione del preliminare che venga regolarmente eseguito; il 2° comma dell'art. 2775 bis, inoltre, limitando la prevalenza delle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare a quelle concesse a garanzia di mutui contratti per la costruzione o per l'acquisto dell'immobile, presupporrebbe che, al di fuori di tali ipotesi, dette ipoteche siano destinate a cedere nel concorso con il privilegio, e sarebbe quindi applicabile, a maggior ragione, alle ipoteche iscritte in data anteriore.

All'obiezione secondo cui tale opinione, favorendo il promissario acquirente a scapito degli interessi dei creditori ipotecari, si sarebbe ripercossa negativamente sui rapporti tra le imprese costruttrici e le aziende di credito, scoraggiando queste ultime dal concedere finanziamenti per la costruzione di immobili, in contrasto con le finalità che la legge intendeva perseguire, si replica che il senso della nuova disciplina consisteva anche nel responsabilizzare il ceto bancario, dissuadendolo da un'eccessiva disinvoltura nell'erogazione del credito fondiario. Troppo spesso, infatti, le banche, nel concedere finanziamenti per la costruzione di immobili, fanno affidamento, ai fini della restituzione, più sul valore dei beni concessi in garanzia che sulla solidità complessiva dell'impresa mutuataria, confidando di poter agevolmente procedere al recupero del credito anche in caso di fallimento della stessa, con evidente pregiudizio per le ragioni degli altri creditori. La postergazione dei crediti ipotecari a quello del promissario acquirente le costringerebbe invece a verificare preventivamente la capacità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni, avvalendosi di quegli strumenti di controllo di cui esse dispongono in misura più ampia ed incisiva di ogni altro creditore.

Sotto un diverso profilo, si riconosce che, una volta ovviatosi, mediante la previsione della trascrivibilità del preliminare, al pericolo che il diritto al trasferimento dell'immobile sia vanificato da atti dispositivi compiuti dal promittente venditore o da atti di aggressione del suo patrimonio posti in essere da terzi prima della stipulazione del definitivo, l'attribuzione di un rango privilegiato ai crediti del promissario nascenti dalla mancata esecuzione del contratto si traduce in una tutela eccessiva, quanto meno in riferimento all'ipotesi in cui, pur potendo ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, egli abbia optato per la tutela risarcitoria.

In ogni caso, anche coloro i quali sono disposti ad ammettere che la prevalenza del privilegio determina un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei creditori che abbiano iscritto ipoteca in data anteriore alla trascrizione del preliminare, ritengono che a tale inconveniente possa evitarsi esclusivamente attraverso una declaratoria di incostituzionalità della norma in esame, o mediante un intervento chiarificatore del legislatore.

La dottrina più recente ritiene invece che la questione possa essere risolta anche in via interpretativa, avvalendosi dei principi sui cui si fonda la pubblicità immobiliare e di una pluralità di elementi emergenti dalla stessa disciplina in materia. Essa sottolinea la natura "iscrizionale" o "trascrizionale" del privilegio in questione, il cui concorso con le ipoteche iscritte sull'immobile promesso in vendita deve considerarsi disciplinato dall'art. 2644 c.c., non essendo il privilegio accordato esclusivamente in ragione della causa del credito, ma essendo condizionato alla

trascrizione del contratto preliminare ed alla sua perdurante efficacia. A sostegno di tale orientamento, sono state sottolineate anche le anomalie che l'opposta tesi introdurrebbe nel sistema delle cause di prelazione, osservandosi da un lato che in caso di stipulazione del contratto definitivo le ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare sono opponibili all'acquirente, dall'altro che nell'ordine dei privilegi quello previsto dall'art. 2775 bis è collocato successivamente a quelli di cui agli artt. 2772 e 2774 c.c., i quali non sono esercitabili in pregiudizio dei diritti precedentemente acquisiti dai terzi. Sono stati infine evidenziati i gravi abusi cui potrebbe condurre una rigida applicazione dell'art. 2748 cit., la quale consentirebbe al promittente venditore di sottrarre l'immobile alla garanzia dei propri creditori ipotecari, mediante la simulazione di un preliminare di compravendita con un promissario compiacente, cui potrebbe far seguito la risoluzione del contratto, con la conseguenza che, in sede di esecuzione forzata, i crediti restitutori e risarcitori del promissario dovrebbero essere soddisfatti con precedenza rispetto a quelli dei creditori ipotecari.

Alle medesime conclusioni un'autorevolissima dottrina è pervenuta sulla base di un diverso percorso argomentativo, che muove dalla qualificazione del preliminare di compravendita come vendita ad effetti obbligatori, dalla quale sorge a carico del promittente un'obbligazione di dare e dall'affermazione dell'autonomia di tale contratto rispetto al definitivo, ricollegando alla sua trascrizione l'efficacia tipica di cui all'art. 2644 c.c., per sostenere che tale efficacia si estende anche al privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente, il cui concorso con le ipoteche iscritte in data anteriore deve pertanto ritenersi disciplinato dal principio della priorità cronologica. L'aspetto più suggestivo di questa dottrina è rinvenibile nell'attribuzione al promissario acquirente di un jus ad rem (non di un mero jus in persona) e nella riconduzione del rapporto tra preliminare e definitivo (non come rapporto tra due contratti distinti ed autonomi, ciascuno dotato di una propria causa) al modello tedesco della distinzione tra titulus e modus acquirendi, con la conseguenza che la stipulazione del definitivo non comporta l'assorbimento del preliminare né rende irrilevanti i vizi che lo inficiano, i quali risultano anzi idonei ad incidere, attraverso la caducazione del contratto cui afferiscono, sulla stessa trascrizione del contratto definitivo. La riprova sarebbe costituita proprio dalla trascrivibilità del preliminare, il cui effetto di opponibilità trova giustificazione nella natura del diritto che da esso scaturisce per il promissario acquirente, mentre la limitazione temporale di tale effetto si giustificerebbe con l'efficacia obbligatoria del contratto.

IV. - LA SOLUZIONE DELLA QUESTIONE.

Sulla scorta di tutto quanto premesso è ora possibile passare alla soluzione del quesito, subito anticipando che le sezioni unite intendono disattendere il precedente orientamento espresso dalla menzionata Cass. n. 17197 del 2003, attraverso una trattazione concernente il generale problema della regola di conflitto tra cause di prelazione, al di là della specifica ipotesi (della quale pure si dirà) del credito fondiario, disciplinata dagli artt. 2775 bis, 2° comma, e 2825 bis c.c.

Il ragionamento parte dalla premessa che l'art. 2748 c.c., allorché 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 e 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; così da evitare applicazioni ermeneutiche settoriali che, sebbene compatibili con il microsistema nel quale le disposizioni sono inserite, finiscano con lo stridere rispetto al complesso della materia nelle quali le norme stesse esplicano il proprio effetto. Siffatto sforzo interpretativo si impone con ancora maggior impegno quando (come nel caso di specie) le norme esaminate non appartengono all'originaria impostazione codicistica, ma

sono frutto di una successiva interpolazione legislativa, mossa da esigenze sociali ed economiche via via emerse nella realtà giuridica dei commerci.

Esprese norme derogatrici alla regola del secondo comma dell'art. 2748 c.c. sono rinvenibili nel quarto comma dell'art. 2772 e nel secondo comma dell'art. 2774: il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Deroga ispirata, dunque, alla diversa regola della prevalenza in base alla data di trascrizione o di iscrizione.

Nel nostro caso una espressa norma derogatoria al precetto stabilito dalla prima parte del secondo comma dell'art. 2748 c.c. non esiste, ma, come si vedrà, l'organica analisi dell'intero quadro normativo disciplinante la materia consente di affermare che i creditori muniti dello speciale privilegio del quale trattiamo non sono preferiti ai creditori muniti di ipoteca iscritta precedentemente al sorgere del privilegio stesso, secondo una ricostruzione che, come s'è detto, prescinde dalla specifica ipotesi (disciplinata dal secondo comma dell'art. 2275 bis, in relazione all'art. 2825 bis) del privilegio che assiste il credito per il finanziamento dell'intervento edilizio.

Occorre innanzitutto porre nel giusto rilievo che il privilegio che assiste il credito del promissario acquirente, conseguente alla (eventuale) mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto, non si ricollega esclusivamente alla causa del credito (come prescrive la prima parte dell'art. 2745 c.c.) ma la sua costituzione necessariamente presuppone la trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645 bis; rientrando, dunque, nella categoria dei privilegi la cui costituzione, come consentito dalla seconda parte dell'art. 2745 c.c., è subordinata ad una particolare forma di pubblicità. Peraltro, esso assiste il credito a condizione che gli effetti della menzionata trascrizione non siano cessati a determinati momenti (quello della risoluzione del contratto, oppure della domanda giudiziale della risoluzione, oppure della trascrizione del pignoramento, oppure ancora dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi).

Siffatto privilegio (come molti altri introdotti nel tempo dal legislatore in specifici settori) si aggiunge ai privilegi speciali immobiliari previsti dal codice agli artt. da 2770 a 2775, ma se ne differenzia perché non è posto, come questi, a tutela di interessi pubblici, bensì a tutela dell'interesse meramente privato del promissario acquirente.

Occorre a riguardo ricordare che gli originari privilegi speciali codicistici costituiscono il retaggio delle antiche ipoteche privilegiate, le quali venivano preferite alle ipoteche normali in ragione della particolare natura pubblica degli interessi protetti in via preferenziale. Di qui la regola di conflitto secondo cui siffatti privilegi prevalgono sulle ipoteche, anche se iscritte prima del loro sorgere. Regola oggi consacrata nel secondo comma dell'art. 2748 c.c. e già contenuta nell'art. 1953 del codice del 1865 (benché senza l'espressa riserva che prevede il vigente testo normativo).

Autorevolissima dottrina spiega che la via scelta dal legislatore nel secondo comma dell'art. 2748 è la più conforme all'indole del privilegio, che, assistendo crediti normalmente incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione di una cosa, deve necessariamente essere anteposto all'ipoteca. In altri termini, la ragione della maggior parte dei privilegi va ricercata nella particolare inerente economica di alcuni crediti alla cosa gravata, la quale spiega anche la preferenza dei creditori privilegiati sui creditori forniti di garanzia reale: poiché questi ultimi acquistano un diritto al valore di scambio della cosa, sono necessariamente posposti a coloro i quali, mediante l'erogazione di energie di lavoro o di utilità dal cui corrispettivo sorge il credito, hanno contribuito alla creazione, alla conservazione o all'incremento del valore medesimo.

La stessa dottrina avvisa pure che queste considerazioni rilevano ai fini interpretativi della concreta applicazione delle norme positive e che sarebbe assurdo escludere dal novero dei privilegi le figure che hanno il presupposto in forme di pubblicità, solo perché ad esse non si applica il brocardo secondo cui privilegia non ex tempora estimantur (ossia la regola trasfusa nel secondo comma dell'art. 2748). Ponendo, così, in evidenza che, per un verso, la qualifica di “privilegio” non necessariamente comporta l'applicazione del principio secondo cui esso prevale sull'ipoteca precedentemente iscritta e che, per altro verso, l'applicazione delle ordinarie regole sulla pubblicità non consente di escludere la particolare qualifica di “privilegio” al tipo di prelazione trattato.

Il privilegio del quale si discute esplica i suoi effetti in una vicenda specularmente opposta a quella summenzionata. Esso non assiste un credito che incide sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa (piuttosto, siffatta incidenza appartiene al credito del finanziatore dell'opera), bensì il credito del promissario acquirente che acquista il diritto al valore di scambio della cosa, e la sua costituzione è subordinata ad un preciso onere pubblicitario, così come la sua esistenza è collegata al perdurare degli effetti della pubblicità.

Ne consegue che, relativamente ad esso, non vige la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche, bensì quella del prior tempore potior in jure che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità, facendone conseguire che l'ipoteca trascritta prima della costituzione del privilegio debba su quest'ultimo prevalere.

Alcuni autori hanno rilevato l'assimilabilità di siffatto tipo di prelazione all'ipoteca legale, ponendo in evidenza che, nella materia trattata, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse previsto non un privilegio speciale, bensì un'ipoteca legale; tant'è che in altre esperienze normative (come quella francese: cfr. l'art. 2106 code civil) è previsto che i privilegi speciali sugli immobili sono opponibili agli altri creditori solo dopo che siano stati iscritti nella conservatoria delle ipoteche e secondo le modalità previste per quella forma di pubblicità.

Le caratteristiche del privilegio in esame assumono un rilievo determinante, distinguendolo tanto dagli altri privilegi speciali immobiliari, la cui nascita non è condizionata ad un adempimento pubblicitario avente efficacia costitutiva, quanto dagli altri privilegi iscrizionali, che hanno ad oggetto beni mobili; rispetto a questi ultimi, ovviamente, il problema del concorso con altre cause di prelazione aventi natura trascrizionale non si pone, ma per il caso in cui concorrano più privilegi la legge prevede espressamente che il conflitto vada risolto in base alla regola della priorità della trascrizione (art. 2762, ultimo comma, c.c.); per i primi, invece, pur valendo la regola secondo cui il privilegio prevale sulle ipoteche, la legge stabilisce, in riferimento a casi in cui la prelazione è accordata per un interesse non individuale, che essa non possa essere esercitata in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili (si tratta dei già menzionati artt. 2772, quarto comma, e 2774, secondo comma, c.c.). A maggior ragione deve, quindi, affermarsi che un privilegio accordato in funzione di un interesse individuale, la cui nascita è subordinata all'adempimento di una formalità pubblicitaria, sia destinato a cedere, nel concorso con cause di prelazione precedentemente iscritte.

In quest'ordine di idee è riduttivo ed avulso dalla visione sistematica dell'istituto fare una formalistica applicazione della regola di conflitto dettata nel secondo comma dell'art. 2748 c.c., per ammettere categoricamente che qualunque genere di privilegio speciale immobiliare (compreso quello previsto a favore del promissario acquirente) prevalga sull'ipoteca (qualunque ipoteca, non solo quella che assiste il credito del finanziatore), benché questa sia stata iscritta prima del nascere del privilegio.

A questo punto occorre fare alcune precisazioni in ordine ad una serie di ricostruzioni che sono state operate per pervenire al medesimo risultato al quale qui si perviene.

In primo luogo occorre chiarire che la regola di conflitto tra privilegio ed ipoteca precedentemente iscritta non può essere rinvenuta nell'art. 2645 bis, 2° comma, c.c., il quale stabilisce la prevalenza del contratto definitivo sulle trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Espressione, questa, del già menzionato effetto prenotativo della trascrizione del contratto preliminare ed attuazione della generalissima regola dell'art. 2644 c.c.

Neppure giova il richiamo alla specifica regola di conflitto tra cause di prelazione contenuta nel secondo comma dell'art. 2775 bis, il quale prevede due categorie di creditori ai quali il privilegio concesso in favore del promissario acquirente non è opponibile: a) quelli garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile; b) quelli garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 bis.

Quanto all'ipotesi sub a) non è il caso di dilungarsi, pur dovendosi segnalare che tutti i commentatori hanno rilevato l'oscurità di una disposizione che sembrerebbe ammettere che il promissario, per effetto del preliminare, possa iscrivere ipoteca a garanzia dei suoi debiti su un bene non ancora di sua proprietà, in deroga dunque all'art. 2822 c.c. Sta di fatto, comunque, che, nell'ipotesi delineata, il conflitto è risolto nel senso che l'ipoteca a favore del mutuante prevale sul privilegio a favore del promissario acquirente, a prescindere dalla circostanza che la garanzia reale sia stata iscritta prima o dopo la costituzione del privilegio.

Quanto alla ipotesi sub b) - quella che maggiormente interessa - occorre tener conto della disposizione dell'art. 2825 bis, richiamata dall'art. 2775 bis. Essa prevede (come s'è già visto in precedenza) che l'ipoteca iscritta sull'edificio (costruito o costruendo) a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio (ai sensi degli artt. 38 e segg. del D.Lgs. n. 385 del 1993) prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, limitatamente alla quota accollatasi dal promissario acquirente. In altri termini, benché iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, siffatta ipoteca prevale sul privilegio concesso a garanzia dei crediti vantati dal promissario acquirente nei confronti del promittente venditore. Risultando, così, risolto il problema del frazionamento del credito fondiario assistito da ipoteca che s'era posto nella precedente giurisprudenza ed attuato il favore del legislatore (del quale prima s'è detto) per i crediti incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa.

Ora, le disposizioni correlate costituiscono un ulteriore sottosistema nell'ambito del sottosistema della trascrizione del contratto preliminare. Nel senso che l'art. 2775 bis, 2° comma, non si occupa del problema di ordine generale del rapporto tra privilegio a favore del promissario ed ipoteca iscritta contro il promittente, ma solo del rapporto tra privilegio ed ipoteca inerenti all'operazione di credito fondiario, disponendo l'inopponibilità del privilegio a due specifiche categorie di creditori ipotecari.

Ne consegue che il richiamo a queste disposizioni non è utile a fondare la più generale regola di conflitto della quale s'è detto e che, soprattutto, le disposizioni stesse non possono essere indicate né come la deroga al principio del secondo comma dell'art. 2748 (da parte di chi ritiene che l'inopponibilità del privilegio alle ipoteche successive presuppone, a maggior ragione, l'inopponibilità a quelle precedenti), né come la conferma al principio stesso (da parte di chi ritiene che il legislatore abbia voluto limitare l'inopponibilità del privilegio alle sole ipoteche successive e non anche alle precedenti).

L'interpretazione sin qui offerta, nel ricondurre la normativa speciale nell'alveo del sistema, risolve anche una serie di discrasie segnalate da quella dottrina che ha contrastato l'opposta soluzione.

Affermare la prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare comporterebbe, infatti, un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il preliminare abbia o meno esecuzione: tali ipoteche, che in caso di stipulazione del contratto definitivo sono opponibili all'acquirente (in base al principio dell'antiorità stabilito dall'art. 2644 c.c.), in caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre diverrebbero a lui inopponibili, per effetto del privilegio nascente dalla stessa trascrizione del preliminare, con evidente sovvertimento della regola posta dall'ultima menzionata disposizione. Tenuto, altresì, conto di un'altra praticissima ma per nulla irrilevante considerazione: ossia, che il promissario, nel momento in cui stipula il preliminare ha contezza dell'esistenza dell'iscrizione ipotecaria sul bene che va ad acquistare; diversamente, il creditore (nel caso nostro il finanziatore) che abbia sin dall'inizio dell'operazione iscritto ipoteca a garanzia del suo credito sul medesimo immobile finirebbe (seguendo l'opposta tesi) con il vedere il suo credito posposto rispetto ad una serie indefinita ed indefinibile di crediti di promissari acquirenti (muniti di crediti privilegiati) susseguitisi nel commercio dello stesso bene.

Tant'è che non è infondato l'allarme lanciato da chi ha rilevato che l'asserita prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare potrebbe costituire fonte di gravi abusi e di accordi fraudolenti tra il promittente venditore e il promissario acquirente, volti a vanificare la possibilità di soddisfacimento dei crediti garantiti dalle predette ipoteche.

Il proprietario di un immobile gravato da ipoteca potrebbe, infatti, agevolmente sottrarre il bene alla garanzia del proprio creditore, simulando un preliminare di compravendita con un soggetto compiacente, dichiarando di aver ricevuto l'intero corrispettivo e poi risolvendo il contratto, in quanto in sede di esecuzione forzata il credito del promissario acquirente per la restituzione del prezzo versato sarebbe collocato con grado peggiore rispetto a quello ipotecario del creditore, che rimarrebbe pertanto insoddisfatto.

Infine, essendo il privilegio in questione collocato all'ultimo posto nell'ordine stabilito dall'art. 2780 (e quindi dopo quelli riconosciuti ai crediti dello Stato per concessioni di acque e tributi indiretti, i quali non possono essere esercitati in pregiudizio delle ipoteche precedentemente iscritte da terzi), l'accoglimento della diversa opinione determinerebbe un circolo vizioso, rendendo impossibile stabilire l'ordine delle cause di prelazione in caso di concorso dei privilegi di cui agli artt. 2772 e 2774 con quello di cui all'art. 2775 bis e con ipoteche anteriori.

V - LE CONCLUSIONI.

In conclusione, deve essere enunciato il seguente principio:

Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell'art. 2748 c.c. 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 (come nella specie) lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72 legge fall.), il conseguente credito del promissario acquirente (nella specie, per 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.

Siccome il dispositivo del provvedimento impugnato risulta conforme a diritto, correttane la motivazione nei sensi sopra enunciati (art. 384 c.p.c.), il ricorso deve essere respinto.

La particolare importanza della questione trattata consiglia l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.