

LA CASSAZIONE - SEZIONI UNITE: L'IPOTECA, ISCRITTA IN DATA ANTERIORE, PREVALE SUL PRIVILEGIO DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE*

LUCA RUGGERI

*Nota a commento della sentenza della
[Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 1 ottobre 2009, n. 21045](#)*

I Il caso.

In sede fallimentare, si rendeva necessario predisporre un piano di riparto parziale relativo alla somma risultante dalla vendita di un appartamento. Il credito vantato dal promissario acquirente, a fronte della caparra versata a fronte di un contratto preliminare trascritto, veniva anteposto rispetto al credito di una banca; quest'ultimo era garantito da ipoteca, iscritta sul bene in data anteriore a quella della trascrizione del preliminare.

La banca proponeva quindi opposizione al piano di riparto; tale opposizione veniva accolta dal Tribunale in considerazione della natura fondiaria del credito bancario.

Il promissario acquirente ricorreva quindi in Cassazione e la causa veniva rimessa, dalla Prima Sezione, alle Sezioni Unite, quale questione di particolare importanza.

In riferimento alla controversia in oggetto, le Sezioni Unite enunciavano quindi il seguente principio di diritto:

“il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645bis 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

* Il presente contributo è stato pubblicato sulla rivista Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, n. 3/2010.

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”.

II La questione.

- 1 La legge n. 30 del 1997.

La legge 28 febbraio 1997, n. 30, conversione del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 50 del 1° marzo 1997, all'art. 3 ha introdotto una serie di modifiche al Codice Civile ad all'art 72 della legge fallimentare, incentrate sulla trascrivibilità del contratto preliminare.

La *ratio* della novella legislativa va individuata nella volontà di incrementare la tutela dei promissari acquirenti degli immobili, spesso coinvolti nell'insolvenza delle imprese di costruzioni, con risultati economici particolarmente negativi nel caso in cui si fosse posto in essere un preliminare con effetti anticipati in forza del quale il promissario acquirente otteneva la detenzione del bene ed il promissario venditore parte del prezzo, il tutto prima della stipula del contratto definitivo (in materia si veda CASS. 27.03.2008, n. 7930).

Circa l'avvenuto conseguimento dell'obiettivo del legislatore è lecito nutrire dei dubbi, come si evince sia dal limitato numero di precedenti giurisprudenziali (vedasi *infra*, sez. III), sia dal successivo intervento normativo di cui al decreto legislativo n. 122 del 2005, che, pur con il medesimo fine della legge n. 30 del 1997, ha seguito la diversa via dell'assicurazione obbligatoria da parte del costruttore e della prelazione a favore del promissario acquirente.

In dettaglio la legge n. 30 del 1997 introduce l'art. 2645bis, che consente la trascrivibilità dei contratti preliminari relativi alla costituzione ed al trasferimento di diritti reali su immobili (i primi quattro punti dell'art. 2643); i preliminari possono essere trascritti anche se relativi ad immobili da

costruire o in costruzione oppure se sottoposti a condizione.

La rilevanza della novella si apprezza considerando che la dottrina reputava, pressoché pacificamente, che il contratto preliminare non potesse essere trascritto, stanti gli effetti obbligatori del medesimo ed il numero chiuso dettato dall'art. 2643.

Circa la nota vicenda della natura del contratto preliminare e del suo rapporto con il contratto definitivo, la novella, come rilevato sin dai primi commenti alla legge, non apporta contributi per risolvere la problematica, ampiamente dibattuta in dottrina.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 2645bis, la trascrizione del preliminare, introdotta dalla legge in oggetto, produce un effetto prenotativo, alla medesima stregua della domanda giudiziale. Ne consegue che la successiva trascrizione del contratto definitivo, di un atto che comunque costituisca esecuzione del preliminare oppure di una sentenza che dia esecuzione in forma specifica del preliminare stesso, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente alla trascrizione del preliminare.

Al fine di evitare un vincolo a tempo indeterminato sul bene, il terzo comma dello stesso art. 2645bis, limita gli effetti della trascrizione ad un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del definitivo e comunque a tre anni dalla data della trascrizione del preliminare.

La legge n. 30 del 1997 ha inoltre introdotto nel codice civile l'art. 2825bis che statuisce il prevalere dell'ipoteca sulla trascrizione del preliminare, anche se iscritta successivamente alla trascrizione, purché l'ipoteca stessa abbia per oggetto l'edificio o il complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, e sia posta a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio, ai sensi degli articoli 38 d. lgs. n. 385 del 1993 (Testo Unico Bancario); la prevalenza dell'ipoteca è limitata alla quota di debito derivante dal finanziamento che il promissario acquirente si sia accollato con il contratto preliminare o con altro atto successivo.

Nel codice civile, la struttura dell'intervento legislativo si completa con l'inserimento dell'art. 2775bis che attribuisce al promissario acquirente un privilegio speciale, sull'immobile oggetto del preliminare, relativamente ai crediti vantati dallo stesso per la mancata esecuzione del contratto preliminare; viene fatto salvo il caso in cui gli effetti della trascrizione 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 oppure dell'intervento nella esecuzione

promossa da terzi.

Il medesimo articolo indica due casi nei quali il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca: qualora il mutuo sia stato erogato al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile, previsione tacciata di oscurità e di remota applicabilità pratica dalla pressoché totalità dei commentatori; nonché nel caso in cui i creditori siano garantiti da ipoteca ai sensi del sopra citato articolo 2825bis.

- 2. Il conflitto tra ipoteca e privilegio a favore del promissario acquirente.

La legge n. 30 del 1997 ha suscitato grande attenzione tra gli studiosi della materia ed ha animato un vivace dibattito circa diversi aspetti della novella legislativa.

La sentenza che qui si commenta prende decisamente posizione in ordine ad uno dei nodi più controversi che peraltro riveste un indubbio rilievo pratico.

L'art. 2775bis, come sopra sinteticamente illustrato, attribuisce al promissario acquirente insoddisfatto un privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare. In forza dell'art. 2748, secondo comma, il privilegio sui beni immobili prevarrebbe sull'ipoteca, si noti bene aldilà del momento in cui l'ipoteca sia stata iscritta.

Questo aspetto è stato oggetto, sin dalle prime letture, di due diverse ed opposte letture.

Secondo parte della dottrina, ed in conformità all'unico precedente della Cassazione in materia (vedasi *infra*, sez. III), la lettura combinata dei due sopra citati articoli porta a reputare che il privilegio del promissario acquirente debba essere preferito rispetto all'ipoteca, anche nel caso in cui l'ipoteca sia stata iscritta in data anteriore rispetto alla trascrizione del preliminare.

Questa tesi privilegia le ragioni dei promissari acquirenti principalmente in forza di una interpretazione letterale dei due articoli che, ad avviso di chi concorda con tale ricostruzione, appaiono univoci nella conclusione della natura privilegiata del credito del promissario acquirente e quindi del suo prevalere del privilegio rispetto all'ipoteca, secondo la regola generale dettata dall'art. 2748.

L'interpretazione letterale dei due articoli costituisce il maggior punto di forza della posizione in oggetto ma si sono rappresentate altre

argomentazioni a sostegno.

E' stato infatti rilevata la presenza di due eccezioni, dettate dall'art. 2775bis, al principio della prevalenza della trascrizione, in dettaglio: l'ipoteca a tutela dei mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene, e l'ipoteca relativa alla quota del finanziamento edilizio, ai sensi dell'art. 38 T.U.B., accollata al promissario acquirente.

Si afferma quindi che se il legislatore ha espressamente indicato due eccezioni, conseguentemente in tutti gli altri casi il privilegio, secondo il principio generale di cui all'art. 2748, prevale sull'ipoteca.

Non è mancato chi ha giustificato la sopra esposta interpretazione richiamando la *ratio* della legge, esplicitamente rivolta alla tutela della posizione del promissario acquirente; considerazione valutata quale convincente argomento a favore della prevalenza del privilegio a favore del promissario acquirente.

Un ulteriore supporto a detta tesi viene ravvisato nella supposta volontà del legislatore di incentivare il sistema bancario a seguire attentamente le iniziative immobiliari, così da evitare di confidare sulla sola garanzia reale; il monitoraggio bancario sull'intervento edilizio assicurerebbe quindi una maggiore tutela per i promissari acquirenti.

Le motivazioni sinteticamente tratteggiate non sono state repute convincenti dalla dottrina ove risulta maggioritaria la tesi, diametralmente opposta, secondo la quale l'ipoteca iscritta in data anteriore prevale rispetto alla successiva trascrizione del preliminare secondo il principio generale che regge la pubblicità immobiliare (*prior tempore potior in jure*).

Un primo rilievo evidenzia quindi che risulta irrazionale tutelare in misura maggiore la situazione del promissario acquirente insoddisfatto rispetto a quella del promissario acquirente soddisfatto, come accadrebbe accettando l'opposta tesi; va infatti sottolineato come, rispetto al promissario acquirente soddisfatto, l'ipoteca risulti pienamente opponibile.

Appare quindi difficilmente giustificabile come l'inadempimento del preliminare, che può anche dipendere dalla volontà delle parti, possa modificare in misura così significativa la posizione del promissario acquirente; aspetto che ha portato un autorevole Autore a sollevare dubbi di incostituzionalità della norma per violazione del principio di eguaglianza (GABRIELLI, *infra*, sez. IV).

Un ulteriore risultato inaccettabile della tesi della prevalenza del privilegio sull'ipoteca anteriore è dato dall'impossibilità di stabilire l'ordine dei privilegi. L'art. 2780 inserisce infatti il privilegio del promissario acquirente al punto 5bis, dopo i crediti per la concessione delle acque, ai

sensi dell'art. 2774, e per i tributi, art. 2772. Questi ultimi due privilegi non sono però preferiti rispetto ai crediti ipotecari anteriori e quindi, accettando l'ipotesi del prevalere del privilegio del promissario acquirente, si creerebbe una situazione nella quale non vi è possibilità di determinare l'ordine dei privilegi.

E' stato inoltre sottolineato che l'opposta interpretazione consente facilmente di porre in essere accordi fraudolenti tra venditore ed acquirente, in danno del creditore ipotecario. La considerazione, eminentemente pratica ma certo non irrilevante, motiva le perplessità del ceto bancario che usualmente svolge il ruolo di creditore ipotecario, come peraltro si evince agevolmente dai precedenti giurisprudenziali in materia. E' infatti chiaro che il creditore ipotecario, qualora si accetti la tesi della prevalenza del privilegio, rischia di vedere lesa la propria garanzia reale a fronte di una trascrizione successiva e quindi, ovviamente, a lui ignota nel momento dell'iscrizione dell'ipoteca.

Il rilievo di maggior spessore, ad avviso di chi scrive, va però rintracciato nella natura del privilegio del promissario acquirente, aspetto centrale anche nella motivazione della sentenza che qui si commenta.

La prevalenza del privilegio sull'ipoteca sancita dall'art. 2748, quale che sia il momento nel quale questa ultima è stata iscritta, trova la propria giustificazione nell'importanza attribuita dal legislatore alla causa del credito; in questo senso infatti il privilegio costituisce l'evoluzione, nell'ambito del nostro ordinamento, delle ipoteche privilegiate. Nel caso del privilegio di cui all'art. 2775bis l'interesse tutelato è prettamente privato ed è lecito dubitare che esso giustifichi l'applicazione dell'art. 2748. Non è infatti mancato chi (TUCCI, *infra*, sez. III) ha evidenziato come "l'operatività del privilegio immobiliare, al di là dello specifico *nomen juris* adottato, finisce con l'assimilarsi moltissimo proprio a quello dell'ipoteca legale di cui all'art. 2817 c.c."

Va inoltre rilevato come il privilegio a favore del promissario acquirente necessiti della trascrizione, quale forma di pubblicità dalla quale dipende la sua stessa esistenza. E' quindi assai difficile conciliare la natura iscrizionale del privilegio con il mancato rispetto della regola *prior tempore potior in jure* che regge il sistema della pubblicità immobiliare.

- 3 La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite intervengono con una decisione, ampiamente e

pregevolmente motivata, nella specifica materia del conflitto tra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta in data anteriore.

La sentenza che qui si commenta assume consapevolmente una posizione diametralmente opposta a quella accolta dalla Prima Sezione della Cassazione (vedasi, *infra*, sez. III), nell'unico precedente in sede di legittimità circa detta materia.

Perno del ragionamento svolto dalle Sezioni Unite è il testo dell'art. 2748, secondo comma, il quale recita che il prevalere del privilegio sull'ipoteca si ha solo nel caso in cui “la legge non dispone diversamente”. La Suprema Corte opera una lettura sistemica dell'art. 2748 opinando che la deroga alla prevalenza del privilegio non deve risultare necessariamente da una norma ma “può e deve essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso”.

La conclusione raggiunta viene motivata principalmente sulla base di due elementi. In primo luogo la natura privatistica dell'interesse tutelato, quello specifico del promissario acquirente, che non giustifica l'applicazione del principio di cui all'art. 2748, il quale storicamente è volto a proteggere interessi pubblici, evidentemente assenti nella fattispecie di cui si tratta.

Il secondo elemento è costituito dal ruolo essenziale svolto dalla pubblicità immobiliare nell'istituto del privilegio a favore del promissario acquirente. La natura iscrizionale del privilegio impedisce di considerare irrilevante il principio *prior tempore potior in jure* che informa tutto il sistema di pubblicità immobiliare.

Il privilegio a favore del promissario acquirente è quindi pienamente un privilegio ma ciò non comporta necessariamente il prevalere sull'ipoteca così come l'applicazione delle norme sulla pubblicità immobiliare non esclude la qualifica di privilegio al tipo di prelazione in oggetto.

La Cassazione afferma quindi che “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”.

La sentenza assume una esplicita posizione in linea con la dottrina maggioritaria, alle cui tesi la motivazione della decisione fa chiara eco. L'opposta posizione, pur reputata sostenibile nell'ambito del microsistema tracciato dalla legge n. 30 del 1997, viene tacciata di costituire un approccio “riduttivo ed avulso dalla visione sistemica dell'istituto”.

La parte finale della motivazione evidenzia che le due espresse deroghe alla prevalenza del privilegio, indicate dall'art. 2775bis, costituiscono un sottosistema nell'ambito del sottosistema della trascrizione del preliminare; tali previsioni, secondo la Suprema Corte, non rivestono

alcun valore per la soluzione del conflitto tra privilegio ed ipoteca.

La Cassazione si preoccupa inoltre di sottolineare come la soluzione adottata consenta di risolvere una serie di discrasie, quali la disparità di trattamento tra promissario acquirente insoddisfatto e promissario acquirente soddisfatto, riduce la possibilità di accordi fraudolenti in danno del creditore ipotecario ed evita il crearsi di una situazione nella quale non è possibile determinare l'ordine dei privilegi.

Ad avviso di chi scrive, la sentenza delle Sezioni Unite è condivisibile in quanto consente di ricondurre ad unità il sistema della pubblicità immobiliare, lacerato da un intervento legislativo poco attento al coordinare una norma settoriale rispetto alla trama del codice civile. L'opposta soluzione inoltre appare eccessivamente penalizzante per il creditore ipotecario a fronte di interessi privati che, in quanto tali, non sembrano giustificare pienamente una così significativa variazione del regime delle garanzie.

III I precedenti.

Il numero di precedenti nella specifica materia del conflitto tra ipoteca anteriore e privilegio del promissario acquirente risulta essere limitato. In dettaglio si ricordano TRIB. REGGIO EMILIA, 18.11.2002 in *Fallimento*, 2003, 1321 con nota di A. TANZARIELLO, *Prevalenza del privilegio speciale del promissario acquirente sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare. Problematiche e questioni interpretative* e TRIB. LUCCA, 23.11.2002 in *Arch. civ.*, 2003, 416 ma, soprattutto, la prima pronuncia edita, TRIB. GENOVA, 25.01.1991.

Quest'ultima risolse il conflitto tra privilegio ed ipoteca anteriore a favore del primo ed è stata oggetto di diversi commenti, caratterizzati da accenti critici; in particolare in *Banca, borsa e tit. credito*, 2001, II, 476 con note di G. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*; L. PATRONI GRIFFI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*; G. PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare inesequito e ipoteche: tot capita tot sententiae ?*; in *Giur. comm.*, 2001, II, 656 con nota di S. RELLINI, *Privilegio speciale immobiliare e l'ipoteca iscritta prima del contratto preliminare inesequito*.

La sentenza CASS., 14.11.2003, n. 17197, conclude la vicenda

genovese, con l'unico precedente della Suprema Corte specificatamente rivolto alla tematica in oggetto, confermando quanto deciso dal Tribunale. L'accoglienza incontra dalla decisione è stata assai critica, anche a causa della scarse motivazioni, si veda G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 793 che si duole dell'assenza di riscontri al dibattito sviluppatosi nella dottrina; in *Giur. it.*, 2005, 286 con nota di G. SICCHIERO, *Prevalenza del privilegio ex art. 2725 bis c. c. sulle ipoteche anteriormente trascritte ?*; E. C. ZACCARIA, *Il conflitto fra il creditore privilegiato ex art. 2775 bis codice civile ed il creditore ipotecario*, in *Contratti*, 2004, 547; C. VOCATURO, in *Riv. notar.*, 2004, 537, *La trascrizione del preliminare: una mina in danno dei creditori ipotecari precedenti*; E. O. VILLANI, *Privilegio del promissario acquirente e creditori ipotecari*, in *Dir. fall.*, 2004, 20.

L'ordinanza di rinvio da parte della Prima Sezione della Suprema Corte, CASS., 20.10.2008, n. 25442, che ha portato alla sentenza che qui si commenta: in *Corr. giur.*, 2009, 173 con nota di F. AGNINO, *Le Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sul conflitto tra privilegio del promissario acquirente ed ipoteche sull'immobile*.

Circa la configurazione giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati, quale nota a commento di CASS. 27.03.2008, n. 7930, in *questa rivista*, 2008, I, 1046 con nota di G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, ma anche le osservazioni di S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *questa rivista*, 2008, II, 284.

IV Dottrina.

Una prima analisi della legge n. 30 del 1997 si ha in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 3, S. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, ove anche M. MALTONE, *Trascrizione del preliminare e fallimento* e L. PELLEGRINI, *La pubblicità del contratto preliminare nel sistema tavolare*.

Il conflitto tra privilegio a favore del promissario acquirente ed ipoteca anteriore ha diviso la dottrina sin dall'apparire della novella legislativa.

La maggioranza della dottrina si è schierata a favore del prevalere dell'ipoteca; in particolare si segnalano: G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 163; L. GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, 229;

C. CACCAVALE - F. TASSINARI, *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, 106; A. LUMINOSO in Luminoso - Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi*, CEDAM, Padova, 1998; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, sub art. 2645bis*, tomo I, in *Il codice civile commentato*, a cura di Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1998; L. NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, 1382.

A sostegno dell'opposta tesi della prevalenza della trascrizione ricordiamo: G. BOZZA - E. CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, 317; G. CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 389. In particolare DELLE MONACHE, *op. cit.*, reputa che la legge non introduca alcuna eccezione al principio fissato dall'art. 2748, secondo comma, e quindi afferma la prevalenza del preliminare trascritto rispetto all'ipoteca anteriore. L'Autore peraltro, in attesa di un intervento del legislatore, auspica che il "diritto vivente" recepisca l'opposto indirizzo, come peraltro accaduto nella sentenza che qui si commenta, anche se tale indirizzo "non appare sostenuto da un apparato argomentativo scevro da forzature".