

## ROBERTO NANNELLI

Avvocato del Foro di Firenze

### **Brevi note sulla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n.21045 del 1.10.2009 Il concorso tra il privilegio ex art. 2775 bis cc e le iscrizioni ipotecarie precedenti sul bene oggetto del preliminare di compravendita trascritto ex art. 2645 bis cc**

SOMMARIO: 1. La controversia di merito oggetto della sentenza – 2. La questione di diritto sottostante la controversia e oggetto della sentenza – 3. La posizione della dottrina – 4. La sentenza della Cassazione Sez. I, 14.11.2003 n. 17197 – 5. Le motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite – 6. Riflessioni conclusive.

1. – La controversia che ha dato origine alla decisione delle Sezioni Unite può essere così brevemente riassunta.

Una banca concede un mutuo fondiario per finanziare un intervento edilizio ex art. 38 del Dlgs. 1.9.1993 n. 385 a favore di un'impresa di costruzioni. A garanzia del rimborso delle rate del mutuo suddetto viene iscritta un'ipoteca volontaria sul bene immobile oggetto dell'intervento edilizio.

Dopo l'iscrizione dell'ipoteca, la società proprietaria stipula un preliminare che viene registrato e trascritto ex art. 2645 bis cc con un soggetto che promette di acquistare l'appartamento oggetto della costruzione. Contestualmente alla stipula del contratto preliminare, il promissario l'acquisto verso al promittente la vendita una somma a titolo di caparra confirmatoria.

Successivamente, la società promittente la vendita viene dichiarata fallita dal Tribunale di Forlì e il curatore fallimentare opta, ex art.72 Legge Fallimentare, per lo scioglimento del contratto preliminare di compravendita. Al passivo del fallimento si insinuano sia la banca come creditrice privilegiata per l'ipoteca volontaria sia il promissario l'acquisto ex art. 2775 bis cc come creditore privilegiato per i crediti derivanti dalla mancata esecuzione del contratto preliminare.

A seguito della vendita del bene immobile, il curatore del fallimento forma un piano di riparto parziale con cui il credito del promissario l'acquisto viene collocato in grado anteriore a quello della banca creditrice ipotecaria nonostante che il preliminare fosse stato trascritto successivamente alla iscrizione dell'ipoteca volontaria. Ciò perché l'art. 2748/2 cc prevede che i creditori privilegiati immobiliari siano preferiti ai creditori ipotecari a meno che la legge non disponga diversamente e perché la norma contraria non la si ricava né dall'art. 2775 bis cc né dall'art. 2825 bis cc.

Il Giudice Delegato del Tribunale di Forlì, associandosi evidentemente a una giurisprudenza di merito consolidata<sup>1</sup>, dichiara esecutivo lo stato passivo suddetto e avverso questo provvedimento la banca propone opposizione e il Tribunale la accoglie

1 In questo senso da segnalare Tribunale di Reggio Emilia, 18.11.2002 in *Fallimento 2003, 1321*; Tribunale di Genova, 25.1.2001 in *Notariato, 2001, 583*; Tribunale di Genova, 18.1.2001 in *Fallimento 2001, 1354*.

con proprio decreto.

La motivazione del decreto di accoglimento dell'opposizione sulla base dei seguenti motivi:

- il privilegio previsto dall'art. 2775 bis cc non si sottrae alla regola di cui all'art. 2748/2 cc secondo cui i crediti muniti di privilegio immobiliare speciale prevalgono su quelli ipotecari se la legge non dispone diversamente;
- una disposizione contraria esplicita ad avviso del Tribunale ci sarebbe nel combinato disposto delle norme 2775 bis cc e 2825 bis cc poiché queste norme dovrebbero essere interpretate nel senso della prevalenza delle ipoteche iscritte a garanzia di mutui fondiari erogati ex art. 38 e segg. del Dlgs. 1.9.1993 n. 385 rispetto al privilegio immobiliare del credito del promissario l'acquisto;
- pertanto nella fattispecie è inapplicabile il principio di diritto risultante dalla sentenza della Cassazione Sez. I, 14.11.2003 n. 17197 essendo questa relativa a diversa iscrizione ipotecaria.

Avverso quest'ultimo il promissario l'acquisto propone ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione della legge in particolare degli artt. 2645 bis cc, 2775 bis cc, 2748/2 cc, 2825 bis cc sostenendo che, anche sulla base dello spirito della legge, si debba optare per la soluzione contraria e cioè per la prevalenza del privilegio immobiliare speciale del credito del promissario l'acquisto per le somme pagate al promittente la vendita su un contratto preliminare che non abbia avuto esecuzione.

Su questo si attesta la pronuncia in commento.

2. – La questione di diritto sottostante la controversia sopra individuata può essere, per comodità espositiva, così riassunta: considerato che l'art. 2748/2 cc prevede che i crediti assistiti da privilegi speciali immobiliari siano di regola preferiti ai crediti nascenti da ipoteca, a meno che la legge non disponga diversamente, il privilegio speciale immobiliare accordato dall'art. 2775 bis cc al credito del promissario acquirente per le somme da costui pagate al promittente la vendita in forza di un contratto di compravendita che sia stato trascritto ex art. 2645 bis cc, contratto poi non eseguito, prevale o meno sulla ipoteca iscritta prima della trascrizione del preliminare sul medesimo immobile? In altre parole il nostro ordinamento dispone o meno diversamente per il privilegio ex art. 2775 bis cc, rispetto alla regola generale prevista dall'art. 2748/2 cc?

La questione non è di poco conto poiché finisce per riguardare aspetti rilevanti della vita sociale ed economica dei cittadini. Infatti essa attiene alla circolazione di beni immobili, alla concessione di garanzie reali a fronte di finanziamenti e quindi all'attività stessa di erogazione del denaro da parte del ceto bancario, alle regole di riparto del ricavato nelle procedure concorsuali, ecc...

Dalla soluzione di questa questione, passano quindi interessi economici consistenti e la previsione di comportamento da parte di molti operatori del settore.

Da notare come, al momento dell'entrata in vigore delle norme sopra richiamate a proposito del contratto preliminare di compravendita, l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia si era affrettato a segnalare la prevalenza del privilegio sulle ipoteche anche se iscritte in precedenza, come risulta dalla lettura della nota 21.4.1997

Aprot. 291421/35-2<sup>2</sup>. In sostanza detto Ufficio aveva sposato la tesi secondo la quale il privilegio ex art. 2775 bis cc, non essendo prevista alcuna deroga da nessuna disposizione, doveva prevalere sulle ipoteche iscritte secondo la regola generale dell'art. 2748/2 cc, sopra richiamata.

3.- La dottrina si era divisa sulla soluzione da dare a questa questione.

Da una parte dobbiamo registrare un'autorevole dottrina secondo cui, in armonia con quanto sostenuto dall'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, la norma andava letta nella prevalenza del privilegio suddetto sulle ipoteche iscritte in data anteriore alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita<sup>3</sup> stante anche la mancanza di una deroga esplicita nella normativa come richiede l'art. 2748/2 cc<sup>4</sup>.

A questa dottrina si contrappose un'altra, maggioritaria, la quale criticò questa impostazione con vari argomenti. In alcuni casi si sostenne che, in questo modo, si sarebbe dato adito a manovre fraudolente in grado di svuotare, con effetti ex post, la garanzia del creditore ipotecario<sup>5</sup>. In altri si disse che l'art. 3 della Costituzione non avrebbe tollerato la disparità di trattamento che si sarebbe venuta a creare tra i promissari l'acquisto che avessero perfezionato l'acquisto (e per i quali le ipoteche iscritte in precedenza avrebbero continuato ad operare) e coloro che invece si fossero sciolti dal preliminare<sup>6</sup>. In altri ancora si sostenne che, poiché il contratto preliminare legava l'esistenza del privilegio alla sua trascrizione, per questo non avrebbe operato la regola di cui all'art. 2748/2 cc ma quella generale della priorità delle trascrizioni degli atti<sup>7</sup> e da questo argomento si ritenne che la deroga formale si sarebbe reperita nell'art.

---

2 Gaetano Presti - Leonardo Patroni Griffi, in *Banca Borsa e Tit. Credito*, 2001, 4. Gli autori, nel commentare la posizione del Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, affermano come detto ufficio segua "il seguente ragionamento: a) l'art. 2775- bis c.c. attribuisce ai crediti del promissario acquirente, conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645- bis c.c. privilegio speciale sul bene immobile oggetto dello stesso preliminare; b) l'art. 2748, comma 2°, c.c. prevede - in ipotesi di conflitto - che i creditori che hanno privilegio su beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente; e c) poiché nel caso di specie non si rinviene alcuna espressa deroga legislativa, il privilegio dei promissari acquirenti prevale sulle ipoteche sia posteriori sia anteriori alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita, fatte salve le eccezioni di cui al secondo comma dello stesso art. 2775- bis cc".

3 Tra questi da segnalare Giorgio De Nova, in *Privilegio del promissario acquirente ed ipoteche sull'immobile, Relazione al Convegno La garanzia ipotecaria "a rischio" - Il contratto preliminare di vendita: il nuovo privilegio speciale concesso al promissario acquirente*, Milano, 14 maggio 1997.

4 Marco Cian in "Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 389".

5 Giuseppe Tucci in *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1997, pp. 179-180; Gabrielli in *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 553.

6 Giuseppe Tucci, *op. cit.*

7 Bechini in *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 272; Ricci in *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 316.

2825 bis cc laddove il legislatore si sarebbe preoccupato espressamente di sancire la prevalenza dell'ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare<sup>8</sup>

Un ulteriore argomento a favore di questa tesi fu tratto dalla circostanza che il privilegio del promissario acquirente era collocato all'ultimo posto nella gerarchia prevista dall'art. 2780 cc e che, prima di questo, esistevano altri privilegi che non prevalevano sulle ipoteche iscritte anteriormente (ved. art. 2772/4 cc e 2774/2 cc); in questo modo sarebbe stato impossibile ripartire una qualunque somma ricavata in caso di concorso dei suddetti privilegi e garanzie reali<sup>9</sup>.

4.- In questo dibattito dottrinale, sorto perlopiù a seguito delle prime decisioni di merito sul punto, si è inserita la sentenza della Cassazione, Sez. I, 14.11.2003 n. 17197 che ha segnato un importante arresto giurisprudenziale sul punto.

La decisione del Supremo Collegio ha sposato in pieno la tesi minoritaria della dottrina e cioè quella della prevalenza del privilegio speciale ex art. 2775 bis cc sulle ipoteche iscritte anteriormente.

La decisione non ha sembrato considerare il dibattito dottrinale formatosi all'indomani dell'entrata in vigore della legge istitutiva di detto privilegio speciale e delle prime decisioni dei giudici di merito e lo si capisce considerando il fatto che i giudici di Piazza Cavour si sono limitati ad affrontare gli argomenti utilizzati dal ricorrente che aveva impugnato la decisione di merito a lui sfavorevole.

Dopo aver premesso che il problema stava tutto nella disposizione di cui all'art. 2748/2 cc la Corte si è preoccupata di verificare se nell'ordinamento possa esistere una norma tale da escludere il privilegio speciale del promissario acquirente<sup>10</sup>.

Nella sua indagine, ha affermato che l'argomento più importante era la natura "trascrizionale" del privilegio ma ha aggiunto che neppure questo poteva significare previsione di una diversa volontà normativa ex art. 2748/2 cc che non distinguesse tra privilegio che abbia necessità di una trascrizione (come è quello previsto dall'art. 2775 bis cc) e privilegio che per assistere un credito non abbia bisogno di questa formalità<sup>11</sup>.

---

8 Gazzoni in *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 30 ss.; Abate in *Profili di incostituzionalità del privilegio del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 1156.

9 Caccavale e Tassinari in *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, p. 405

10 Si legge nella sentenza: "*Il problema che ne consegue, dunque, è quello di verificare se in assenza di una esplicita indicazione normativa in senso contrario, che è invece espressamente formulata per le altre ipotesi delineate nel codice civile (2772, 2774 c.c.) e in leggi speciali (art. 63 l. 27.12.53, n. 968), tale differente statuizione possa desumersi in via interpretativa dai principi enucleabili dalla disciplina complessivamente dettata dal legislatore al riguardo, fermo restando che, versandosi in tema di diritto speciale, non è consentita l'applicazione analogica (art. 14 disp. prel.) e le disposizioni di legge ritenute astrattamente rilevanti devono quindi essere individuate in dati normativi di estrema chiarezza ed inequivocabilità*".

11 Si legge ancora nella sentenza: "*La conclusione tratta dal ricorrente dalla premessa, correttamente enunciata, non può essere condivisa. L'art. 2852 c.c. infatti, come detto, stabilisce il criterio di prevalenza nel caso di concorso di creditori ipotecari, mentre l'art. 2748, comma 2, c.c. lo determina, fissando una priorità per il creditore privilegiato, nel caso di concorso di quest'ultimo con un*

In sostanza la Cassazione ha affermato chiaramente che nel caso di specie non si ravvisava alcuna deroga di cui all'art. 2748/2 cc. Emblematica è stata la seguente enunciazione che si ritrova nella sentenza: "*Alla luce di quanto detto pare pertanto che la disposizione in questione sia in sintonia con la disciplina vigente e non possa essere fondatamente interpretata come espressione della richiamata eccezione all'art. 2748 cc*".

La dottrina successiva a questa sentenza l'ha decisamente criticata. In particolare ha sostenuto che la sentenza non aveva chiarito le osservazioni fatte da molti autori prima della sua emanazione e alcuni di loro hanno sottolineato la pericolosità di questo precedente che avrebbe avuto l'effetto probabile di far irrigidire la posizione delle banche nella concessione dei prestiti<sup>12</sup>. Come abbiamo detto all'inizio di questo lavoro, l'impatto sull'economia reale di questa decisione e dell'interpretazione che da questa è stata data delle norme sopra richiamate è estremamente rilevante.

5.- E' questo il punto a cui erano pervenute dottrina e giurisprudenza in cui si inserisce la sentenza delle Sezioni Unite in commento.

Questa volta la Corte Suprema dimostra di conoscere molto bene il dibattito dottrinale e si vi si inserisce a pieno titolo attingendo la motivazione dagli argomenti critici alla interpretazione fino a quel momento sostenuta e, come vedremo più avanti, aggiungendovi proprie considerazioni per rafforzare la scelta operata.

Ma andiamo con ordine e cominciamo dalla parte della sentenza con cui la Corte ha impostato il proprio ragionamento.

Le Sezioni Unite, esaminando la motivazione del giudice a quo, affermano che, prima di tutto, è necessario procedere ai seguenti approfondimenti:

- a) Il privilegio ex art. 2775 bis cc non si ricollega alla causa del credito ma presuppone la trascrizione del preliminare, trascrizione che quindi ha verso terzi efficacia costitutiva secondo le regole classiche della pubblicità immobiliare.
- b) L'art. 2780 cc, che indica l'ordine dei privilegi sugli immobili, colloca il privilegio del credito del promissario l'acquisto ex art. 2775 bis cc dopo quelli per la concessione delle

---

*creditore ipotecario. Tale norma non distingue tuttavia l'ipotesi del privilegio iscrizionale da quello in cui invece non lo sia, sicché non è possibile desumere per il primo l'invocato principio secondo il quale nella detta fattispecie il conflitto con il creditore ipotecario dovrebbe essere risolto a favore di colui che sia assistito da garanzia di grado poziore. Ciò poi starebbe sostanzialmente a significare una totale assimilazione dei privilegi iscrizionali alle ipoteche, soluzione che svuoterebbe evidentemente di contenuto l'art. 2748, ponendosi con ciò in contrasto con il pur chiaro dettato normativo".*

12 Casare Vocaturo in "*La trascrizione del preliminare: una mina in danno dei creditori precedenti*" Riv. Notariato 2004, 2. Nell'articolo si legge: "*In conclusione si può affermare che, seppure la sentenza in commento non è riuscita sicuramente a demolire tutte le costruzioni della dottrina, di certo costituisce un precedente importante e pericoloso. Infatti, una probabile conseguenza della sentenza in oggetto sarà un irrigidimento della posizione delle banche nei confronti dei clienti per evitare il rischio derivante da contratti preliminari stipulati successivamente ai finanziamenti accordati con garanzia ipotecaria. Verranno previste certamente clausole limitatrici del potere del mutuatario di stipulare preliminari trascritti e ci sarà un maggiore controllo sull'adempimento di tali clausole*".

acque (n. 3 - art. 2774 cc) e dopo quelli che assistono i tributi indiretti (n. 4 - art. 2772 cc). Questi due privilegi però non prevalgono sui diritti di terzi che li abbiano acquistati sugli immobili (es. creditore ipotecario) e quindi, se si riconoscesse al credito del promissario acquirente un privilegio prevalente sulle ipoteche iscritte in precedenza, ciò renderebbe impossibile stabilire l'ordine di collocazione dei crediti previsto dall'art. 2780 cc.

c) Il sistema sarebbe irrazionale perché, in caso di conclusione del definitivo (ipotesi fisiologica e quindi normale e maggioritaria) l'ipoteca iscritta contro il venditore prima della trascrizione del preliminare prevarrebbe sull'acquisto della proprietà da parte del compratore.

d) L'art. 2825 bis cc prevede che l'ipoteca concessa al venditore per realizzare il bene oggetto del preliminare, anche se iscritta dopo la trascrizione del preliminare, in caso di accollo delle rate pro-quota di mutuo da parte del promissario l'acquisto, prevalga sulla trascrizione del preliminare stesso e quindi, a maggior ragione, dovrebbe prevalere l'ipoteca iscritta in precedenza.

Secondo la Corte Suprema, in sostanza, la soluzione della questione oggetto del processo passa inevitabilmente dal tipo di scelta che si intende ricercare per affrontare le suddette questioni e, in questo senso, i giudici di Piazza Cavour dichiarano subito di non aderire all'indirizzo precedente costituito dalla sentenza del 2003 e che ci siano tutte le premesse giuridiche per risolvere diversamente la questione trattata.

La Cassazione questa volta non vuole tralasciare alcun argomento e dopo aver richiamato le principali posizioni della dottrina (che così dimostra di ben conoscere) passa in rassegna i motivi che la portano a decidere nel senso sopra indicato. Questo motivi possono essere così riassunti:

1) L'art. 2748/2 cc nella parte in cui afferma che il privilegio sui beni immobili prevale sulle ipoteche iscritte sugli stessi a meno che la legge non disponga diversamente, si riferisce ad una deroga non necessariamente espressa in un precetto legislativo ma può essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso per avere così una visione armonica sistematica evitando interpretazioni settoriali che finiscano con il far contrastare alcuni settori con altri. Questa interpretazione è ancora più necessaria se si tratta di norme non di origine codicistica ma innestate successivamente, come quelle sulla trascrizione del preliminare di compravendita di beni immobili.

2) Occorre poi considerare che il privilegio che assiste il credito del promissario acquirente che si sia sciolto dal preliminare non nasce di per sé ma ha necessità della trascrizione del contratto ex art. 2645 bis cc e quindi rientra nella categoria dei privilegi per la cui costituzione, come prevede l'art. 2745 cc, sia necessaria una particolare forma di pubblicità. Inoltre questo privilegio assiste il credito a meno che gli effetti della trascrizione non siano venuti meno in determinati momenti.

3) Questo privilegio non è posto a tutela di interessi pubblici ma a tutela di quello meramente privato del promittente l'acquisto. I privilegi speciali sono il retaggio delle ipoteche privilegiate.

4) Secondo una parte della dottrina la regola secondo la quale ex art. 2748 cc i privilegi sono anteposti alle ipoteche è basata sul fatto che detti privilegi assistono crediti che incidono sul processo di produzione e di valorizzazione del bene. Il privilegio di cui si discute non ha questa finalità.

5) Questo privilegio è subordinato alla trascrizione del preliminare e al perdurare dei

suoi effetti della pubblicità; quindi detto privilegio non prevale sulla ipoteca iscritta precedentemente. La legge peraltro prevede per altri privilegi (es. 2772 e 2774 cc), portatori di interessi individuali, che questi siano collocati dopo le ipoteche iscritte in precedenza.

6) La conferma di questo ragionamento la troviamo nell'art. 2645 bis cc il quale prevede la prevalenza del contratto definitivo sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite contro l'alienante dopo la trascrizione del preliminare: ciò rafforza, secondo la Corte, la regola di cui all'art. 2644 cc.

7) Inoltre non giova richiamare l'art. 2775 bis cc il quale prevede espressamente due categorie di creditori a cui il privilegio a favore del promissario acquirente non sia opponibile: a) quelli garantiti da ipoteca erogata relativi a mutuo erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene; b) quelli garantiti dall'ipoteca ex art. 2825 bis cc. Perché:

- Nel primo caso è inutile dilungarsi perché la legge prevede che detta ipoteca prevalga sul privilegio a prescindere dal fatto che questa sia stata iscritta prima o dopo la trascrizione del preliminare e quindi la nascita del privilegio.

- Nel secondo caso invece si tratta dell'accollo da parte del promissario acquirente della quota di ipoteca, iscritta contro il promittente la vendita, gravante sull'intero immobile, concessa a garanzia del finanziamento della realizzazione dell'intervento edilizio e imputabile alla parte oggetto del preliminare poiché in questo caso si è data la prevalenza ai crediti per la produzione e la valorizzazione del bene.

- Queste disposizioni non è utile richiamarle perché sono attinenti non al problema di cui si parla ma a quello del concorso tra privilegio e garanzie di crediti per la valorizzazione del bene.

- Queste norme quindi non non indicano né una deroga né una conferma al generale principio di cui all'art. 2748 cc.

8) Con questa interpretazione si risolvono inoltre alcune discrasie:

- l'ipoteca iscritta su un immobile oggetto del preliminare, in caso di stipula del definitivo, prevale ma in caso di risoluzione del primo non prevarrebbe costituendo questa differenza un'ingiustificata disparità di trattamento;

- chi trascrive il preliminare sa che prima è iscritta un'ipoteca; chi invece iscrive un'ipoteca non saprebbe se il suo credito possa essere postergato a uno nascente dalla trascrizione successiva di un preliminare;

- ciò potrebbe generare abusi di vario genere da parte di debitori ipotecari disonesti;

- essendo il privilegio del promissario acquirente collocato all'ultimo posto nella gerarchia dei privilegi di cui all'art. 2780 cc, ciò determinerebbe un'incertezza su detta gerarchia perché questo privilegio prevarrebbe su altri (artt. 2772 e 2774 cc) che invece sono successivi ad un'eventuale ipoteca iscritta.

Da qui è agevole per la Corte arrivare al seguente principio di diritto: "Il privilegio ex art. 2775 bis cc che assiste i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ex art. 2645 bis cc, siccome subordinato a una particolare forma di pubblicità, resta sottratto alla regola generale di cui all'art. 2748 cc e soggiace alle normali regole di pubblicità degli atti, con prevalenza delle ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare".

6.– Nel bilanciamento degli interessi contrapposti e rappresentati, da un lato da quelli del ceto bancario che, di regola, ricorre alle garanzie ipotecarie a fronte della concessione di prestiti, e dall'altro da quelli dei consumatori che, in una prassi sempre più diffusa, ricorrono alla stipula del contratto preliminare prima di quello definitivo, le Sezioni Unite hanno optato per i primi. E' evidente che, con questa decisione, le reticenze e le ritrosie delle banche alla erogazione dei prestiti saranno superate.

Ma quale tutela può avere chi si accinge a stipulare un contratto preliminare di compravendita? Questa, stando almeno alle parole individuate dalla Cassazione, è essenzialmente di natura preventiva. Infatti il promissario l'acquisto dovrà avere l'accortezza, prima di stipulare il preliminare di compravendita, di verificare se sul bene immobile, oggetto del suo contratto, non siano state iscritte ipoteche e, alla luce di quanto emergerà, valutare, in base al prezzo di mercato del bene, se sia o meno per lui conveniente concludere l'affare<sup>13</sup>.

E' sufficiente questa accortezza per il consumatore? Sul punto si possono registrare i seguenti spunti di riflessione.

1) Spesso il contratto preliminare ha per oggetto porzioni di fabbricati in corso di costruzione, come prevede espressamente il primo comma dell'art. 2645 bis cc. In altre parole il contratto ha per oggetto un bene futuro che nascerà dalla costruzione di un fabbricato su un terreno con vocazione edificatoria. In questi casi, frequentemente, il terreno risulta gravato da uno o più iscrizioni ipotecarie servite per finanziare i lavori di costruzione del fabbricato. Le iscrizioni, di regola, superano il valore delle singole unità oggetto del contratto preliminare e quindi, in caso di visura preventiva, il consumatore non avrà scelta: o non concludere l'affare o farlo sapendo però che sul bene gravano uno o più ipoteche di importi tali da assorbire il valore del bene oggetto del contratto.

2) E' vero che il bene oggetto del preliminare (immobile in costruzione) rientra nelle previsioni del Dlgs. 20.6.2005 n. 122 e che quindi le somme pagate dal promissario acquirente debbono essere assistite da garanzia fideiussoria come prevede l'art. 2 della norma suddetta, ma è anche vero che la violazione di questa previsione è sanzionata con la nullità del contratto che però può essere fatta valere unicamente dall'acquirente e quindi, in questo modo, nella pratica è largamente disattesa. Comunque il mancato rilascio della fideiussione è di fatto imposto dalla stragrande maggioranza dei promittenti la vendita.

3) Il promissario acquirente, di fronte al mancato rilascio della fideiussione, nel caso in cui stipuli in definitivo, non avrà alcun interesse a far dichiarare nullo il suo preliminare; nel caso invece, per qualsiasi motivo, non concluda il rogito definitivo, a quel punto potrà sì invocare la nullità del preliminare e potrà richiedere il rimborso di quanto nel frattempo pagato al promittente la vendita ma, privo della fideiussione e magari con un'ipoteca che lo precede, avrà scarse possibilità di recupero del suo credito.

4) Eppure, in questo caso, si è avuto l'effetto incrementativo del valore del bene oggetto del privilegio (anche con le somme riscosse il costruttore promittente la vendita ha

---

13 Si legge a pagina 36 della sentenza: "*(Va 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.*"

realizzato in tutto o in parte il fabbricato) che, secondo la Corte Suprema, è la caratteristica saliente che giustifica la prevalenza dei privilegi speciali immobiliari sulle ipoteche iscritte anteriormente. In sostanza, nel caso sopra delineato, che può essere molto diffuso nella pratica, si disattendono di fatto le finalità proprie dei privilegi speciali come individuate dalla Cassazione.

5) L'aver creato una categoria particolare di nullità, chiamata dalla dottrina nullità relativa o nullità sui generis<sup>14</sup>, ha fatto dire ad alcuni autorevoli commentatori che questo strumento è sostanzialmente inutile a parte i casi in cui l'acquirente decida di far valere detta nullità quando sia ancora in tempo a recuperare le somme pagate e cioè quando il patrimonio del promittente la vendita sia ancora consistente<sup>15</sup>, cosa questa però che non si verifica allorché il fabbricato in costruzione sia stato precedentemente ipotecato da un soggetto terzo per importi tali da assorbire l'intero valore del bene, alla luce del ricavato da un'eventuale procedura esecutiva o concorsuale.

6) In sostanza si ritorna al punto di partenza: il credito da restituzioni del promissario acquirente finisce per scontrarsi inevitabilmente con quello di chi ha iscritto ipoteca in precedenza: la Corte Suprema ha optato per la prevalenza di quest'ultimo. Al promissario acquirente è stato indubbiamente tolto, con questa sentenza, un importante strumento di tutela. Un rimedio possibile potrebbe essere quello di modificare l'art. 2 del D.lgs. 20.6.2005 n. 122 rendendo rilevabile la nullità secondo la regola generale di cui all'art. 1421 cc e cioè da chiunque abbia un interesse e anche d'ufficio dal giudice. In questo senso i costruttori - promittenti la vendita sarebbero certamente incentivati a rilasciare comunque la fideiussione che garantirebbe un effettivo rimborso a favore dei promissari acquirenti delle somme da costoro pagate in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare.

---

14 Gianfranco Palermo in *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, Giust. Civ. 2008, 6, 319.

15 Cosimo M. D'Arrigo in *La tutela contrattuale degli acquirenti degli immobili da costruire*, Riv. Notariato 2006, 4, 911 dove si legge: "È possibile presagire, però, l'inutilità di tale rimedio. Infatti, alla declaratoria di nullità del contratto seguirebbe semplicemente il diritto dell'acquirente al rimborso delle somme fino a quel momento versate. Questi, pertanto, verrebbe a trovarsi in una posizione pressoché identica a quella che la legge tende invece a scongiurare, cioè quando, verificatasi la situazione di «crisi», il costruttore non è più in grado di ultimare l'immobile ed il credito dell'acquirente si risolve nel diritto alla ripetizione degli acconti già corrisposti. In entrambi i casi, l'effettiva realizzazione del credito, a causa della mancanza della garanzia fideiussoria, è rimessa alla solvibilità dell'imprenditore. Conseguenza che il D. Lgs. n. 122 del 2005 offre all'acquirente una tutela efficiente a condizione che questi deduca la nullità del contratto in un tempo in cui il patrimonio del costruttore è ancora capiente; se invece, come appare verosimile, l'acquirente riterrà di avvalersi del rimedio posto a suo favore solo quando sono già manifestati i primi segni della crisi dell'imprenditore ed è incombente il definitivo fallimento dell'operazione edilizia, è probabile che alla dichiarazione di nullità del contratto non possa fare materialmente seguito alcun utile effetto restitutorio".