



## **DISEGNO DI LEGGE**

**d'iniziativa del senatore SARO**

**COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 16 MAGGIO 2008**

Modifiche al codice civile in materia di conflitto fra privilegio del promissario acquirente e ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare e in tema di termini di efficacia della trascrizione del contratto preliminare

ONOREVOLI SENATORI. - La Corte di Cassazione, Prima sezione, con sentenza 14 novembre 2003, n. 17197, decideva, secondo la massima ufficiale, che: «Il privilegio speciale previsto dall'articolo 2775-bis codice civile per il credito del promissario acquirente sul bene immobile oggetto del contratto preliminare prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare».

Con la sentenza che si segnala la Suprema Corte ha deciso, alla fine del 2003, una questione insorta nel 1997, a seguito della novella che consente, a tutela dei promissari acquirenti, la pubblicità dei contratti preliminari immobiliari (decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30). La possibilità che la questione si proponesse, insieme con la grande rilevanza pratica di essa, era stata subito messa in evidenza dai commentatori della novella, la grande maggioranza dei quali aveva dato risposta contraria a quella ora adottata dalla Suprema Corte.

Bisogna ricordare che la nuova disciplina non si è limitata a prevedere la prevalenza del diritto personale all'acquisto derivante da contratto preliminare reso pubblico sui diritti reali acquisiti in forza di atti la cui pubblicità sia posteriore a quella del contratto preliminare stesso, alla sola condizione che vengano tempestivamente resi pubblici, a loro volta, il contratto definitivo o la sentenza che ne tiene luogo o la domanda diretta ad ottenere tale sentenza (articolo 2645-bis, commi 2 e 3, del codice civile). La stessa disciplina ha anche attribuito al promissario acquirente, sempre a condizione che sia stato reso pubblico il contratto preliminare, un privilegio speciale sull'immobile formante oggetto del suo diritto all'acquisto,

a garanzia dei crediti conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare stesso (articolo 2775-bis del codice civile).

La questione subito avvertita dai commentatori e ora decisa dalla Suprema Corte ha per oggetto l'identificazione del criterio di risoluzione del conflitto tra il privilegio così attribuito al promissario acquirente e l'ipoteca eventualmente iscritta in data anteriore a quella della pubblicità del contratto preliminare. Può ritenersi, per un verso, che la prevalenza sia data dalla priorità della formalità pubblicitaria, poiché non soltanto la costituzione dell'ipoteca, ma anche, in questo caso, del privilegio detto iscrizionale, dipendono dall'esecuzione della formalità stessa: è questa l'opinione prospettata dalla maggior parte dei commentatori. Può ritenersi, di contro, che il privilegio, anche iscrizionale, prevalga sempre sull'ipoteca, come dispone la norma dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile; è questa la soluzione adottata dalla Suprema Corte, dichiaratamente ispirandosi all'idea secondo cui *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

L'importanza pratica della questione discende dalla frequenza con cui il conflitto si manifesta: l'iniziativa edilizia è generalmente finanziata, in parte e in un primo tempo, dal credito fondiario, garantito da ipoteca sull'area di sedime e sull'edificio che in virtù della costruzione verrà ad insisterci (articoli 38 e seguenti del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385); per la parte residua e in un secondo tempo, dagli acconti sul prezzo di acquisto, versati dai promissari acquirenti, assistiti dal privilegio. Non si può fare a meno di notare, sul piano sostanziale, che i promissari sanno, o almeno possono e devono sapere, di avere conseguito con il contratto preliminare

il diritto all'acquisto di un immobile già ipotecato; l'erogatore del credito fondiario, per contro, non sa né può sapere se e in quale misura verrà a gravare sul medesimo immobile anche il privilegio del quale si tratta. Donde la preoccupazione che, facendo prevalere senz'altro il privilegio, come ora è stato deciso, si eriga un grave ostacolo all'erogazione del credito fondiario e, quindi, al dispiegarsi dell'iniziativa edilizia.

Questa preoccupazione, pertinente alla politica del diritto, non è tuttavia determinante per la scelta che l'interprete è chiamato a compiere. Più importa all'interprete di rilevare che la stessa norma dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile, sulla quale si fonda la scelta di fare prevalere senz'altro il privilegio, prudentemente si chiude con una clausola di salvezza: il privilegio prevale «se la legge non dispone diversamente». Dell'esistenza di tale clausola è ovviamente consapevole la sentenza che si commenta; la quale precisa, anzi, che la ricerca di un'eventuale deroga non deve limitarsi all'individuazione di disposizioni espresse, ma deve estendersi «ai principi enucleabili dalla disciplina complessivamente dettata» nella materia. Quest'apertura di certo non sorprende, poiché è coerente con la rivendicazione di spazi di apprezzamento discrezionale operata dalla giurisprudenza, anche nell'ambito degli ordinamenti codificati, di fronte a clausole di salvezza come quella contenuta nell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile: basta ricordare, a titolo di esempio particolarmente significativo, l'atteggiamento tenuto di fronte alla norma dell'articolo 1418 del codice civile, che proclama la nullità del contratto contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente; spesso è stata ritenuta sufficiente la previsione espressa di una sanzione diversa dalla nullità, per ritenere quest'ultima implicitamente derogata.

All'apertura, tuttavia, la motivazione della sentenza in esame fa immediatamente seguire l'apposizione di un limite: essa avverte

che la ricerca della deroga non può spingersi sino all'applicazione analogica delle disposizioni particolari che, facendo eccezione alla regola dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile, postergano taluni privilegi immobiliari alle ipoteche acquisite anteriormente. Il riferimento è alle disposizioni che postergano ai diritti acquisiti da terzi anteriormente al sorgere di crediti erariali per tributi indiretti (articolo 2772, quarto comma, del codice civile) o per canoni e rimborso di favori in materia di concessione di acque pubbliche (articolo 2774, secondo comma, del codice civile) il privilegio speciale sugli immobili che assiste i crediti stessi. L'esclusione dell'applicazione analogica di tali disposizioni al privilegio del promissario acquirente viene fondata sul divieto di cui all'articolo 14 delle preleggi: non possono applicarsi oltre i casi considerati le disposizioni «che fanno eccezione a regole generali».

Le deroghe specifiche dettate con riguardo ad alcuni privilegi diversi da quello del promissario acquirente meritano considerazione, piuttosto, sotto un profilo diverso da quello dell'applicazione analogica: come argomento, precisamente, che conferma il buon fondamento di un'interpretazione restrittiva della norma dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile, la quale deve peraltro, essere diversamente ed autonomamente giustificata. Di tale argomento si occupa anche la sentenza in esame, menzionando il rilievo secondo cui il privilegio che assiste taluni crediti erariali, pur postergati alle ipoteche da disposizioni particolari come quelle degli articoli 2772, quarto comma, e 2774, secondo comma, del codice civile, prevale tuttavia, in caso di concorso, su quello del promissario acquirente, al quale le stesse ipoteche sarebbero invece sacrificate; che il privilegio del promissario sia postergato rispetto a quelli che prevalgono sulle ipoteche anteriori risulta dalla graduatoria contenuta nella norma dell'articolo 2780 del codice civile. La Suprema Corte riconosce l'incoerenza risultante dal rilievo appena

riferito; ma osserva, non a torto, che un'incoerenza costituisce soltanto un inconveniente, la cui constatazione non può giustificare, di per sé, un'interpretazione antiletterale.

L'interpretazione restrittiva che esclude un privilegio iscrizionale, come è quello del promissario acquirente, dalla sfera di applicazione della regola di cui all'articolo 2748, secondo comma, del codice civile si fonda su una pluralità di elementi sufficientemente indicativi, come per ogni interpretazione antiletterale è necessario, dell'intenzione del legislatore (articolo 12 delle preleggi).

Sul piano storico, intanto, conviene rilevare che quella regola è stata introdotta, nel testo originario del codice del 1942, quando ancora nessun privilegio iscrizionale su beni immobili era previsto dall'ordinamento: l'unico privilegio iscrizionale aveva allora per oggetto, a norma dell'articolo 2762 del codice civile, una particolare categoria di beni mobili, quali sono i macchinari, non capaci di ipoteca; onde nessun conflitto poteva insorgere fra tale privilegio e l'ipoteca stessa; leggi speciali successive, in particolare quelle relative al credito industriale agevolato, introdussero bensì nuovi privilegi speciali immobiliari, subordinati alla pubblicità dell'atto costitutivo, ma ebbero sempre cura di precisare che tali privilegi, pur preferiti ad ogni altro titolo di prelazione, da qualsiasi causa derivante, erano postergati alle ipoteche iscritte anteriormente (articolo 7, secondo comma, del decreto legislativo luogotenenziale 1° novembre 1944, n. 367, come riformulato dall'articolo 3 del decreto legislativo del Capo Provvisorio dello Stato 1° ottobre 1947, n. 1075).

È vero che altrettanta cura non hanno avuto i compilatori della novella in materia di contratto preliminare; ma la circostanza che il legislatore storico non abbia mai inteso far prevalere un privilegio iscrizionale sulle ipoteche anteriormente iscritte induce a ra-

gionevolmente ricondurre l'omissione a mera dimenticanza.

A questa dimenticanza deve ora provvedere il legislatore con l'espresso inserimento nel secondo comma dell'articolo 2775-*bis* del codice civile delle parole: «da ipoteca iscritta anteriormente alla data di trascrizione del contratto preliminare o» dopo la parola: «garantiti» e prima delle parole: «da ipoteca relativa».

La soluzione normativa indicata riceve ulteriore conferma di corrispondenza alla *mens legis* dall'esigenza, sul piano sistematico, di rispettare la coerenza dell'ordinamento. A tutela della stabilità delle banche - e quindi, in fine dei conti, del risparmio della cerchia vastissima di persone che alle banche forniscono i mezzi per l'erogazione del credito, quali depositanti e sottoscrittori di loro obbligazioni ed azioni - l'ordinamento prescrive, invero, che il credito fondiario possa erogarsi, in linea di massima, solo a fronte di ipoteca di primo grado e per somma non eccedente l'80 per cento del valore venale dell'immobile ipotecato; prescrizioni che sarebbero prive di senso, apprestandovi lo stesso ordinamento una sin troppo facile via di elusione, se sulla causa di prelazione che assiste il credito fondiario altra potesse prevalere, a garanzia di finanziamenti e in genere diritti che vengono ad aggiungersi in tempo successivo.

L'intervento urgentissimo sulla disciplina del rapporto tra credito del promissario acquirente e credito garantito da ipoteca anteriormente iscritta può essere l'occasione per intervenire su un altro punto oscuro della normativa in materia, costituito dal comma 3 dell'articolo 2645-*bis* del codice civile nel punto ove prevede che «gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo [...]».

La norma è interpretabile sia nel senso che comunque vi sia un termine minimo di tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare per la trascrizione del contratto definitivo sia nel senso completamente opposto che questo termine sia il termine massimo di efficacia della trascrizione del contratto preliminare, con la conseguenza di un indebolimento relevantissimo della posizione del promissario acquirente.

La norma per garantire univocamente la posizione del promissario acquirente dovrebbe essere modificata con una ulteriore precisazione che consentirebbe, in linea con gli attuali sviluppi normativi a protezione del consumatore e in genere della parte contrattuale debole, di adeguatamente tutelare gli interessi del soggetto creditore in forza di contratto preliminare di fronte sia al promittente alienante che ai creditori di questo.

**DISEGNO DI LEGGE**  

---

## Art. 1.

1. Il secondo comma dell'articolo 2775-*bis* del codice civile è sostituito dal seguente:

«Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca iscritta anteriormente alla data di trascrizione del contratto preliminare o da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825-*bis*».

## Art. 2.

1. Il comma 3 dell'articolo 2645-*bis* del codice civile è sostituito dal seguente:

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



