

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXVI  
N. 6 NOVEMBRE-DICEMBRE 2010

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

diretti da Francesco Galgano

- **Nuovi diritti della personalità**  
La reputazione digitale; i programmi per elaboratore del notaio
- **Contratto**  
Il collegamento contrattuale; l'asimmetria contrattuale; contratti di finanziamento; contratti di fornitura; fornitura di energia elettrica
- **Contratti atipici**  
*Beverage*
- **Credito al consumo**
- **Fatti illeciti**  
Le funzioni della responsabilità civile
- **Privilegi immobiliari**  
Conflitto con l'ipoteca
- **Pubblicità immobiliare**  
Trascrizione della domanda giudiziale; trascrizione del preliminare
- **Società**  
Controllo giudiziario nella s.r.l.; opposizione dei creditori alla fusione tra società

CEDAM

## DUE VOCI SUL CONFLITTO TRA PRIVILEGIO SPECIALE ED IPOTECA

### Conflitto tra cause legittime di prelazione

#### 1. - Concorso dei creditori e cause legittime di prelazione

Il patrimonio del debitore costituisce per il creditore la garanzia del suo credito (1). Se il debitore ha più creditori, il suo patrimonio rappresenta la garanzia patrimoniale di una pluralità di crediti. Nei rapporti fra più creditori di un medesimo debitore, la regola generale è quella della parità di trattamento dei creditori (cd. *par condicio creditorum*) (2), i quali hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore (art. 2741, comma 1°, prima parte, c.c.). Ne deriva che, se più creditori promuovono la vendita forzata dei beni del comune debitore, ciascuno si soddisferà sul ricavato della vendita in proporzione con l'ammontare dei propri crediti (3).

Alla suddetta regola generale fa eccezione sia l'art. 2467 c.c. (4), in tema di postergazione del credito dei soci rispetto alla soddisfazione degli altri

(1) Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2010, seconda ed., p. 340; MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *L'attuazione dei diritti*, *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2010, p. 166; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 19, Torino, 1985, p. 374; DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 101 ss.; NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945, p. 6 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 173; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 23 ss.

(2) Cfr. M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 359 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 87 ss.

(3) Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, cit., p. 366; CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, p. 1 ss.

(4) Cfr. TULLIO, *La postergazione*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, Padova, 2009, p. 34 ss. In giurisprudenza si segnala Trib. Pistoia, 21 settembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 799, con nota di PANZANI, in *Le Società*, 2009, 1515, con nota di POSTIGLIONE, la quale ha statuito che "la postergazione del credito restitutorio prevista dall'art. 2467 c.c., finalizzata ad evitare che i soci riversino il rischio d'impresa sui creditori, esprime una regola valida in ogni caso in cui il prestito anomalo sia effettuato dal socio c.d. imprenditore, il quale non operi come mero investitore ma sia in grado di influenzare la decisione di finanziamento, ed è, quindi, applicabile indipendentemente dal tipo sociale in concreto adottato, compresa la società per azioni"; Trib. Milano, 24 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2500, con nota di CAGNASSO, la quale ha statuito che "la postergazione del credito dei soci di srl alla restituzione dei finanziamenti opera in ipotesi di liquidazione volontaria o concorsuale".

creditori sociali <sup>(5)</sup>, sia la previsione delle cause legittime di prelazione (art. 2741, comma 1°, seconda parte, c.c.), le quali consistono nel diritto di preferenza che è riconosciuto dalla legge a determinati crediti <sup>(6)</sup>.

Sono cause legittime di prelazione i privilegi (art. 2745 e ss., c.c.), il pegno (art. 2784 e ss., c.c.) e le ipoteche (art. 2808 e ss., c.c.).

I privilegi <sup>(7)</sup>, così come il pegno e l'ipoteca <sup>(8)</sup>, attribuiscono al creditore il diritto di soddisfarsi sul ricavato della vendita forzata del bene oggetto della garanzia reale con preferenza rispetto agli altri creditori. I crediti privilegiati concorrono tra loro in proporzione del rispettivo importo (art. 2782, comma 1°, c.c.). La stessa regola si osserva quando concorrono tra loro più crediti privilegiati ai quali le leggi speciali attribuiscono genericamente una prelazione su ogni altro creditore (art. 2782, comma 2°, c.c.) <sup>(9)</sup>.

I privilegi sono diritti di preferenza accordati dalla legge a determinati crediti in considerazione della causa del credito, ossia della specifica natura del rapporto dal quale derivano <sup>(10)</sup>. La fonte del privilegio è soltanto la legge e

<sup>(5)</sup> Cfr. Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fallimento*, 2009, 795, con nota di PANZANI, la quale ha statuito che "nella procedura di concordato preventivo, nel caso di formazione di un'autonoma classe di creditori postergati ai sensi dell'art. 2467, in quanto portatori di interessi economici disomogenei rispetto agli altri creditori chirografari, non è possibile derogare al principio della postergazione ed inserire tali creditori nelle altre classi con il consenso della maggioranza dei creditori delle classi interessate, perché in tal modo è pregiudicata la posizione dei creditori dissenzienti di minoranza all'interno della classe di appartenenza; il principio sotteso all'art. 2467 c.c., infatti, non è derogabile non solo in sede fallimentare, ma – per la significativa valenza che attribuisce il legislatore alla norma – anche in sede di concordato preventivo, salvo che, in virtù del principio dell'autonomia negoziale posto alla base dei singoli rapporti obbligatori, tutti i creditori indistintamente vi consentano espressamente".

<sup>(6)</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, cit., p. 366.

<sup>(7)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 19, Torino, 1985, p. 491; CICCARELLO, voce *Privilegio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 723 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 19, Torino, 1985, p. 631; ID., *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 20, Torino, 1985, p. 6; E. GABRIELLI, *Pegno*, in *Dig. discipl. priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 329; GORLA-ZANELLI, *Del pegno*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 5; CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato dir. civ. diretto da Sacco*, Torino, 2005, MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *L'attuazione dei diritti, Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2010, p. 236 ss. e p. 257.

<sup>(9)</sup> Al riguardo si v. Part. 2777 c.c.

<sup>(10)</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, p. 63; PRATIS, *Dei privilegi*, in *Commentario del codice civile*, libro VI, t. 2°, Torino, 1976, p. 85 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 19, Torino, 1985, p. 457; CICCARELLO, voce *Privilegio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 726 ss.; RAVAZZONI, *Privilegi*, in *Dig. discipl. priv.*, XIV, Torino, 1996, 373; MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *L'attuazione dei diritti, Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2010, p. 223 ss.

pertanto i privati non possono, con atto di autonomia contrattuale, creare altri privilegi oltre a quelli tassativamente indicati dalla legge, né possono modificare o ampliare quelli previsti dall'ordinamento<sup>(11)</sup>. Questo principio non è contraddetto dalla seconda parte dell'art. 2745 c.c.<sup>(12)</sup>, il quale prevede che la costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti, ovvero a particolari forme di pubblicità (si parla, in questo caso, di privilegio iscrizionale)<sup>(13)</sup>, atteso che in un simile caso l'accordo delle parti agisce non come causa determinante del privilegio, ma come condizione della sua nascita<sup>(14)</sup>. Ne deriva che gli effetti dei privilegi, di cui all'art. 2745 c.c., una volta sorti, sono disciplinati dalle regole generali di cui agli artt. 2747 e 2748 c.c., salvo che la legge non disponga diversamente, come nel caso particolare dei privilegi iscritti sugli autoveicoli, che sono considerati ipoteche dall'art. 2810, comma 3°, c.c., ai quali si applica, in caso di conflitto tra privilegi, la regola di priorità delle trascrizioni (art. 2762, comma 5°, c.c.), e in caso di conflitto tra privilegi e ipoteche, la regola di cui all'art. 2779 c.c., che fa prevalere alcuni privilegi sull'ipoteca automobilistica, anche se anteriore.

Le norme di legge che istituiscono o disciplinano i privilegi, in quanto norme eccezionali<sup>(15)</sup>, sono tassative e di stretta interpretazione ai sensi dell'art. 14 delle preleggi<sup>(16)</sup>. Le norme in questione, pertanto, non consentono l'interpretazione analogica<sup>(17)</sup>, bensì quella estensiva<sup>(18)</sup>.

(11) Cfr. GAETANO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, 1949, p. 53 ss.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1958, p. 154; CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 726; G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, Torino, 1980, p. 6. In giurisprudenza si v. Cass., 10 marzo 1980, n. 1584; Cass., 24 giugno 1959, n. 1986; Cass., 30 maggio 1960, n. 1398.

(12) Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 726.

(13) È il caso del privilegio del venditore di macchine o della banca autorizzata all'esercizio del prestito con garanzia sul macchinario (art. 2762 c.c.), ovvero, secondo alcuni, il caso del privilegio speciale immobiliare previsto dall'art. 2775 bis c.c.

(14) Cfr. Cass., 24 giugno 1959, n. 1986.

(15) Cfr. MIGLIETTA PRANDI, *i privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, I, Torino, 1995, p. 17. In giurisprudenza si v. Cass., sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1186, in *Fallimento*, 2006, 519, con nota di FEDERICO.

(16) Cfr. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 154, il quale parla di numero chiuso; CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 726, parla di numero determinato e di tipicità.

(17) Cfr. PRATIS, *Dei privilegi*, in *Commentario del codice civile*, libro VI, t. 2°, Torino, 1976, p. 120; CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 726. In giurisprudenza si v. Cass., 27 febbraio 1990, n. 1510, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1435, la quale ha statuito che le norme che prevedono privilegi, derogando al principio generale della *par condicio creditorum*, hanno carattere eccezionale e, come tali, non sono suscettibili di interpretazione analogica.

(18) Cfr. G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 7; Cass., 1 marzo 1967, n.

I privilegi si distinguono in generali e speciali (art. 2746 c.c.)<sup>(19)</sup>. Mentre i privilegi sui mobili possono essere generali e speciali, quelli sugli immobili sono soltanto speciali, salva l'ipotesi sussidiaria prevista dall'art. 2776 c.c.<sup>(20)</sup>, per i crediti relativi al trattamento di fine rapporto e all'indennità per mancato preavviso nel caso di recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il privilegio, sia esso generale o speciale, è un accessorio del credito, con la conseguenza che, in caso di estinzione del diritto del creditore, anche il privilegio si estingue<sup>(21)</sup>.

Un particolare privilegio speciale, che si basa su una specifica connessione fra il credito e la cosa immobile, è riconosciuto dall'art. 2775 bis c.c. a favore del promissario acquirente sull'immobile oggetto del contratto preliminare trascritto<sup>(22)</sup>, a tutela dei crediti che gli derivano dalla mancata esecuzione

446; Cass., 11 maggio 1968, n. 1148. In senso contrario Cass., 14 aprile 1992, n. 4549, in *Fallimento*, 1992, p. 791, la quale ha statuito che "la disciplina testuale dell'art. 2751 bis, n. 2, c.c. fa riferimento esclusivo ai crediti per retribuzione del professionista o del prestatore d'opera intellettuale individuale, senza che possa operare alcuna interpretazione analogica od estensiva di tale normativa ad ipotesi di esercizio di attività oggettivamente identiche a quelle delle professioni intellettuali protette (revisione e certificazione di bilanci) svolte da enti in cui la remunerazione del capitale e la retribuzione del lavoro si confondono e senza che l'aspetto retributivo emerga nella sua unicità e determinatezza".

<sup>(19)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 489.

<sup>(20)</sup> Cfr. MACARIO, *I privilegi in generale*, in *L'attuazione dei diritti*, *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, cit., p. 226.

<sup>(21)</sup> Cfr. Cass., 24 febbraio 1983, n. 1432.

<sup>(22)</sup> Sulla necessità della trascrizione ai fini del sorgere del privilegio si v. FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in *questa rivista*, 1998, p. 421 ss.; G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 794, nota 2 e p. 798; G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 174 e 179; SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, III, Milano, 2006, p. 548 e p. 553; ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 362; PETRAGLIA, *Rapporti fra credito fondiario e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 228; ZACCARIA-TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008, p. 158. In senso contrario si v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 1, in *Il Codice civile Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645 bis, Milano, 1998, p. 726, il quale mette in evidenza che la trascrizione del preliminare svolge una funzione dichiarativa e non già costitutiva e che pertanto non è coelemento essenziale della fattispecie costitutiva del privilegio. L'A. precisa quindi che la trascrizione in questione non è una di quelle particolari forme di pubblicità di cui parla l'art. 2745 c.c., cosicché non si è in presenza di un privilegio cd. iscrizionale, che presuppone una pubblicità costitutiva del privilegio stesso. Secondo Trib. Padova, 18 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2005, p. 626 e Trib. Parma, 13 luglio 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 1130, non sarebbe sufficiente la trascrizione della domanda di esecuzione del contratto in forma specifica ex

de  
altart.  
n. 2  
cita  
nei  
con  
rio i  
segr  
Giu.  
qua  
dell'  
sent  
ri e i  
quir421 ;  
civ.,  
man  
minc  
preli  
p. 16  
Ricc  
E. G.  
in Fa  
Privil  
scrizi  
2645  
nare,  
mino  
gole a  
Corr.,  
te del  
L'ipot  
La tra  
fra il  
2004,  
degli c  
La tra  
ti tra p  
1997, i  
2008, f  
cu-Me  
Il privi.  
323 me

del preliminare <sup>(23)</sup>. Tale privilegio speciale immobiliare, nei rapporti con gli altri privilegi speciali, è ordinato al n. 5 *bis* dell'art. 2780 c.c., vale a dire all'ul-

art. 2932 c.c. ai fini del sorgere del privilegio. Al riguardo Cass., Cass., sez. I, 19 novembre 2009, n. 24414, in *Fall.*, 2010, p. 14, ha statuito che la riproduzione di una scrittura privata in un atto di citazione avente data certa in ragione dell'avvenuta notificazione non costituisce fatto idoneo, nei confronti dei terzi, a stabilire l'antiorità della formazione del documento rappresentato con il grado di certezza richiesto dall'art. 2704 c.c. Si è pertanto considerato di natura chirografario il credito alla restituzione delle somme versate all'atto del preliminare non trascritto. Giova segnalare Cass., sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Foro it.*, 2004, I, 3038, con nota di FABIANI, in *Giur. it.*, 2005, p. 1191, con nota di BORTOLOTTI, in *Contratti*, 2005, p. 121, con nota di TAMPANO, la quale ha statuito che "quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72, l. fall."

<sup>(23)</sup> Cfr. FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in questa rivista, 1998, p. 421 ss.; G. CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 389; 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss.; ID., *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 163; BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 280 ss. e p. 739 ss.; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *Trattato Rescigno dei contratti*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 291; ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 363; SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 222; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 229; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. I, in *Il Codice civile Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645 bis, Milano, 1998, p. 723; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 552; LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Luminoso-Palermo*, Padova, 1997, p. 81; DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 512; MARICONDA, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 129; CAPRIOLI, *Il conflitto tra creditore ipotecario ed il promissario acquirente deluso tra la Cassazione e il legislatore*, in *Fallimenti*, 2004, p. 1327; CACCAVALE-TASSINARI, *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, p. 405; NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, p. 1382; E.C. ZACCARIA, *Il conflitto fra il creditore privilegiato ex art. 2775 bis codice civile ed il creditore ipotecario*, in *Contratti*, 2004, p. 550; SICCHIERO, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari*, in *AA.VV., La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, 2005, p. 23; S. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 40; APICE, *I rapporti tra privilegio speciale immobiliare e ipoteca alla luce delle disposizioni di cui alla legge n. 30 del 1997*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 1167; A. ZACCARIA-TROLANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino 2008, p. 153 ss.; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 483 ss.; BOZZA-CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 317, i quali a pag. 323 mettono in evidenza che l'espressione "mancata esecuzione" ricomprende qualunque

timo posto della graduatoria. Pertanto, in caso di concorso, sarà postergato rispetto agli altri privilegi speciali di grado superiore, ed in particolare, nell'ordine, 1) ai crediti per imposte sui redditi immobiliari (art. 2771 c.c.); 2) ai crediti per i contributi per opere di bonifica e di miglioramento (art. 2775 c.c.); 3) ai crediti dello Stato per la concessione di acqua (art. 2774 c.c.); 4) ai crediti per i tributi indiretti (art. 2772 c.c.); 5) ai crediti per l'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili (art. 28 d.p.r. n. 643/1972) (24).

In dottrina si è messa in rilievo la profonda diversità di natura tra i privilegi generali e i privilegi speciali (25). Solo i secondi, che di regola prevalgono sui primi (26), possono essere descritti in termini di diritti soggettivi sostanziali (cfr. Relazione al Re, n. 64) e precisamente di diritti reali di garanzia (27).

ipotesi di mancata attuazione del contratto, anche a prescindere da un vero e proprio inadempimento, e quindi comprende tutti quei fatti che impediscono la realizzazione della causa contrattuale, quindi, oltre l'inadempimento, la sopravvenuta impossibilità e l'eccessiva onerosità, la sproporzione tra le prestazioni dipesa dallo stato di pericolo o di bisogno. Al riguardo si segnala l'interpretazione di PATRONI GRIFFI, *Concorso fra privilegio ed ipoteca - Note a margine dell'art. 2775 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 339, il quale distingue a seconda che i crediti del promissario acquirente conseguano alla mancata esecuzione di un contratto preliminare avente ad oggetto immobili già realizzati ovvero da costruire. Solo in quest'ultimo caso si giustificerebbe la prevalenza del privilegio sulle ipoteche anteriori; se l'immobile è già esistente, allora il privilegio non potrebbe prevalere sulle ipoteche anteriori, venendosi altrimenti a verificare una disparità di trattamento tra creditori non giustificata dalla causa del credito. In senso contrario si v. PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare ineseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 479, il quale ha osservato che la disciplina riguarda sia gli immobili costruiti sia gli immobili da costruire e che in ogni caso l'ipoteca sul terreno si estende automaticamente alle costruzioni successive ex art. 2811 c.c.

(24) Per stabilire l'ordine di ripartizione delle somme si potrebbe applicare per analogia, anche nel conflitto tra privilegio speciale immobiliare del promissario acquirente, altri privilegi e ipoteche, l'art. 2781 c.c.

(25) Cfr. F. FERRARA sen., *Concetto e tipi dei diritti reali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1954, p. 432; GAETANO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, 1949, p. 56 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 1959, p. 363, il quale insiste sulla diversa natura dei due tipi di privilegi proprio in base al diverso momento della loro operatività; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 490 e p. 494, il quale precisa che l'oggetto del privilegio speciale, a differenza di ciò che accade in caso di privilegio generale, deve essere determinato in maniera specifica sin dal momento in cui esso sorge: cfr. Cass., 25 luglio 1975, n. 2901, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Privilegio*, n. 7.

(26) Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 490.

(27) Cfr. F. FERRARA sen., *Concetto e tipi dei diritti reali*, cit., p. 432; GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 50 ss.; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, artt. 2910-2969, Bologna-Roma, 1964, p. 96 ss., il quale mette in rilievo che anche se l'art. 602 c.p.c. si riferisce in maniera specifica solo al pegno ed all'ipoteca, l'espropriazione forzata contro il terzo è generalmente ammessa anche per i privilegi speciali, i quali vengono dall'A.

c.c.  
l'ip  
es  
le  
nit  
del  
idc

li c  
ces  
der  
gitt  
nir  
son  
ai ri

li si  
ven  
stril  
prov  
sing  
spec

fatti r  
494 e  
ottob  
1970,  
vilegi,

(  
ca, Bc  
(?  
1850;  
l'esecu  
però s

(31  
ca, cit.  
4566, i  
(32

Foro it.  
civ., se  
1999, p

Nei privilegi speciali, per espressa disposizione dell'art. 2911, comma 2°, c.c., il titolare della prelazione, come accade per il titolare del pegno o dell'ipoteca, non può pignorare altri beni del suo debitore, se non sottopone ad esecuzione anche i beni gravati dalla causa specifica di prelazione della quale è titolare (28). Il creditore privilegiato, pertanto, come già il creditore munito di pegno o di ipoteca, ex artt. 496 e 558 c.p.c., potrà pignorare altri beni del debitore solo se e solo quando i beni oggetto del privilegio non saranno idonei a soddisfare le sue pretese (29).

L'art. 2916 c.c. prevede l'inopponibilità al creditore pignorante, e a quelli che intervengono nell'espropriazione, di tutte le cause di prelazione successive al pignoramento (30). In relazione alle cause di prelazione antecedenti al pignoramento, va ricordato che gli altri creditori muniti di cause legittime di prelazione, ai sensi dell'art. 499 c.p.c., sono legittimati ad intervenire nella procedura esecutiva al fine di partecipare alla distribuzione della somma ricavata secondo il grado e l'ordine previsto dalla legge in relazione ai rispettivi titoli di prelazione.

La profonda diversità di natura tra i privilegi generali e i privilegi speciali si manifesta anche in sede di distribuzione della somma ricavata dalla vendita forzata (31). Infatti, mentre per i privilegi generali il progetto di distribuzione ex art. 510, comma 2°, c.p.c., farà riferimento a tutte le somme di provenienza mobiliare, per i privilegi speciali la graduatoria dovrà riferirsi ai singoli beni oggetto del privilegio e saranno perciò necessari piani di riparto speciali con masse attive separate anche per i singoli beni (32).

---

fatti rientrare tra i cd. diritti reali di garanzia. In senso conforme si v. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 494 e p. 502; CICCARELLO, voce *Privilegio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 728; Cass., 10 ottobre 1967, n. 2387, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1947; Cass., 18 settembre 1970, n. 1553, in *Foro it.*, 1970, I, p. 2361 e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1970, p. 890 ss. In senso critico si v. PRATIS, *Dei privilegi*, in *Commentario del codice civile*, libro VI, t. 2°, Torino, 1976, p. 127.

(28) Cfr. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 384 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, p. 223.

(29) Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 494; Cass., 11 febbraio 1966, n. 426, in *Foro it.*, 1966, I, 1850; Cass., 9 novembre 1973, n. 2957, in *Foro it.*, 1973, I, 2345. In argomento BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, libro IV, t. 4°, Torino, 1980, 263, il quale però sostiene la non riferibilità della norma all'insufficienza dei beni vincolati.

(30) Cfr. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, cit., p. 96 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 492, il quale richiama Cass., 7 dicembre 1976, n. 4566, in *Foro it.*, 1977, I, 78; Cass., 25 ottobre 1978, n. 4838, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 1312.

(31) Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 496.

(32) Cfr. 11 giugno 1969, n. 2063, in *Foro it.*, 1969, I, 2493; Cass., 10 marzo 1980, n. 1584, in *Foro it.*, 1980, I, 2528 e in *Giust. civ.*, 1980, I, 1933; Cass. civ., sez. III, 4 luglio 1997, n. 6037; Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 1999, n. 139; Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 1998, n. 10017, in *Fallimento*, 1999, p. 1072, con nota di TERENCEHI; Pret. Lucca, 25 gennaio 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 257,

Anche in sede di procedure concorsuali emerge la diversa operatività del privilegio generale e del privilegio speciale. Il creditore, infatti, deve indicare in modo specifico nella domanda di ammissione al passivo la titolarità del privilegio o delle altre cause di prelazione (art. 93, l. fall.). L'accertamento di tale privilegio o delle altre cause di prelazione avverrà in sede di formazione dello stato passivo, dove il giudice delegato, sulla base del dettagliato progetto di stato passivo predisposto dal curatore (art. 95, l. fall.), ammetterà al passivo il credito munito o meno di cause legittime di prelazione (art. 96, l. fall.), esaminando in concreto la validità sostanziale e l'opponibilità delle stesse<sup>(33)</sup>.

Una volta approvato il progetto di ripartizione (art. 110, l. fall.), si procederà alla distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare secondo l'ordine previsto dagli artt. 111 e ss., l. fall. In particolare, ai sensi dell'art. 111-ter, comma 3°, l. fall., il curatore deve tenere un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale, con analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale<sup>(34)</sup>. Nell'art. 111-quater, l. fall., rubricato *Crediti assistiti da prelazione*, si prevede che i crediti assistiti da privilegio generale hanno diritto di prelazione per il capitale, le spese e gli interessi, nei limiti di cui agli artt. 54 e 55, l. fall., sul prezzo ricavato dalla liquidazione del patrimonio mobiliare, sul quale concorrono in un'unica graduatoria con i crediti garantiti da privilegio speciale mobiliare, secondo il grado previsto dalla legge. I crediti garantiti da ipoteca e quelli as-

la quale ha statuito che "in tema di espropriazione forzata, l'art. 510, 2° comma, c.p.c., opera un rinvio di tipo selettivo, non in genere alle norme seguenti dello stesso titolo, ma alle «disposizioni contenute nei capi seguenti»; pertanto nell'espropriazione di beni mobili, a differenza che nell'espropriazione di immobili, qualora i creditori non addivengano all'accordo previsto dall'art. 541 c.p.c., il giudice dell'esecuzione non procede alla formazione del progetto di riparto (in analogia con quanto previsto dagli artt. 596 ss. per l'espropriazione immobiliare), poiché la funzione processuale del progetto è in questo caso assolta dallo stesso provvedimento di distribuzione che il giudice forma all'udienza, o con successiva ordinanza riservata".

<sup>(33)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 496, il quale richiama Cass., 20 marzo 1972, n. 843, in *Dir. fall.*, 1972, II, 410; Cass., 15 novembre 1976, n. 4218, in *Giust. civ. Mass.*, 1976, p. 1736, secondo cui l'ammissione al passivo di un credito, in via privilegiata, anziché chirografaria, presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che i beni medesimi siano già acquisiti alla massa. Nello stesso senso Trib. Modena, 3 marzo 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 340.

<sup>(34)</sup> Cfr. F. D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, p. 294.

sistiti da privilegio speciale hanno invece diritto di prelazione per il capitale, le spese e gli interessi, nei limiti di cui agli artt. 54 e 55, I. fall., sul prezzo ricavato dai beni vincolati alla loro garanzia.

## 2. - Segue: concorso di crediti prededucibili e privilegiati

Nel caso in cui concorrano sul ricavato dello stesso bene non capiente creditori con ipoteca o privilegio speciale e creditori prededucibili, il conflitto veniva risolto dalla giurisprudenza a favore dei creditori prededucibili, solo nei limiti in cui le spese incontrate nel corso della procedura fallimentare abbiano specificamente inciso ad incrementare o a liquidare i beni ipotecati o oggetto di privilegio speciale, ovvero abbiano avuto attinenza con l'attività di amministrazione rivolta all'incremento dei beni stessi o a specifica utilità dei relativi creditori garantiti<sup>(35)</sup>. Si riteneva, in ogni caso, prevalente sul credito privilegiato, un'aliquota delle spese generali, tra cui il compenso del curatore, che andava calcolato proporzionalmente al valore complessivo dei beni liquidati dal fallimento, ovvero in relazione alle circostanze concrete, in misura corrispondente all'interesse e all'utilità - anche solo potenziale, cioè sperata, ma non concretamente realizzata - del creditore garantito, con valutazione della utilità rimessa al giudice di merito<sup>(36)</sup>.

In dottrina si era infatti segnalato che<sup>(37)</sup>: se le spese e gli obblighi della massa si fanno gravare soltanto sul ricavato dei beni liberi da diritti di prelazione, si commette un'ingiustizia ai danni dei creditori chirografari, perché la prededuzione non verrebbe a incidere sulle garanzie, a favore della rea-

<sup>(35)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2329, in *Dir. e pratica fallim.*, 2006, fasc. 2, p. 50, con commento di A. RICCIO, *Il piano di riparto: l'incidenza delle spese del fallimento sulle somme ricavate dalla liquidazione di beni gravati da ipoteca*; Cass., sez. I, 14 gennaio 2004, n. 335, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1249;

<sup>(36)</sup> Cfr. Cass., 25 ottobre 1971, n. 3015, in *Dir. fall.*, 1972, II, 272; Cass., 3 novembre 1981, n. 5784, in *Foro it.*, 1982, I, p. 426, con nota di PEZZANO; in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 208; in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1613, con nota di PANZANI; Cass., sez. I, 10 agosto 1992, n. 9429, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 34, con nota di RAGUSA MAGGIORE; in *Fall.*, 1993, p. 157; Cass., sez. I, 20 giugno 1994, n. 5913, in *Fall.*, 1995, 150; Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, n. 251, Pres. SALARIA, Est. PROTO, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2857; in *Fall.*, 1995, p. 828, con nota di LAMANNA; Cass., sez. I, 9 giugno 1997, n. 5104, Pres. CORDA, Est. RORDORF, in *Foro it.*, 1997, I, 2926; Cass., sez. I, 20 agosto 1997, n. 7756, Pres. LIPARI, Est. CRISCUOLO, in *Fall.*, 1998, 585; Cass., sez. I, 10 maggio 1999, n. 4626, Pres. CANTILLO, Est. FERRO, in *Foro it.*, 1999, I, 3259, in *Fall.*, 2000, p. 624 ss., con nota di G. BOZZA; Cass., sez. I, 28 giugno 2002, n. 9490, Pres. SAGGIO, Est. NAPPI, in *Fall.*, 2003, p. 817, con nota di BRUSCHETTA; Cass., sez. I, 14 gennaio 2004, n. 335, Pres. DE MUSIS, Est. CECCHERINI, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1249; Cass., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2329, cit.

<sup>(37)</sup> Cfr. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, sub art. 111, in *Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1976, p. 248.

lizzazione delle quali pure tali spese e obblighi sono stati effettuati<sup>(38)</sup>. D'altro canto, se si reputa che spese e obblighi della massa vadano prededotti proporzionalmente in relazione al ricavato di ciascun cespite<sup>(39)</sup>, ci si espone all'obiezione che, così ragionando, si attribuirebbe al fallimento il compito di annullare posizioni di prelazione già esistenti, mentre l'art. 111, l. fall., non potrebbe non coordinarsi con le norme generali relative ai privilegi<sup>(40)</sup>, anche se al riguardo si è risposto, sia che si tratterebbe di un mero pregiudizio di fatto, come tale non giuridicamente valutabile<sup>(41)</sup>, sia che si tratterebbe piuttosto di far gravare sui beni oggetto di prelazione il costo delle spese fatte anche nell'interesse dei creditori privilegiati, indipendentemente dalla situazione dei creditori chirografari<sup>(42)</sup>.

Una parte della dottrina, dunque, ritiene che le spese vadano ad incidere proporzionalmente su tutte le masse<sup>(43)</sup>. Si dovrebbe procedere alla prededuzione sul ricavato del bene delle spese direttamente inerenti al bene e, quindi,

<sup>(38)</sup> Cfr. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970, p. 1500.

<sup>(39)</sup> Cfr. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, cit., p. 1500; PAZZAGLIA, *Sull'ordine di distribuzione ex art. 111 legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 1953, I, p. 244.

<sup>(40)</sup> Cfr. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 528, nota 2, il quale precisa che il costo della procedura che va detratto dal ricavato dell'esproprio del bene, è unicamente quello che è imputabile al bene stesso, ivi compresa naturalmente un'aliquota delle spese generali. I creditori ipotecari o con privilegi speciali non corrono dunque il rischio di vedere volatilizzare la loro garanzia per debiti contratti dalla curatela per l'esercizio provvisorio dell'impresa, perché questi debiti non possono apprezzarsi come contratti per la conservazione e l'esproprio del bene.

<sup>(41)</sup> Cfr. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. dir.*, p. 445, il quale conclude che la prededuzione deve operare con riguardo ai prezzi ricavati dai singoli beni, siano essi gravati o no da prelazione.

<sup>(42)</sup> Cfr. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, cit., p. 1501, nota 41, il quale precisa che è giusto che in omaggio al carattere reale del diritto (ipoteca, o privilegio speciale), i creditori forniti di un diritto di prelazione (e quindi già vittoriosi sui creditori chirografari) debbano rimanere esenti dal costo del processo fallimentare, cioè di un processo per mezzo del quale essi raggiungono il soddisfacimento del loro credito. Dal punto di vista dell'equità la risposta è agevole, ma non è diverso sul terreno del diritto. Bisogna considerare, ove si voglia prospettare la questione dall'angolo visuale dell'interesse, che i creditori privilegiati, al contrario dei chirografari, non sono esposti a subire una falce della loro credito (bene inteso nell'ammontare della somma garantita e nei limiti di valore dell'oggetto della garanzia) e pertanto è per loro indifferente la procedura concorsuale contro il (loro) debitore. L'interesse alla dichiarazione di dissesto è invece emergente nei confronti dei creditori chirografari, i quali nell'acquisizione e liquidazione universale dei beni del debitore trovano possibilità di un loro soddisfacimento, sia pure parziale. Ne dovrebbe conseguire che le spese debbono essere sopportate solo da coloro il cui interesse, in via principale, viene soddisfatto nel fallimento.

<sup>(43)</sup> Cfr. FRASCAROLI SANTI, in *Diritto fallimentare*, coordinato da Maffei Alberti, Bologna, 2002, p. 359.

relative  
vrebbe  
tenuto  
tecati r  
che il c  
proced  
sti com  
ché per  
dito gar  
l. fall., c  
in qual  
dere, l'a  
per risol  
comper  
fettuato  
zione, s  
ciò legit  
che app  
l'intero j  
del ricav  
insistent  
le presu  
converso  
tua anch  
incidere  
quel che  
dura, cor  
ricavato  
che posse  
re, infatti  
vati da di

<sup>(44)</sup> Cfr.

<sup>(45)</sup> Cfr.

360, la qual  
ro it., 1997.

<sup>(46)</sup> Cfr.

ca, legge fall

<sup>(47)</sup> Cfr.

ca, legge fall

<sup>(48)</sup> Cfr.

ca, legge fall.

relative alla sua amministrazione e alla procedura di vendita. Inoltre, si dovrebbe operare il prelievo di un'aliquota proporzionale delle spese generali, tenuto conto dell'ammontare del ricavato della vendita dei beni immobili ipotecati rispetto alla restante parte dei beni liquidati<sup>(44)</sup>. In particolare si è detto che il creditore ipotecario deve sopportare una parte del peculiare costo della procedura che è rappresentato dal compenso del curatore per l'attività da questi compiuta per l'amministrazione e la liquidazione dei beni ipotecati, nonché per l'attività svolta nella fase di verifica e di ammissione al passivo del credito garantito. Tale ultima considerazione è suggerita dal tenore dell'art. 109, l. fall., dal quale si desume che il compenso del curatore è destinato a gravare in qualche misura anche sul ricavato delle vendite immobiliari<sup>(45)</sup>. A ben vedere, l'art. 109, comma 2°, l. fall., è stato richiamato da un parte della dottrina per risolvere il problema in questione<sup>(46)</sup>. Si è infatti detto che, se l'acconto sul compenso al curatore deve essere prelevato soltanto se quest'ultimo abbia effettuato determinate attività, mentre le spese di procedura e di amministrazione, sia pure inerenti al bene venduto, debbono sempre essere prelevate, ciò legittima l'ulteriore deduzione che anche tale prelievo non può essere anche approssimativamente proporzionale al costo generale presumibile dall'intero procedimento, perché il prelievo stesso non dipende tanto dall'entità del ricavato e, quindi, dalla sua congruenza a soddisfare i diritti di prelazione insistenti su di esso, bensì si rapporta unicamente all'attività del curatore e alle presumibili spese di procedura e di amministrazione dell'immobile. Di converso il prelievo non deve rispettare alcun titolo di prelazione, ma si effettua anche se il ricavato sia parzialmente insufficiente per i privilegi, a costo di incidere sull'ammontare delle prelazioni gravanti l'immobile alienato<sup>(47)</sup>. Per quel che concerne, poi, l'accantonamento delle spese occorrenti per la procedura, come si esprime l'art. 110, comma 1°, l. fall., esso si effettua sulla base del ricavato di almeno due mesi di amministrazione e liquidazione fallimentare, che possono comportare più alienazioni e altri incassi vari<sup>(48)</sup>. L'illustre Autore, infatti, alla domanda: "se sono stati venduti più beni, alcuni dei quali gravati da diritti di prelazione e altri esenti e, quindi, destinati al soddisfacimento

<sup>(44)</sup> Cfr. FRASCAROLI SANTI, in *Diritto fallimentare*, coordinato da Maffei Alberti, cit., p. 359.

<sup>(45)</sup> Cfr. FRASCAROLI SANTI, in *Diritto fallimentare*, coordinato da Maffei Alberti, cit., p. 360, la quale richiama Cass., sez. I, 9 giugno 1997, n. 5104, Pres. CORDA, Est. RORDORF, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2926.

<sup>(46)</sup> Cfr. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, sub art. 111, in *Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, cit., p. 249 ss.

<sup>(47)</sup> Cfr. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, sub art. 111, in *Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare*, cit., p. 249.

<sup>(48)</sup> Cfr. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, sub art. 111, in *Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare*, cit., p. 249.

dei creditori chirografari, il prelievo per le spese occorrenti per la procedura va effettuato soltanto sul ricavato dei beni esenti, oppure anche sulle altre sottomasse?", rispondeva che non vi è ragione alcuna per discostarsi dal criterio dettato nell'art. 109, comma 2°, 1. fall., nel senso cioè che debba essere effettuato un prelievo proporzionale, ma non rispetto all'importo da distribuirsi nel singolo riparto parziale, bensì in relazione all'importanza e al valore che i beni venduti rivestano rispetto all'intera massa attiva e, quindi, alla parziale incidenza su di loro dell'intero costo del procedimento<sup>(49)</sup>. Altra parte della dottrina, invece, da un lato, è conforme al tradizionale orientamento della Cassazione<sup>(50)</sup> e, dall'altro, è chiaramente contraria alla presa di posizione della Suprema Corte<sup>(51)</sup>.

Contrariamente all'opinione invalsa in giurisprudenza<sup>(52)</sup>, che come si è

<sup>(49)</sup> Cfr. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, sub art. 111, in *Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare*, cit., p. 249, il quale precisa che non si potrebbe, invero, obiettare all'interpretazione qui suggerita, e che si differenzia tanto dall'una quanto dall'altra tesi sostenute in dottrina al riguardo, che non vi sarebbe ragione di pretendere per la distribuzione del ricavato fallimentare una regola diversa che per il riparto nell'espropriazione del codice di procedura civile, là dove le spese vengono sì prelevate anteriormente dai crediti privilegiati, ma i chirografari ricevono qualcosa soltanto se sono stati integralmente soddisfatti questi ultimi, perché l'obiezione non reggerebbe. Infatti, la peculiarità dell'ipotesi qui considerata sta nel non esservi soltanto il ricavato di un'alienazione di un bene gravato da privilegio, bensì anche di un bene libero, onde la possibilità di scaricare su quest'ultimo ricavato tutte le spese di procedura. Alternativa, invece, che manca nella distribuzione del ricavato nel codice di procedura civile, là dove il pignoramento colpisce di regola un solo bene, per cui solitamente v'è una sola massa, onde manca qualsiasi ragione di analogia con il fallimento, rispetto al quale, invece, il 2° comma dell'art. 109 interpreta la *ratio* più genuina del principio della parità di trattamento fra creditori, nel senso, appunto, che le spese di procedura e i debiti della massa gravano sul ricavato dei singoli beni alienati, in proporzione non del loro ammontare, bensì del valore dei beni stessi alienati in rapporto all'intera massa attiva.

<sup>(50)</sup> Cfr. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Milano, 1994, p. 449, il quale precisa che nell'ipotesi che sia stato liquidato un bene gravato da garanzia reale o privilegio speciale, la prededucibilità deve aver luogo anzitutto sul ricavo della vendita di tali beni, ove le spese si ricolleghino alla loro gestione e liquidazione. L'A. richiama Cass., 10 agosto 1992, n. 9429, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 34; TARZIA, *Credito bancario e risanamento dell'impresa nella procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 351, il quale precisa che la conclusione alla quale perviene la giurisprudenza è rafforzata anche dalla mancata conversione dell'art. 2, comma 4°, del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 184.

<sup>(51)</sup> Cfr. ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 62; BONFATTI, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 897 ss.; LAMANNA, *Graduazione e conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da garanzia reale*, in *Fall.*, 1995, p. 829 ss.; BOZZA, *La ripartizione delle spese generali nel fallimento*, in *Fall.*, 2000, p. 626 ss.

<sup>(52)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2329, in *Dir. e pratica fall.*, 2006, fasc. 2, p. 50, con

vist  
da u  
ritti  
cen  
legi  
crec  
mo  
ne d  
la pe  
] tori  
zion  
gett  
S ogni  
se no  
vazic  
nion  
sato,  
be ar  
conse  
cibili,  
ferite  
strazi  
o cor  
Le  
quell  
in qua  
sul ric  
fallim

comme  
cavate d  
(53)  
brosini,  
(54)  
169, a de  
proporzi  
(55)  
(56)  
(57)  
(58)

visto cercava di mediare il conflitto tra le contrapposte esigenze di assicurare da un lato il pagamento dei crediti prededucibili e di rispettare dall'altro i diritti dei creditori muniti di cause legittime di prelazione, il legislatore della recente riforma fallimentare sembra avere preferito i creditori muniti di cause legittime di prelazione ai creditori prededucibili<sup>(53)</sup>, laddove affermava che i crediti prededucibili gravano su tutte le masse del fallimento, mobiliari e immobiliari, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione<sup>(54)</sup>, "con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti" (art. 111-bis, comma 3°, l. fall.).

La norma non chiarisce come debba essere risolto il conflitto tra i creditori ipotecari, le spese direttamente imputabili per la gestione e la conservazione del bene e le spese generali non direttamente imputabili al bene oggetto di vendita endofallimentare<sup>(55)</sup>.

Secondo una prima opinione, si ritiene che il creditore ipotecario, in ogni caso, vada preferito ai creditori prededucibili, sia in relazione alle spese non direttamente incidenti sul bene, sia per le spese di gestione e conservazione del bene, compreso il compenso al curatore<sup>(56)</sup>. Secondo altra opinione, invece, si ritiene che la norma non abbia mutato nulla rispetto al passato, per cui la preferenza da accordare al creditore ipotecario riguarderebbe anche oggi esclusivamente le spese prededucibili non incidenti sulla conservazione e gestione del bene, ma farebbe salve le altre spese prededucibili, quali le spese generali e il compenso del curatore, che sarebbero preferite alla liquidazione del creditore ipotecario, oltre alle spese di amministrazione del bene e alle spese che abbiano incrementato il valore del bene o comunque abbiano aggiunto utilità al creditore<sup>(57)</sup>.

Le questioni relative alla prevalenza del creditore prededucibile su quello privilegiato andrebbero adeguatamente sviluppate in sede di riparto, in quanto attengono alla specifica collocazione del creditore prededucibile sul ricavato d'asta di quella specifica sottomassa originariamente fuori dal fallimento destinata al creditore garantito<sup>(58)</sup>.

---

commento di A. RICCIO, *Il piano di riparto: l'incidenza delle spese del fallimento sulle somme ricavate dalla liquidazione di beni gravati da ipoteca*.

<sup>(53)</sup> Cfr. F. D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, p. 295.

<sup>(54)</sup> Questo inciso introdotto dall'art. 8, comma 3°, lett. c), del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008, è stato inserito al posto delle parole "secondo un criterio proporzionale".

<sup>(55)</sup> Cfr. F. D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, cit., p. 295.

<sup>(56)</sup> Cfr. F. D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, cit., p. 295.

<sup>(57)</sup> Cfr. F. D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, cit., p. 295.

<sup>(58)</sup> Cfr. F. D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, cit., p. 296.

### 3. - *La distinzione dei privilegi e la gerarchia tra le cause di prelazione*

La netta distinzione tra privilegi generali e privilegi speciali emerge soprattutto dalla disciplina relativa alla efficacia del privilegio, che varia appunto a seconda che il privilegio sia generale o speciale. Il primo, che interessa tutto il patrimonio mobiliare del debitore, non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti spettanti ai terzi sui mobili che ne formano oggetto (art. 2747, comma 1°, prima parte, c.c.). La specialità e la determinazione oggettiva del diritto del terzo prevalgono, dunque, sul privilegio generale che, in linea di principio, è superato dal privilegio speciale<sup>(59)</sup>, salvo le eccezioni di cui all'art. 2777 c.c. L'operatività del principio in esame è coordinata dal legislatore con l'efficacia propria del pignoramento<sup>(60)</sup>, tanto è vero che la seconda parte del primo comma dell'art. 2747 c.c., fa salvi gli artt. 2913, 2914, 2915 e 2916 c.c. relativi agli effetti del pignoramento<sup>(61)</sup>. Ne deriva che il privilegio generale, a differenza del privilegio speciale, ha natura meramente processuale, come sottolinea anche la Relazione al Re, n. 64<sup>(62)</sup>.

Altra importante distinzione, sempre rilevante ai fini della disciplina applicabile ai conflitti, è quella tra privilegio speciale mobiliare e privilegio speciale immobiliare<sup>(63)</sup>.

Il codice civile del 1942, analogamente al codice del 1865 (art. 1959), ha infatti voluto rispettare rigorosamente la distinzione tra privilegio speciale mobiliare e privilegio speciale immobiliare, tanto da dedicare due diverse norme alla soluzione dei conflitti di priorità tra gli stessi<sup>(64)</sup>: l'art. 2778 c.c., per i privilegi mobiliari, e l'art. 2780 c.c., per i privilegi immobiliari. Con l'art. 2777 c.c., inoltre, si è voluta dare una particolare preferenza ad alcuni privilegi in ragione della causa dei crediti tutelati, nell'ordine della priorità dei crediti per spese di giustizia (artt. 2755 e 2770 c.c.) rispetto ad ogni altro credito pignoratizio o ipotecario<sup>(65)</sup>. Immediatamente dopo le spese di giu-

<sup>(59)</sup> Cfr. MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 227, il quale precisa che la regola non è assoluta.

<sup>(60)</sup> Cfr. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 56 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, cit., p. 363; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 492; MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 227.

<sup>(61)</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 66, il quale segnala l'inutilità e la pericolosità della norma in esame.

<sup>(62)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 491.

<sup>(63)</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 257 ss.; PRATIS, *Dei privilegi*, cit., p. 358 ss., p. 372 ss., p. 385 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 536; MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 236; PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, p. 54 ss. e p. 255 ss.

<sup>(64)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 536.

<sup>(65)</sup> L'art. 2777, comma 3°, c.c., precisa inoltre che i privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti ad ogni altro credito sono sempre posposti al privilegio per spese di giustizia ed ai privilegi indicati dall'art. 2751 bis c.c.

sti  
l'a  
su  
alt  
inc  
agi  
art  
lav  
fatt  
tali  
li co  
con  
tars  
gett  
ritti  
ne d  
esso  
dizio  
va, a  
ritti a  
del p  
ciali  
ciali i  
A  
cono  
ratter  
cipio  
ra da  
de de  
(66)  
(67)  
2765, c  
che alci  
(68)  
(69)  
(70)  
(71)  
(72)

stizia sono collocati i crediti aventi privilegio generale mobiliare di cui all'art. 2751-*bis* c.c., in ordine interno che antepone il credito del lavoratore subordinato, seguito, a parità fra loro, dal credito del professionista e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale, compreso il credito per provvigioni e indennità di fine rapporto, seguiti, a loro volta, dal credito dei lavoratori agricoli, anche per i corrispettivi della vendita del prodotto, e delle imprese artigiane, nonché i crediti delle società od enti cooperativi di produzione e lavoro, anche per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti.

La priorità delle spese di giustizia è, dunque, assoluta, tanto è vero che tali crediti prevalgono anche sui preesistenti crediti assistiti da garanzie reali come il pegno e l'ipoteca <sup>(66)</sup>.

Ai privilegi generali mobiliari, come si è accennato, si applica l'art. 2747, comma 1°, c.c., il quale precisa che il privilegio in questione non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti spettanti a terzi sui mobili che ne formano oggetto, salvo gli effetti del pignoramento.

Per quanto riguarda invece il conflitto tra privilegi speciali mobiliari e diritti dei terzi, l'art. 2747, comma 2°, c.c., stabilisce che, se la legge non dispone diversamente <sup>(67)</sup>, e a condizione che sussista la particolare situazione cui esso è subordinato, il privilegio speciale mobiliare può esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquisiti dai terzi posteriormente al sorgere di esso. Ne deriva, *a contrario*, che il privilegio speciale mobiliare non può pregiudicare i diritti anteriori <sup>(68)</sup>. Questa norma, che rappresenta una puntuale applicazione del principio *prior in tempore potior in iure* <sup>(69)</sup>, è riferita ai soli privilegi speciali mobiliari e, pertanto, non può essere applicata ai diversi privilegi speciali immobiliari, come ha invece sostenuto una parte della dottrina <sup>(70)</sup>.

A ben vedere, la regola contenuta nell'art. 2747, comma 2°, c.c., che riconosce nel privilegio speciale mobiliare una sorta di diritto di seguito, caratteristico dei diritti reali di garanzia <sup>(71)</sup>, trova delle limitazioni sia nel principio cardine di cui all'art. 1153 c.c., secondo cui la proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è buona fede dell'acquirente <sup>(72)</sup>, sia nelle ipotesi previste dall'art. 2683 c.c., con ri-

<sup>(66)</sup> Cfr. MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 235.

<sup>(67)</sup> Cfr. artt. 2756, comma 2°, 2757, comma 3°, 2760, 2761, comma 4°, 2764, comma 6°, 2765, comma 3°, c.c. Al riguardo CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 733, mette in evidenza che alcuni privilegi speciali del fisco derogano all'art. 2747, comma 2°, c.c.

<sup>(68)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 727.

<sup>(69)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 727.

<sup>(70)</sup> Cfr. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 58.

<sup>(71)</sup> Cfr. MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 227.

<sup>(72)</sup> Questo principio è prevalente e può determinare, in concreto, l'inopponibilità del privi-

guardo ai trasferimenti di navi, aeromobili ed autoveicoli, per i quali la legge impone particolari forme di pubblicità (73).

Va segnalato che sono numerosi i casi in cui la legge dispone diversamente, vale a dire nel senso che il privilegio speciale mobiliare prevale anche sui diritti acquisiti dai terzi anteriormente al sorgere del privilegio stesso. I casi sono previsti nell'art. 2756, comma 2°, in relazione a crediti per prestazioni e spese di conservazione e miglioramento; nell'art. 2757, comma 3°, in relazione a crediti per somministrazioni e lavori occorrenti per la produzione agricola; nell'art. 2760, in relazione a crediti dell'albergatore; nell'art. 2761, comma 4°, in relazione ai crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario; nell'art. 2764, comma 6°, in relazione ai crediti del locatore; nell'art. 2765, comma 3°, in relazione a crediti derivanti da contratti di mezzadria e di colonia.

In diversi casi il privilegio speciale mobiliare può essere esercitato soltanto se i beni si trovano in una determinata situazione di fatto (74), che corrisponde, alternativamente, al rapporto accessorio o pertinenziale del bene con l'immobile, *lato sensu* inteso, che caratterizza il rapporto all'origine del credito (75), ovvero alla detenzione del bene da parte del creditore funzionale all'espletamento della prestazione da cui sorge il credito (76).

Nel caso di concorso tra privilegio speciale mobiliare e ipoteca mobiliare (77), il codice civile risolve il conflitto facendo prevalere alcuni particolari

legio al terzo il quale abbia successivamente acquistato il diritto di proprietà, ovvero conseguito l'usufrutto, l'uso o il pegno in buona fede. L'art. 2748, comma 1°, rappresenta una conferma.

(73) Cfr. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 58.

(74) Ad esempio: presso chi ha fatto le prestazioni o le spese, art. 2756, comma 1°; nel fondo o nelle sue dipendenze, artt. 2757, comma 2°, 2763, 2764, comma 4°, 2765, comma 2°; nel locale adibito all'esercizio commerciale o nell'abitazione dell'imprenditore, art. 2759, comma 1°, presso l'albergatore, art. 2760; presso il vettore, il mandatario, il depositario e il sequestratario, art. 2761. In argomento si v., da ultimo, MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 228.

(75) Nelle ipotesi previste, con particolarità di ogni singolo caso, dagli artt. 2757, 2759, 2763, 2764, 2765.

(76) Nei casi previsti dagli artt. 2756, 2760 e 2761. In argomento, MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 228, il quale precisa che un caso particolare, non inquadrabile in alcuno dei due predetti gruppi di ipotesi, è quello relativo al privilegio del venditore di macchine, in cui il presupposto di fatto per l'efficacia del privilegio è costituito dal possesso del compratore nel luogo in cui è stata eseguita la trascrizione (art. 2762, comma 3°, c.c.).

(77) Cfr. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 201 e p. 223; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 363 e p. 376 s.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 507 s.; G. RUISSI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, Torino, 1980, p. 538. I predetti Autori mettono in evidenza la mancanza di una precisa norma generale di soluzione del conflitto tra ipoteca mobiliare e privilegio speciale mobiliare e la lacuna legislativa consentirebbe di sostenere sia la soluzione adottata dal primo comma dell'art. 2748 c.c., assimilando -

priv  
disp  
con  
pos  
pref  
I  
cred  
re ip  
sorg  
I  
2°, c.  
del ti  
la ge  
del s  
A  
strati  
imm  
beni  
privil  
si del  
Il  
ipotec  
spetti

l'ipotec  
223), si  
adottat  
le e con  
infine, l  
stica.  
(78)  
disciplin  
1969, in  
(79)  
fall., 199  
(80)  
365. In s  
rente per  
del prelir  
norma ir  
oggetto c  
sostanzie  
estensiva

privilegi sull'ipoteca automobilistica <sup>(78)</sup>, anche se anteriore. L'art. 2779 c.c. dispone infatti che se i privilegi mobiliari di cui all'art. 2778 c.c. concorrono con le ipoteche sugli autoveicoli, menzionate nell'art. 2810 c.c., queste sono posposte ai privilegi menzionati nei primi dieci numeri dell'art. 2778 e sono preferite a tutti gli altri.

L'art. 2779 c.c., dunque, a seconda della causa, del tipo e della natura del credito, attribuisce al creditore privilegiato la preferenza rispetto al creditore ipotecario, nonostante quest'ultimo credito sia sorto in data anteriore al sorgere del credito privilegiato.

La *ratio* della suddetta norma è analoga alla *ratio* dell'art. 2748, comma 2°, c.c., dato che il legislatore, salvo casi eccezionali, a seconda della causa, del tipo e della natura del credito, colloca il privilegio speciale al vertice della gerarchia delle garanzie reali, a prescindere dalla anteriorità o posteriorità del sorgere del privilegio speciale immobiliare <sup>(79)</sup>.

Alcuni autori, vista la forte somiglianza del regime dei beni mobili registrati in merito alla circolazione ed alla relativa pubblicità con quello degli immobili, ritengono applicabile estensivamente l'art. 2775 *bis* c.c. anche ai beni mobili registrati, attribuendo così al promissario acquirente di questi il privilegio speciale, pena la disparità di trattamento non giustificabile ai sensi dell'art. 3 Cost. <sup>(80)</sup>.

Il codice della navigazione prevede una particolare disciplina in tema di ipoteca su nave e su aeromobile. Gli artt. 575 e 1036, c. nav., prevedono, rispettivamente, che l'ipoteca prende grado dopo i privilegi marittimi, disci-

---

l'ipoteca mobiliare al pegno (cfr. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., pp. 201 e 223), sia la soluzione adottata dall'art. 2748, comma 2°, c.c., generalizzando la soluzione adottata dal codice in tema di ipoteca immobiliare (cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 363 e p. 376 s.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 508), sia, infine, la soluzione adottata dal nostro codice all'art. 2779, in tema di ipoteca automobilistica.

<sup>(78)</sup> Cfr. NICOLOSO, *Il concorso dei privilegi sui mobili con le ipoteche sugli autoveicoli nella disciplina della l. 29 luglio 1975, n. 426, portante modificazioni al codice civile ed alla l. 30 aprile 1969*, in *Riv. notar.*, 1976, p. 1078 ss.

<sup>(79)</sup> Cfr. BOZZA - CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 347.

<sup>(80)</sup> Cfr. G. ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 365. In senso contrario si v. 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss., il quale precisa che la norma in questione limita il privilegio speciale del promissario acquirente al bene immobile oggetto del contratto preliminare. L'A., precisa, inoltre, che una interpretazione contraria si sostanzierebbe in un'applicazione analogica della norma e non già in una interpretazione estensiva.

plinati negli artt. 552 e ss., c. nav., e dopo quelli aeronautici, disciplinati negli artt. 1023 e ss., c. nav., ma è preferita ad ogni altro privilegio generale e speciale <sup>(81)</sup>.

I privilegi marittimi ed aeronautici sono regolati esclusivamente dalle norme del codice della navigazione, sulle quali non ha inciso in senso abrogativo la l. 29 luglio 1975, n. 426, che ha modificato alcune norme del codice civile in materia di privilegi, e pertanto anche dopo l'entrata in vigore di detta legge, il privilegio previsto dall'art. 552, c. nav., prevale, in forza del disposto dell'art. 548 stesso codice, su ogni altro privilegio generale o speciale e, di conseguenza, va collocato con priorità rispetto a quelli indicati dall'art. 2777 c.c. <sup>(82)</sup>.

Nell'ipotesi di concorso di privilegi marittimi e civili, la disciplina è data dal contemperamento dell'art. 2777 cpv. c.c. con l'art. 548, c. nav., con la prevalenza di questa seconda norma, antepoendo i privilegi marittimi a quelli previsti dall'art. 2751 *bis* c.c. <sup>(83)</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 2777 c.c., secondo cui i privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti ad ogni altro credito sono posposti al privilegio per le spese di giustizia ed ai privilegi indicati dall'art. 2751 *bis*, è applicabile solo ai privilegi previsti da singole leggi, non anche a quelli previsti dal codice della navigazione, che non è una legge speciale, ma un sistema normativo a sé stante, che regola autonomamente la priorità dei privilegi marittimi <sup>(84)</sup>.

Orbene, tra le cause legittime di prelazione esiste una gerarchia, utile ai fini della risoluzione dei conflitti, che varia a seconda della natura del credito e che, di regola, non si fonda sulla anteriorità del sorgere del credito, bensì sulla causa del credito, ossia sulla specifica natura del rapporto dal quale deriva. Il legislatore, dunque, nell'ambito della sua discrezionalità <sup>(85)</sup>, riconosce la prevalenza di alcuni crediti sugli altri, per ragioni a volte non sempre comprensibili <sup>(86)</sup>. In questi casi, fatta salva la lettura costituzionalmen-

<sup>(81)</sup> Cfr. BERLINGERI, *I diritti di garanzia sulla nave, l'aeromobile e le cose caricate*, Padova, 1965, p. 84; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 507.

<sup>(82)</sup> Cfr. Cass., 15 novembre 1984, n. 5782, in *Dir. maritt.*, 1985, p. 530; Cass., 11 novembre 1982, n. 5954, in *Foro it.*, 1983, I, p. 990, con nota di G. TUCCI, la quale ha statuito che "la priorità assoluta di grado, stabilita a favore dei privilegi marittimi dall'art. 548, c. nav., opera pienamente nei confronti dei privilegi previsti dall'art. 2777 c.c., anche in presenza della nuova formulazione che la norma ha ricevuto in seguito all'entrata in vigore della l. 426/75".

<sup>(83)</sup> Cfr. Trib. Genova, 8 settembre 1989, in *Dir. maritt.*, 1990, p. 1072.

<sup>(84)</sup> Cfr. Cass., 15 novembre 1984, n. 5782, in *Dir. maritt.*, 1985, p. 530.

<sup>(85)</sup> Cfr. Corte Cost., 18 giugno 1991, n. 287, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1369, la quale si sofferma sulla discrezionalità del legislatore.

<sup>(86)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 728.

te orientata della norma <sup>(87)</sup>, si potrà investire la Corte Costituzionale del controllo di costituzionalità della norma incentrato sul criterio di ragionevolezza della rilevanza attribuita dal legislatore alla causa del credito <sup>(88)</sup>.

#### 4. - Segue: la regola generale della prevalenza del pegno sul privilegio speciale mobiliare e del privilegio speciale immobiliare sull'ipoteca

A differenza dell'art. 2747 c.c., che disciplina l'efficacia del privilegio, sia generale sia speciale, rispetto ad eventuali diritti acquistati dai terzi, l'art. 2748 c.c. disciplina, in via generale, sia l'efficacia del privilegio speciale mobiliare rispetto al pegno, sia l'efficacia del privilegio speciale immobiliare rispetto all'ipoteca.

L'art. 2748 c.c., fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla legge, enuncia infatti due principi generali <sup>(89)</sup>: al primo comma, quello della prevalenza del pegno sul privilegio speciale mobiliare, a prescindere dal momento in cui è sorto <sup>(90)</sup>; al secondo comma, quello della prevalenza del

<sup>(87)</sup> Cfr. G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 796, il quale considerando irragionevole la regola generale dell'art. 2748, comma 2°, c.c., pone l'alternativa tra un'interpretazione costituzionalmente orientata e restrittiva della predetta norma, ovvero una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1°, Cost. L'A. precisa che delle due l'una: o il privilegio del promissario acquirente, in quanto prevale sulle ipoteche, dovrebbe prevalere anche su quelli che alle stesse ipoteche soccombono; o tale privilegio, in quanto postergato ad altri sui quali le ipoteche prevalgono, dovrebbe essere postergato anche a queste ultime.

<sup>(88)</sup> Cfr. GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 230, il quale rileva che l'art. 2748, comma 2°, c.c., letto alla luce del nuovo art. 2725 bis, c.c., introduce non soltanto una disciplina in contrasto con le regole della pubblicità immobiliare, ma altresì un'irragionevole disparità di trattamento fra acquirente in preliminare ed acquirente definitivo di immobile ipotecato, censurabile ex art. 3 Cost.; PATRONI GRIFFI, *Concorso fra privilegio ed ipoteca-Note a margine dell'art. 2775 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 339, il quale precisa che nel caso in cui l'immobile è già esistente, allora il privilegio non potrebbe prevalere sulle ipoteche anteriori, venendosi altrimenti a verificare una disparità di trattamento tra creditori non giustificata dalla causa del credito. Per le critiche a quest'ultimo autore si v. PRESTI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss.

<sup>(89)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 506. In senso contrario si v. G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 796, il quale mette in dubbio la regola generale dell'art. 2748, comma 2°, c.c.

<sup>(90)</sup> Cfr. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 521; TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 505.

privilegio speciale immobiliare sull'ipoteca <sup>(91)</sup>, anche quando questa sia stata iscritta prima che sorgesse il privilegio medesimo <sup>(92)</sup>.

La diversa soluzione del conflitto di priorità, ritenuta da alcuni incongrua <sup>(93)</sup> o apparentemente contraddittoria <sup>(94)</sup>, si spiega non solo per la particolare valutazione della causa del credito operata dal legislatore, ma anche per ragioni storiche <sup>(95)</sup>. Infatti, il precedente immediato dei moderni privilegi è rappresentato dalle ipoteche privilegiate e queste, per la particolare causa del credito tutelato, venivano preferite alle normali ipoteche. Ciò spiega perché la regola sia già presente nella disciplina del vecchio codice civile come una delle poche regole generali di priorità in esso prevista, sulla scia della stessa tradizione codicistica francese, espressa dall'art. 2095 del *code civil* e fatta propria dall'art. 1953 del codice civile del 1865 <sup>(96)</sup>.

<sup>(91)</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 94.

<sup>(92)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 727; MIGLIETTA E BRANDI, *I privilegi*, in *Giur. sist. Dir. civ. e comm.*, Torino, 1995, p. 102.

<sup>(93)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 728; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, cit., p. 229; G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 797, il quale propone di interpretare restrittivamente l'art. 2748, comma 2°, c.c., pena la illegittimità costituzionale della predetta norma per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

<sup>(94)</sup> Cfr. MACARIO, *I privilegi in generale*, cit., p. 229, il quale precisa che l'apparente contraddizione logica tra le due norme - la prima riconosce la prevalenza dell'atto di autonomia privata dal quale sorge il pegno sull'assoggettamento *ex lege* del bene al diritto del creditore di essere preferito, la seconda, al contrario, subordina al privilegio immobiliare il diritto dei creditori che, in forza di un atto di autonomia o avvalendosi di una facoltà loro concessa dalla legge, rafforzino la garanzia del credito con l'iscrizione dell'ipoteca - può trovare una giustificazione, peraltro certamente discutibile *de iure condendo*, nella prevalenza riconosciuta dal legislatore ai crediti tributari (cui si aggiungono quelli relativi ai contributi per opere di bonifica e di miglioramento. L'A. segnala che al riguardo è stata sollevata la questione di costituzionalità risolta nel senso dell'inammissibilità da Corte Cost., 18 giugno 1991, n. 287, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1369, la quale ha statuito appunto che "è inammissibile, in quanto rientrante nella discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 2748, comma 2°, 2776 e 2777 c.c., nella parte in cui non attribuiscono ai crediti di lavoro (subordinato e autonomo) previsti dall'art. 2751 *bis*, n. 1 e 2, una collocazione preferenziale rispetto ai crediti ipotecari sul prezzo ricavato dalla vendita dei beni immobili del debitore, in riferimento all'art. 36 Cost."; ed ancora "è inammissibile, in quanto implicherebbe un intervento ampiamente discrezionale, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 2748, comma 2°, 2776 e 2777 c.c., nella parte in cui non prevede che abbiano preferenze sul prezzo degli immobili, i crediti privilegiati per le retribuzioni di lavoratori subordinati ed autonomi (*ex art. 2751 bis*, n. 1 e 2 *cc*), diversamente da quanto accade per i crediti assistiti da prelazione ipotecaria".

<sup>(95)</sup> Cfr. BIANCHI, *Dei privilegi*, Napoli, 1894, p. 122 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 506.

<sup>(96)</sup> Cfr. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 122 ss., il quale mette in rilievo la riduzione dei pri-

La regola generale di cui al primo comma dell'art. 2748 c.c., coerente con la disciplina del possesso di buona fede<sup>(97)</sup>, è eccezionalmente derogata in diversi casi previsti dalla legge, come ad es. dall'art. 2777, comma 1°, c.c., che fa prevalere il privilegio speciale relativo a crediti per spese di giustizia; dall'art. 2756, comma 2°, c.c., che fa prevalere il privilegio speciale relativo a crediti per prestazioni e spese di conservazione e miglioramento dei beni mobili oggetto di pegno, purché il creditore privilegiato sia in buona fede<sup>(98)</sup>; dall'art. 2760, comma 2°, c.c., che fa prevalere il privilegio speciale relativo a crediti dell'albergatore, purché quest'ultimo non sia a conoscenza dei diritti di terzi sulle cose portate in albergo<sup>(99)</sup>.

Espressione del principio enunciato nell'art. 2748, comma 1°, c.c., è la regola di priorità prevista dall'art. 2781 c.c., in sede di ordine dei privilegi. Infatti, qualora con crediti assistiti da privilegio speciale concorra un credito garantito con pegno e uno dei privilegi debba essere preferito al pegno, tale privilegio prevale su quegli altri che debbono essere posposti al pegno, anche se anteriori di grado.

La regola generale di cui al secondo comma dell'art. 2748 c.c., in forza della quale il privilegio speciale immobiliare prevale sulle ipoteche anche anteriori, è eccezionalmente derogata in diversi casi previsti dalla legge, come ad es. dall'art. 2772 c.c.<sup>(100)</sup>, relativo ai crediti per tributi indiretti, il quale precisa al comma 4° che il privilegio non può essere esercitato in pregiudizio dei diritti che i terzi abbiano anteriormente acquisito sull'immobile e che, per tutte le imposte suppletive<sup>(101)</sup>, il privilegio non si può neppure

---

vilegi immobiliari operata dal legislatore italiano rispetto al *code civil* e la conseguente maggiore certezza conferita all'ipoteca; TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 506, il quale precisa che la prevalenza del privilegio speciale sull'ipoteca, quale regola generale, non soffre limitazioni per l'intervento della circolazione della buona fede, come invece accade per il regime di circolazione dei beni mobili previsto dall'art. 1153 c.c.

<sup>(97)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 727.

<sup>(98)</sup> Cfr. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 198, i quali precisano che il creditore privilegiato deve provare la sua buona fede.

<sup>(99)</sup> In questo caso dovrà essere la controparte a provare che l'albergatore era a conoscenza dei diritti vantati dal terzo sulle cose.

<sup>(100)</sup> Cfr. Cass., 3 aprile 1979, n. 1878, in *Riv. legisl. fiscale*, 1979, p. 1745, Cass., 11 maggio 1978, n. 2294, in *Foro it.*, 1979, I, p. 444. Sul punto si v. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 734; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 506; MERZ, *Manuale pratico delle prescrizioni, delle decadenze e delle garanzie: ipoteca, pegno, fideiussione: teoria e pratica del credito privilegiato nelle procedure concorsuali, nelle esecuzioni collettive e nelle liquidazioni*, Padova, 1999, p. 166. Si segnala che Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 204, in *Giur. cost.*, 1970, n. 2255, ha rimesso al giudice a quogli atti per una rivalutazione della rilevanza relativamente alla legittimità costituzionale dell'art. 2772, comma 4°, c.c.

<sup>(101)</sup> Cfr. Cass., 26 gennaio 1981, n. 571, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1006.

esercitare in pregiudizio dei diritti acquisiti successivamente dai terzi (comma 5°), in quanto costoro non sono in condizione di prevedere le particolari ragioni (errori od omissioni dell'amministrazione) alle quali si riferisce l'imposta suppletiva<sup>(102)</sup>. Lo stesso privilegio, per quanto riguarda l'imposta di successione (comma 6°), non ha effetto a danno dei creditori del defunto che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui (art. 2829 c.c.), né ha effetto a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (artt. 512 e 2758 c.c.)<sup>(103)</sup>. Il creditore non separatista, con privilegio sull'immobile del defunto, in base al principio sancito dall'art. 2748, comma 2°, c.c., prevale, pertanto, sul creditore separatista non privilegiato<sup>(104)</sup>.

Il privilegio previsto dall'art. 2772 c.c., al pari dell'ipoteca, consente al creditore in surroga di perseguire l'immobile su cui grava anche se sia passato in proprietà di persona diversa dal debitore dell'imposta; in tal caso, peraltro, il terzo proprietario dell'immobile, gravato da privilegio per tributi indiretti, non è debitore dell'imposta e, essendo responsabile del debito nei limiti del valore del bene, è assoggettabile soltanto all'azione esecutiva, fondata su un titolo previamente formato nei confronti del debitore d'imposta; intervenuto il fallimento del debitore d'imposta, questi deve ritenersi processualmente capace nel giudizio promosso nei suoi confronti dal creditore, già definitivamente ammesso al passivo fallimentare, per ottenere una pronuncia sul credito al fine di procedere esecutivamente nei confronti del terzo proprietario dell'immobile, gravato anteriormente al fallimento da un privilegio con diritto di seguito<sup>(105)</sup>.

In tema di invim, il privilegio speciale a favore dello Stato sull'immobile trasferito, previsto dall'art. 2772, 1° comma, c.c., e dall'art. 28 d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 643, a garanzia del credito per imposta, soprattasse ed interessi, si concreta in un rapporto diretto fra il creditore e l'immobile, che prescinde dalla persona del debitore, con la conseguenza che la garanzia segue per sua natura le sorti del credito al quale è legata, e perdura fino a quando l'obbligazione non sia estinta per pagamento o prescrizione; il relativo di-

<sup>(102)</sup> Cfr. CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 734, il quale precisa che questa norma generalizza un principio prima previsto solo con riguardo all'imposta di registro e per i diritti che i terzi avessero acquistato dopo la registrazione.

<sup>(103)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 572.

<sup>(104)</sup> Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1968, p. 41. Secondo App. Bari, 21 ottobre 1976, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 173, con nota di BARBERA, la separazione del patrimonio dell'imprenditore defunto dichiarato fallito da quello dell'erede non rende inefficaci nei confronti del fallimento le ipoteche iscritte contro l'erede da creditori dell'imprenditore.

<sup>(105)</sup> Cfr. Cass., sez. II, 26 aprile 2005, n. 8678, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2492.

ritto può pertanto essere esercitato anche in pregiudizio dei diritti successivamente acquistati dai terzi subacquirenti o aventi causa dell'acquirente, i quali, pur non essendo debitori né responsabili del pagamento dell'imposta, sono soggetti all'esecuzione per il debito altrui, escluse le imposte suppletive, fino a concorrenza del valore dell'immobile e senza *beneficium excussionis*, non essendo questo un istituto di carattere generale, ma con diritto di rivalsa nei confronti dell'alienante <sup>(106)</sup>.

Il principio secondo cui il privilegio speciale sugli immobili, previsto dall'art. 2772 c.c., in favore dei crediti dello Stato per i tributi indiretti (compresi quelli relativi all'applicazione dell'invim) si estingue in forza dell'art. 56, 4° comma, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, con il decorso di cinque anni dalla data di registrazione, risponde ad esigenze di sicurezza nella circolazione del bene e di tutela del terzo acquirente; perciò opera a favore di chi non sia diretto debitore dell'imposta senza che possa distinguersi tra imposta principale, complementare o suppletiva, ed anche se sia in corso il procedimento per la determinazione dei valori e non vi sia stata, ai sensi dell'art. 76, stesso d.p.r., n. 131, del 1986, decadenza dell'azione dell'amministrazione finanziaria nei confronti del soggetto passivo dell'imposta (sentenza relativa alla posizione del terzo acquirente tenuto al pagamento dell'invim dovuta dal venditore) <sup>(107)</sup>.

Altra deroga alla regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., è rappresentata dall'art. 2774, comma 2°, in tema di crediti dello Stato per i canoni dovuti dai concessionari di acque pubbliche o di acque derivanti da canali demaniali ovvero per il corrispettivo di lavori eseguiti d'ufficio. Tale privilegio speciale, che grava sugli impianti relativi alla concessione, per quanto riguarda i canoni, non è opponibile ai terzi che hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente all'atto di concessione o, trattandosi di crediti per lavori, anteriormente al sorgere dei crediti stessi. Ne deriva che il privilegio speciale in questione è opponibile ai terzi che abbiano acquistato diritti posteriormente all'atto di concessione ovvero posteriormente all'esecuzione dei lavori o al sorgere dei crediti stessi <sup>(108)</sup>.

La locuzione "diritti acquistati anteriormente", contenuta nelle suddette norme, dopo un primo oscillante orientamento <sup>(109)</sup>, è stata interpretata

<sup>(106)</sup> Cfr. Cass., sez. trib., 9 maggio 2007, n. 10580.

<sup>(107)</sup> Cfr. Cass., sez. trib., 22 luglio 2003, n. 11357, in *Fisco*, 1, 2004, p. 585.

<sup>(108)</sup> Cfr. PRATIS, *Dei privilegi*, cit., p. 350.

<sup>(109)</sup> Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 506, il quale precisa che le deroghe sancite dal codice sono estremamente ambigue, poiché non si comprende se tra i diritti che i terzi hanno anteriormente acquisito sugli immobili e che non possono essere pregiudicati dai privilegi rientrano le ipoteche o l'espressione si riferisca ai soli diritti di godimento; RUISSI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 482 e p. 523 ss., i quali mettono in evidenza le oscillazioni della giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 2772 c.c.

estensivamente, tanto da comprendervi non solo i diritti reali di godimento, ma anche i diritti reali di garanzia tra cui l'ipoteca<sup>(110)</sup>.

Dalle predette disposizioni derogatorie emerge chiaramente che l'ipoteca, se anteriormente iscritta, prevale sul privilegio speciale immobiliare. Non occorre invece la trascrizione perché il diritto reale anteriormente acquisito venga preferito: e ciò perché la trascrizione, riguardando terzi che intendono entrare in rapporto col proprietario dell'immobile, ed essendo rivolta a garantire la conoscibilità legale di determinati atti, appare estranea al meccanismo del privilegio che nasce per volontà della legge<sup>(111)</sup>. Inizio mediante il possesso continuato nel tempo utile per l'usucapione<sup>(112)</sup>, speciale<sup>(114)</sup>, anche se accertato e dichiarato successivamente con sentenza<sup>(115)</sup>, prevarrà sul privilegio speciale immobiliare ai sensi degli artt. 2772, comma 4°, e 2774, comma 2°, c.c.

<sup>(110)</sup> Cfr. Cass., 11 maggio 1978, n. 2394, in *Giust. civ.*, 1978, I, 1654; Cass., 27 luglio 1972, n. 2567; Cass., 3 aprile 1979, n. 1878, in *Riv. legisl. fiscale*, 1979, p. 1745. In argomento si v. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 566.

<sup>(111)</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 249; PRATIS, *Dei privilegi*, in *Noviss. dig. it.*, app. V, 1984, p. 1286; GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 152; CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 734, il quale precisa che per i diritti reali di godimento è necessaria la data certa ai fini della dimostrazione della anteriorità rispetto al privilegio.

<sup>(112)</sup> L'usucapione, come è noto, si compie con il semplice possesso protrattosi in modo pacifico, pubblico e continuato per gli anni previsti dalla legge.

<sup>(113)</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2010, 2ª ed., p. 458, il quale precisa che l'acquisto della proprietà per usucapione retroagisce alla data di inizio del possesso.

<sup>(114)</sup> Sulla retroattività dell'usucapione cfr. Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, in *Corr. giur.*, 2001, p. 520; Cass., 17 novembre 1973, n. 3082, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 1041.

<sup>(115)</sup> Cfr. Cass. civ., 29 aprile 1982, n. 2717, la quale ha statuito che "la sentenza con cui viene pronunciato l'acquisto per usucapione del diritto di servitù ha natura dichiarativa e non costitutiva del diritto stesso e, pertanto, la trascrizione di detta sentenza non ricade nella disciplina dell'art. 2644, n. 14, c.c., bensì in quella dell'art. 2651 dello stesso codice per il quale la trascrizione ha funzione di mera pubblicità-notizia ed è, quindi, priva di efficacia sostanziale". In dottrina si v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, cit., p. 459, il quale precisa che gli effetti dell'usucapione si producono come conseguenza di un fatto giuridico: la sentenza che li accerta ha valore solo dichiarativo, non costitutivo. Con riferimento al regime tavolare si v. Cass., sez. II, 17 aprile 1993, n. 4564, la quale ha statuito che "con riguardo ai beni soggetti al regime tavolare, nelle province già austro-ungariche, l'efficacia costitutiva della iscrizione o intavolazione è limitata agli atti fra vivi, e non estensibile ai trasferimenti per successione ereditaria o agli acquisti a titolo originario, come l'usucapione: la mancata iscrizione del diritto usucapito, in forza di sentenza che accerti l'usucapione medesima, rende quest'ultima inopponibile ai soli terzi che abbiano acquistato in buona fede diritti sulla base dei libri fondiari, e non anche, pertanto, a quelli che, nonostante la mancata iscrizione del diritto usucapito, co-

Altra deroga alla regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., è rappresentata dall'art. 2775-bis, comma 2°, c.c. <sup>(116)</sup>, il quale dispone che il privilegio speciale immobiliare riconosciuto a favore del promissario acquirente a tutela dei crediti derivanti dalla mancata esecuzione del contratto preliminare, non è opponibile sia ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobiliare <sup>(117)</sup>, sia ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis c.c. <sup>(118)</sup>. In base a quest'ultima norma, infatti, l'ipoteca iscritta su edificio o com-

noscevano o dovevano conoscere, con l'impiego dell'ordinaria diligenza, della compiuta usucapione".

<sup>(116)</sup> Cfr. DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 512 ss.; CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 389, il quale precisa che un'eccezione alla regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., è rappresentata dalla disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 2775 bis c.c. L'A. sottolinea che, al di fuori di questo caso, prevale la regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c. Secondo 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, 476 ss., l'art. 2775-bis, comma 2°, c.c., derogherebbe non già l'art. 2748, comma 2°, c.c., bensì l'art. 2645 bis, comma 2°, c.c.

<sup>(117)</sup> Cfr. G. ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 363, il quale segnala che l'ipotesi in questione è assolutamente irrealizzabile, dato che il promissario acquirente dovrebbe fare ipotecare il bene del promittente venditore. La disposizione in questione costituirebbe una deroga all'art. 2822 c.c.

<sup>(118)</sup> Cfr. BOZZA e CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 348, i quali precisano che l'art. 2825 bis non rappresenta una deroga alla regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., dato che non ha nulla a che fare con il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente a seguito della risoluzione o dello scioglimento del contratto preliminare, in quanto essa regola gli effetti dell'ipoteca fondiaria edilizia sulla trascrizione del preliminare che venga eseguito, prevedendo che l'ipoteca presa a garanzia del finanziamento edilizio al costruttore, anche se successiva alla trascrizione del preliminare di vendita di una porzione dell'immobile a terzo, ha effetto anche nei confronti della quota di pertinenza del promissario acquirente che si sia accollato una quota di debito, limitatamente alla quota di debito e alla porzione di fabbricato oggetto del preliminare, che gli venga trasferita. Avendo, infatti, il legislatore permesso la trascrizione del contratto preliminare, l'ipoteca iscritta successivamente sull'immobile - parte del quale già promesso in vendita al terzo - non avrebbe potuto, in base alla disciplina della pubblicità immobiliare, operare sulla quota di fabbricato oggetto del preliminare trascritto anteriormente all'iscrizione ipotecaria, posto che gli effetti della trascrizione del definitivo retroagiscono alla data della trascrizione del preliminare. Questo spiega perché tale prevalenza è condizionata all'accollo da parte del promissario acquirente della porzione di finanziamento edilizio relativa. Il promissario, infatti, solo se si accolla parte del mutuo, usufruendo della relativa rateazione nel pagamento del prezzo, deve subire gli effetti dell'ipoteca data a garanzia dello stesso, anche se iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare; nel mentre, ove acquisti senza accollo, provvedendo

plesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio a sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'articolo 2645-bis, 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. Se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare <sup>(119)</sup>.

La regola qui codificata costituisce altresì deroga al principio generale contenuto nell'art. 2644, comma 2°, e quindi anche dell'art. 2645 bis, comma 2° <sup>(120)</sup>. Segna infatti la prevalenza di un'iscrizione ipotecaria pregiudici-

al pagamento diretto del prezzo al promittente venditore, egli rimane estraneo al rapporto finanziatore e finanziato suo dante causa e, posto che il preliminare è trascritto, il finanziatore nel concedere il mutuo al costruttore sa di non poter contare, salvo imprevisti, sulla porzione di fabbricato già promesso in vendita. Ove, invece, si volesse configurare, come fa GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 229, la norma in esame come risoltrice del conflitto tra ipoteca e privilegio del promissario acquirente in forza della considerazione che la prevalenza sulla trascrizione del preliminare si riflette sul privilegio derivante dalla risoluzione o scioglimento del preliminare trascritto, non si spiegherebbe più la limitazione della prevalenza dell'ipoteca alla previsione dell'accollo nel contratto preliminare. La norma in esame parla della prevalenza dell'ipoteca iscritta dopo la trascrizione del preliminare con accollo, per cui è indubbio che essa si applica, a maggior ragione, alle ipoteche iscritte prima, secondo le ordinarie regole della pubblicità immobiliare, sempre che, ovviamente, si pervenga alla stipula del definitivo, la cui trascrizione, pur prendendo il grado del preliminare, sarebbe comunque successiva all'iscrizione. In questo caso, l'effetto della norma è quello di limitare la prevalenza dell'ipoteca alla porzione di fabbricato dedotta nel preliminare e alla quota di debito del quale è previsto l'accollo, attuando una sorta di suddivisione del mutuo e di frazionamento dell'ipoteca, senza il consenso del mutuante: BOZZA e CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, cit., p. 349.

<sup>(119)</sup> Cfr. BOZZA e CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 317; TARDINO, *Trascrizione del preliminare di vendita e finanziamento fondiario*, in *Vita not.*, 1997, p. 114 ss.; PETRAGLIA, *Rapporti fra credito fondiario e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 225 ss.; ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 363; FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, cit., p. 421; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 724; DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, in *Contratti*, 1997, p. 6; G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 795.

<sup>(120)</sup> Cfr. 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss., l'art. 2775 bis, comma 2°, c.c., derogherebbe non già l'art. 2748, comma 2°, c.c., bensì l'art. 2645 bis, comma 2°, c.c., che stabilisce

zie  
tav  
un  
de  
ivi

l'ai  
pul  
cor  
isci  
cor  
pot  
del  
cui  
sola  
che  
trat

esp.  
è ev  
imr.  
liarc

il pri  
scriz:  
zioni  
Seco  
miss:  
mutu  
solo l  
tro il

(  
giur.,

(  
ta ese  
mede:

(  
sa nor

nare l'  
flitto i  
prelim  
e tit. c  
stituit:

zievole, pur posteriore alla trascrizione del preliminare. Tale sacrificio tuttavia è condizionato al fatto che il promissario acquirente si sia accollato una quota di mutuo, giacché, ove ciò non fosse, riprende vigore il principio dell'art. 2645 *bis*, comma 2°, c.c., secondo cui con l'effetto di prenotazione ivi enunciato l'acquirente acquista il bene libero da vincoli <sup>(121)</sup>.

L'art. 2775 *bis*, comma 2°, c.c., dunque, costituisce anche una deroga all'art. 2645 *bis*, comma 2°, c.c., che stabilisce il principio generale in tema di pubblicità, espresso del resto dall'art. 2644 c.c., per cui la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto equivalente prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Secondo l'art. 2775 *bis*, comma 2°, c.c., invece, sia l'ipoteca, a tutela del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile, sia l'ipoteca, a tutela del particolare mutuo edilizio di cui all'art. 2825 *bis*, prevalgono in sede di conflitto con il privilegio, mentre solo la prima prevale sul contratto definitivo o su altro atto equivalente anche se iscritte contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare <sup>(122)</sup>.

Orbene, poiché il legislatore, al di fuori delle suddette ipotesi, non ha espressamente previsto una norma in deroga all'art. 2748, comma 2°, c.c. <sup>(123)</sup>, è evidente che, ai fini della risoluzione del conflitto tra privilegio speciale immobiliare ed ipoteca immobiliare, prevalga il privilegio speciale immobiliare in forza della regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c.

---

il principio generale in tema di pubblicità, espresso del resto dall'art. 2644 c.c., per cui la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto equivalente prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Secondo l'art. 2775 *bis*, comma 2°, c.c., invece, sia l'ipoteca, a tutela del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile, sia l'ipoteca, a tutela del particolare mutuo edilizio di cui all'art. 2825 *bis*, prevalgono in sede di conflitto con il privilegio, mentre solo la prima prevale sul contratto definitivo o su altro atto equivalente anche se iscritte contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

<sup>(121)</sup> Cfr. DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 512 ss.

<sup>(122)</sup> Cfr. 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss.

<sup>(123)</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 724, il quale precisa che una espres-  
sa norma derogatrice non è stata dettata, essendosi il legislatore preoccupato solo di discipli-  
nare l'ipotesi di conflitto tra privilegi (art. 2780 n. 5 *bis*). In senso contrario si v. G. TUCCI, *Con-  
flitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto  
preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa  
e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss., il quale sostiene che la deroga all'art. 2748, comma 2°, c.c., è co-  
stituita non già dall'art. 2775 *bis* c.c., bensì dall'art. 2645 *bis*, comma 2°, c.c.

Ne deriva che, anche il privilegio speciale immobiliare previsto dall'art. 2775 *bis* c.c., 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.

##### 5. - Orientamenti giurisprudenziali conformi

La Suprema Corte, con una significativa decisione <sup>(124)</sup>, ha confermato l'orientamento di alcuni giudici di merito <sup>(125)</sup>, che avevano statuito la prevalenza del privilegio speciale previsto dall'art. 2775 *bis*, c.c., rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso bene, iscritte in data anteriore alla trascrizione del preliminare.

Più precisamente detta prevalenza è stata affermata dalla suddetta giurisprudenza in ragione del disposto dell'art. 2748, comma 2°, c.c., per il quale i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari (per questi si applica invece l'art. 2852 c.c., per il quale fra più creditori ipotecari la legge preferisce quello dotato di garanzia di grado anteriore) se la legge non dispone diversamente.

La Cassazione si è posta il problema di verificare se, in assenza di un'esplicita indicazione normativa in senso contrario, che è invece espressamente formulata per le altre ipotesi delineate nel codice civile (artt. 2772, 2774 c.c. e in leggi speciali (art. 63, l. 27 dicembre 1953, n. 968), tale differente statuizione possa desumersi in via interpretativa dai principi enucleabili dalla disciplina complessivamente dettata dal legislatore al riguar-

<sup>(124)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197, Pres. Saggio, Est. Piccininni, in *Giur. it.*, 2005, p. 286, con nota di SICCHIERO; in *Fall.*, 2004, p. 1324, con nota di CAPRIOLI; in *Riv. not.*, 2004, p. 534, con nota di VOCATURO; in *Contratti*, 2004, p. 545, con nota di E. C. ZACCARIA; in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 20, con nota di E.O. VILLANI; in *Notariato*, 2004, p. 130, con nota di RUFFINI. In argomento si v. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 552; G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 476; DI MAJO, *La trascrizione del preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 518; GRIFFI, *Privilegio da contratto preliminare inseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 487; RELLINI, *Privilegio speciale immobiliare e l'ipoteca iscritta prima del contratto preliminare ineseguito*, *Giur. comm.*, 2001, II, p. 656.

<sup>(125)</sup> Cfr. Trib. Genova, 25 gennaio 1991, in *Giur. comm.*, 2001, II, 656, con nota di RELLINI, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 188, con nota di GIUDICI, in *Notariato*, 2001, p. 583, con nota di MAGLIULO; Trib. Lucca, 23 novembre 2002, in *Arch. civ.*, 2003, p. 416; Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 2002, in *Fall.*, 2003, p. 1321, con nota di TANZARIELLO.

do  
se  
ge  
da  
m  
qu  
cia  
zio  
ter  
va  
Qu  
28:  
co  
mi  
so  
tut  
sia  
cor  
do  
do  
mil  
be  
con  
trar  
pos  
bis,  
terz  
sugl  
mes  
mer  
te la  
corr  
l'art  
gire  
mor  
quel

(  
(  
privile  
per la  
espres

do, 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. L'argomento di maggior rilievo prospettato in proposito dai sostenitori dell'opposta tesi è quello della natura "trascrizionale" che caratterizzerebbe il privilegio speciale introdotto con l'art. 2775 *bis*, c.c., da cui deriverebbe la subordinazione dell'efficacia della prelazione ai principi positivi che regolano la materia della pubblicità immobiliare, e segnatamente al principio della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle relative iscrizioni o trascrizioni. Questo argomento non è stato condiviso dalla Suprema Corte <sup>(126)</sup>. 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 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 peggiore. 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 <sup>(127)</sup>. Né alcuna valenza in senso contrario può essere ravvisata, secondo quanto riferito dai sostenitori dell'opposta tesi, nella pretesa deroga che sarebbe dettata dagli artt. 2644, 2645 *bis*, c.c., secondo la quale gli atti trascritti "non hanno effetto riguardo a terzi (i creditori ipotecari) che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente". Premesso infatti che l'art. 2644 regola gli effetti della trascrizione in generale, mentre l'art. 2645 *bis*, successivamente aggiunto, disciplina specificamente la trascrizione dei contratti preliminari sicché è a quest'ultima che occorre fare riferimento, va in proposito rilevato che il secondo comma dell'art. 2645 *bis*, oggetto di contestazione, si limita innanzitutto a far retroagire l'efficacia dichiarativa della trascrizione del contratto definitivo al momento della trascrizione del preliminare, con una disciplina identica a quella della sentenza in relazione alla domanda accolta (art. 2652 c.c.);

<sup>(126)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197, cit.

<sup>(127)</sup> Va al riguardo ricordato che il codice civile del 1942 non ha reintrodotto le ipoteche privilegiate e pertanto la disciplina relativa al conflitto tra ipoteche non può essere applicata per la risoluzione del conflitto tra privilegio speciale immobiliare ed ipoteche, disciplinato espressamente dall'art. 2748, comma 2°, c.c.

visto dall'art.  
immobile og-  
gravanti sullo  
del contrat-

ha confermato  
stabilito la pre-  
c., rispetto alle  
e alla trascrizio-

suddetta giuri-  
c.c., per il quale  
eriti ai creditori  
uale fra più cre-  
di grado ante-

ssenza di un'e-  
vece espressa-  
vile (artt. 2772,  
68), tale diffe-  
i principi enu-  
tore al riguar-

ininni, in *Giur. it.*,  
RIOLI; in *Riv. not.*,  
C. ZACCARIA; in  
con nota di RUF-  
tto *preliminare*, in  
*privilegio a tutela*  
*conflitto tra privile-*  
*preliminare e ipo-*  
2001, II, p. 476;  
7, p. 518; GRIFFI,  
e?, in *Banca, bor-*  
*iscritta prima del*

on nota di RELLI-  
ato, 2001, p. 583,  
416; Trib. Reggio

inoltre la stessa norma attribuisce alla trascrizione del preliminare seguita da quella del definitivo l'efficacia tipica dettata dall'art. 2644 c.c., per cui non sono opponibili all'acquirente le trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro l'alienante dopo la trascrizione del preliminare. 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 c.c. Infine i sostenitori dell'opposta tesi indicano, come ulteriori elementi di riscontro della bontà della tesi sostenuta, la espressa previsione del privilegio trascrizionale contenuto nell'art. 2762 c.c.; la disposizione dell'art. 2825 *bis*, c.c., richiamata dall'art. 2775 *bis*, c.c., che sancisce la prevalenza del creditore ipotecario con riferimento alle ipoteche iscritte dopo la trascrizione del preliminare; la collocazione dell'art. 2780 n. 5 *bis*, c.c., all'ultimo posto nella graduazione dei privilegi codicistici. Anche le dette indicazioni risultano però sostanzialmente inconsistenti. Per il primo punto è sufficiente rilevare che la preferenza per il creditore che ha trascritto per primo nel caso di concorso di privilegi è espressamente stabilita dalla norma ed appare pertanto di per sé assai poco significativa; sul secondo che l'affermata prevalenza dell'ipoteca sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare nel caso di mancata esecuzione dello stesso non è dato suscettibile di univoca interpretazione, potendo anche trovare ragionevole motivazione nel fatto che nel difetto della norma il promissario acquirente avrebbe potuto trovare prioritaria soddisfazione anche nei confronti dell'ente finanziatore del credito garantito, effetto che viceversa il legislatore voleva verosimilmente e ragionevolmente evitare (non è inutile evidenziare in proposito che la detta prevalenza è stata introdotta in sede di conversione per evidenti motivi di opportunità); sul terzo che certamente la denunciata anomalia relativa all'ordine di priorità dei privilegi è espressione di un inadeguato coordinamento normativo, che sarebbe incontestabilmente opportuno rimuovere ma che non può certamente essere considerato sintomo della volontà derogatrice del legislatore rispetto al principio generale fissato con l'art. 2748 c.c. (128).

#### 6. - Critiche della dottrina e intervento delle Sezioni unite

La grande maggioranza della dottrina (129), come ha messo in evidenza

(128) Cfr. Cass., sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197, cit.

(129) Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 552; LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare*, in Luminoso-Palermo, Padova, 1997, p. 81; G. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per -*

Giovanni Gabrielli<sup>(130)</sup>, salvo qualche significativa e persuasiva opinione contraria della dottrina<sup>(131)</sup>, è dell'avviso che l'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare prevalga sul privilegio speciale immobiliare previsto dall'art. 2775 *bis* c.c.

*mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa e fit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss.; ID., *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 163; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 229; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 1, in *Il Codice civile Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 2643-2645 *bis*, Milano, 1998, p. 723; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *Trattato Rescigno dei contratti*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 291; CAPRIOLI, *Il conflitto tra creditore ipotecario ed il promissario acquirente deluso tra la Cassazione e il legislatore*, in *Fallimenti*, 2004, p. 1327; NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, p. 1382; SICCHIERO, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari*, in *AA.Vv.*, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, 2005, p. 23; ID., *Prevalenza del privilegio ex art. 2775 bis c.c. sulle ipoteche anteriormente iscritte?*, in *Giur. it.*, 2005, p. 286; MARICONDA, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 129; CACCAVALE-TASSINARI, *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, p. 405. In argomento si v. pure DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 512; F. RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 316; E.C. ZACCARIA, *Il conflitto fra il creditore privilegiato ex art. 2775 bis codice civile ed il creditore ipotecario*, in *Contratti*, 2004, p. 550; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, I, p. 270; E.O. VILLANI, *Privilegio del promissario acquirente e creditori ipotecari*, *Dir. fall.*, 2004, II, p. 20; VOCATURO, *La trascrizione del preliminare: una mina in danno dei creditori ipotecari precedenti*, in *Riv. not.*, 2004, p. 534; BOBRO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 280 ss. e p. 739 ss.

<sup>(130)</sup> Cfr. G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 793.

<sup>(131)</sup> Cfr. G. CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 389; DE NOVA, *Privilegio del promissario acquirente ed ipoteche sull'immobile*, *Relazione al Convegno su La garanzia ipotecaria a rischio - Il contratto preliminare di vendita: il nuovo privilegio speciale concesso al promissario acquirente*, Milano, 14 maggio 1997; BOZZACANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 346 ss.; G. ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 362; PATRONI GRIFFI, *Concorso fra privilegio ed ipoteca-Note a margine dell'art. 2775 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 341 ss.; S. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 40; TARDIVO, *Trascrizione del preliminare di vendita e finanziamento fondiario*, in *Vita not.*, 1997, p. 117 ss.; CIOFFI, *La facoltà di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. impresa*, 1997, p. 164; APICE, *I rapporti tra privilegio speciale immobiliare e ipoteca alla luce della disciplina di cui alla l. n. 30 del 1997*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 1169; PRESTI e PATRONI GRIFFI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss.; VECCHIO, *La tutela dell'acquirente nelle compravendite di immobili su pianta o in costruzione*, in *AA.Vv.*, *Il nuovo diritto dei consumatori*, a cura di Iurilli e Vecchio, Torino, 2009, p. 385 ss. In argomento si v. pure SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 222.

are seguita  
c.c., per cui  
oni eseguite  
dice di quan-  
sintonia con  
retata come  
i sostenito-  
contro della  
o trascrizio-  
bis, c.c., ri-  
el creditore  
rizzazione del  
timo posto  
icazioni ri-  
to è suffi-  
o per primo  
i norma ed  
che l'affer-  
tratto pre-  
o suscetti-  
vole moti-  
acquirente  
fronti del-  
egislatore  
le eviden-  
de di con-  
amente la  
è espres-  
; in conte-  
te essere  
rispetto al

evidenza

*Riv. dir. civ.*,  
lermo, Pa-  
riente per -

Una parte della dottrina, dunque, ha aspramente criticato l'interpretazione formalistica della Cassazione<sup>(132)</sup>, la quale, oltre a contrastare con i generali meccanismi della pubblicità immobiliare<sup>(133)</sup>, porterebbe a conseguenze paradossali, generando sia facili frodi o abusi<sup>(134)</sup>, sia incongrue ed irragionevoli disparità di trattamento<sup>(135)</sup>.

In particolare, si è osservato che la prevalenza dei privilegi speciali immobiliari sulle ipoteche è storicamente giustificata dal rilievo esclusivo che, nel sorgere del privilegio, assume rilievo la causa del credito, laddove il privilegio accordato al promissario acquirente non si ricollega solo alla causa del credito, ma presuppone necessariamente anche la trascrizione del contratto preliminare in funzione costitutiva del privilegio medesimo (come, d'altronde, è consentito dall'art. 2745 c.c.)<sup>(136)</sup>, dal che sarebbe ragionevole

<sup>(132)</sup> Cfr. 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss.; SICCHIERO, *Prevalenza del privilegio ex art. 2775 bis c.c. sulle ipoteche anteriormente iscritte?*, in *Giur. it.*, 2005, p. 286.

<sup>(133)</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 724.

<sup>(134)</sup> Cfr. LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 75 ss., il quale precisa che l'affermata prevalenza del privilegio consente infatti di innescare un meccanismo frodatario di semplicissima attuazione, essendo a tal fine sufficiente accedere al credito mediante concessione di ipoteca volontaria su un immobile, concludere poi con un contraente compiacente un preliminare di vendita, trascriverlo e non adempierlo. In tal modo il debitore incallito incasserà due volte il valore dell'immobile: la prima quando si sia fatto concedere il credito garantendolo con ipoteca; la seconda recuperando dal complice promissario acquirente il prezzo della vendita all'asta dell'immobile pignorato, stante appunto la prevalenza del privilegio sull'ipoteca già iscritta; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 291; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, I, p. 30.

<sup>(135)</sup> Cfr. G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 797; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, cit., p. 229; PICCOLI, *Natura ed effetti della trascrivibilità del preliminare*, in *Notariato*, 1997, p. 387; DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 518. Il paradosso consisterebbe nel fatto che il creditore ipotecario sarebbe pienamente garantito in caso di conclusione del contratto definitivo, mentre soccomberebbe, rispetto al privilegio del promissario acquirente, in caso di mancata esecuzione del preliminare, dipendendo così la sua garanzia da vicende del tutto aleatorie e per di più, in caso di inadempimento, illecite, persino se tale illiceità derivasse da inadempimento dello stesso promissario acquirente.

<sup>(136)</sup> Cfr. 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*, cit., p. 476 ss.; RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 316; PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in Luminoso e Palermo, Padova, 1997, p. 151; BENCHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 272; ALESSI, *Il privilegio*

dedurre l'intento del legislatore di assegnare a tale forma pubblicitaria anche la funzione, ad essa connaturata, di risolvere i possibili conflitti tra titolari di diritti assoggettati al medesimo regime di pubblicità; si è anche sostenuto che l'intento del legislatore di derogare in questo caso al normale criterio di prevalenza dei privilegi sulle ipoteche (anche se sorte in epoca anteriore) si desumerebbe pure dalla collocazione del privilegio in discorso all'ultimo posto nella graduazione stabilita dall'art. 2780 c.c., quindi dopo i crediti per concessione di acque e per tributi indiretti, i quali però non possono essere esercitati in pregiudizio dei diritti anteriormente acquisiti dai terzi sui medesimi immobili (artt. 2772 e 2774): di modo che, ove si ipotizzasse la prevalenza del privilegio del promissario acquirente sul creditore ipotecario *potior in tempore* ma partecipassero al concorso anche crediti privilegiati per concessione di acque o per tributi indiretti, risulterebbe impossibile stabilire l'ordine di ripartizione delle somme<sup>(137)</sup>. Si è ancora aggiunto in dottrina che appare scarsamente razionale ipotizzare la prevalenza del

*immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 362; PETRAGLIA, *Rapporti fra credito fondiario e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 228; FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, cit., p. 421, il quale sottolinea che la trascrizione è anche elemento essenziale per la nascita del privilegio immobiliare in favore del promissario acquirente. In senso contrario si v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 726, il quale precisa che la trascrizione non è coelemento della fattispecie costitutiva del privilegio, ma presupposto di opponibilità al terzo del preliminare e quindi del rapporto obbligatorio che ad esso si ricollega, anche in chiave risarcitoria o restitutoria. In tanto dunque la prelazione può nascere, in quanto l'onere di trascrivere il contratto, che la legge prevede soggetto a trascrizione, sia assolto, secondo la regola posta dall'art. 2645 bis, comma 1°, sulla scia dell'art. 2643. La trascrizione svolge pertanto anche in questo caso la sua ordinaria funzione dichiarativa e non è una di quelle "particolari forme di pubblicità" di cui parla l'art. 2745, cosicché non si è in presenza di un privilegio cd. iscrizionale, che presuppone una pubblicità costitutiva del privilegio stesso. La riprova di ciò è nel fatto che nei privilegi iscrizionali la pubblicità riguarda proprio il credito, già venuto ad esistenza. Nel caso di specie, al contrario, la pubblicità riguarda e non può che riguardare il contratto preliminare in quanto tale, dal momento che il credito da privilegiare è solo eventuale e nascerà, se nascerà, in caso di mancata esecuzione del preliminare stesso trattandosi di credito risarcitorio o restitutorio. Al riguardo G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 794, nota 2, ha rilevato che il privilegio iscrizionale o trascrizionale, non spetta in considerazione soltanto della natura del credito, ma esige l'esecuzione di una formalità pubblicitaria, la quale è pertanto requisita per la costituzione di esso.

<sup>(137)</sup> Cfr. CACCAVALE-TASSINARI, *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, p. 405. Al riguardo si è però convincentemente ritenuto applicabile per analogia il criterio disciplinato dall'art. 2781 c.c., il quale compone il conflitto stabilendo che il privilegio che deve essere preferito al pegno prevale su quegli altri che devono, invece, essere posposti al pegno, anche se anteriori di grado: così PATRONI GRIFFI, *Concorso fra privilegio ed ipoteca-Note a margine dell'art. 2775 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 342.

privilegio del promissario acquirente sulle ipoteche precedentemente iscritte, volta che tali ipoteche risultano invece certamente opponibili al medesimo acquirente dopo il perfezionamento del contratto definitivo di acquisto dell'immobile<sup>(138)</sup>, e che lo stesso tenore letterale della disposizione contenuta nell'art. 2825 *bis*, laddove eccezionalmente sancisce che l'ipoteca iscritta a garanzia di un mutuo fondiario accollato al promissario acquirente prevale sulla trascrizione "anteriore" del contratto preliminare, fa comprendere che, in presenza di una trascrizione posteriore di detto contratto (per la quale, a maggior ragione, non potrebbe non valere il medesimo criterio di prevalenza), non occorre enunciare alcuna eccezione, potendosi senz'altro fare applicazione della regola generale desumibile dal regime di priorità temporale delle iscrizioni e trascrizioni immobiliari<sup>(139)</sup>.

Alcuni autori hanno quindi proposto di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 2748, comma 2°, c.c., per contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>(140)</sup>; altri hanno invece proposto, in alternativa alla questione di legittimità costituzionale, una interpretazione costituzionalmente orientata e restrittiva dell'art. 2748, comma 2°, c.c., che esclude il privilegio iscrizionale, come è quello del promissario acquirente, dalla sfera di applicazione del-

<sup>(138)</sup> Cfr. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, I, p. 30. Al riguardo si è in senso contrario rilevato che nella fattispecie di cui si discute non vi è però un conflitto tra il diritto del promissario acquirente di ottenere l'esecuzione specifica del contratto e l'ipoteca del terzo sullo stesso bene oggetto del preliminare, nel qual caso il ragionamento a *maiori minus* esposto troverebbe fondamento, nel senso che se l'ipoteca è iscritta antecedentemente alla trascrizione del preliminare, il creditore ipotecario potrebbe far valere la sua causa di prelazione anche nei confronti del promissario acquirente, atteso che la potrebbe fare valere nei confronti dell'acquirente definitivo. Vi è, invece, un conflitto tra il privilegio speciale del promissario acquirente, conseguente alla risoluzione o scioglimento del contratto preliminare (per cui l'esecuzione in forma specifica non è più possibile), e l'ipoteca iscritta sullo stesso bene; si è, cioè, in presenza del diverso conflitto tra cause di prelazione (e non tra queste e diritti reali di godimento dei terzi o diritti obbligatori diretti ad attuare un trasferimento con effetti reali) e la prevalenza dell'una sull'altra è stabilita dalla legge, indipendentemente dalla priorità cronologica dell'una sull'altra, soltanto in base alla priorità che il legislatore, per ragioni varie, ritiene di dover attribuire: così, BOZZA-CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 347, i quali precisano che questo conflitto trova la sua regolamentazione nell'art. 2748 c.c. Per le controcritiche si v. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 725.

<sup>(139)</sup> In argomento si v. G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 797; 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*, cit., p. 476 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 724 ss.; SICCHIERO, *Prevalenza del privilegio ex art. 2775 bis c.c. sulle ipoteche anteriormente iscritte?*, cit., p. 286.

<sup>(140)</sup> Cfr. GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, cit., p. 230.

la regola di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c. <sup>(141)</sup>. Al riguardo si è quindi ritenuto che la regola generale codicistica di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., che sarebbe implicitamente derogata dall'art. 2645 *bis*, comma 2°, c.c., riguarderebbe solo il conflitto tra ipoteche e privilegi speciali immobiliari non iscrizionali <sup>(142)</sup>. Secondo questa dottrina, quindi, al di là dell'eccezione prevista dall'art. 2775 *bis*, comma 2°, c.c., per le ipoteche ivi considerate <sup>(143)</sup>, il privilegio sarebbe sempre opponibile alle ipoteche iscritte dopo la trascrizione del contratto preliminare, mentre non sarebbe opponibile, salve le due eccezioni previste dall'art. 2775 *bis*, comma 2°, c.c., alle ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare <sup>(144)</sup>. In definitiva, il privilegio speciale immobiliare in questione, nonostante l'assenza di una disposizione di legge analoga a quella di cui all'art. 2810, comma 3°, c.c., viene assimilato all'ipoteca legale di cui all'art. 2817 c.c. <sup>(145)</sup>. Pertanto, se la garanzia si è costituita mediante iscrizione nei pubblici registi immobiliari, non vi sareb-

<sup>(141)</sup> Cfr. G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 797.

<sup>(142)</sup> Cfr. 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*, cit., p. 476, ss., il quale al paragrafo 7 precisa che questi, ultimi, pertanto, al di fuori di ogni intervento di pubblicità degli atti, ai quali gli stessi non erano e non sono sottoposti, prevalgono e prevarranno sulle ipoteche, costituite sia anteriormente sia posteriormente agli stessi, solo in considerazione della particolare causa del credito; regola che attualmente opera per i privilegi di cui agli artt. 2770-2774, poiché gli stessi, a differenza di quello in esame, tutelano interessi pubblici e non interessi privati, anche se socialmente rilevanti, come nel caso della norma in considerazione. Sul punto si v. pure F. RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 316; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, I, p. 270.

<sup>(143)</sup> Secondo GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 728, gli artt. 2825 *bis* e 2775 *bis* c.c. dettano un'eccezione non già all'art. 2748, comma 2°, c.c., bensì all'art. 2644 c.c.

<sup>(144)</sup> 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*, cit., p. 476, ss., il quale precisa che gli inconvenienti si evitano se si interpreta correttamente la specifica regola di conflitto di cui all'art. 2775 *bis*, comma 2°, c.c., rispetto alla disciplina dell'art. 2645 *bis*, comma 2°, c.c., e si coordinano correttamente tali disposizioni della legge di riforma con la regola di conflitto codicistica di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., considerando che certamente la stessa non si riferisce ai privilegi la cui nascita si collega a forme di pubblicità.

<sup>(145)</sup> Cfr. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, cit., p. 476; A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità e garanzie*, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998, p. 78, nota 152.

be ragione di non applicare le regole tipiche della priorità temporale della trascrizione (<sup>146</sup>).

La prima sezione civile della Cassazione (<sup>147</sup>), investita di un ricorso avverso un provvedimento emesso in sede di reclamo dal Tribunale di Forlì (<sup>148</sup>), stante la rilevanza della questione e la probabilità che essa abbia a riproporsi frequentemente anche in futuro, ha rimesso alle Sezioni unite la questione se il privilegio speciale del promissario acquirente di cui all'art. 2775 *bis* c.c., salvo che si tratti di ipoteche relative a mutui a lui erogati per l'acquisto del bene immobile od a favore dei creditori garantiti ai sensi dell'art. 2825 *bis* c.c., sia da ritenere prevalente sulle ipoteche iscritte anteriormente sugli immobili oggetto del preliminare.

Le Sezioni unite (<sup>149</sup>), mutando orientamento, hanno statuito che "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 2° 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 lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72, l.fall.) (<sup>150</sup>), il conseguente credi-

(<sup>146</sup>) Cfr. A. LUMINOSO, *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 1998, p. 564 ss.

(<sup>147</sup>) Cfr. Cass., sez. I, ord., 20 ottobre 2008, n. 25442, Pres. Luccioli, Rel. Rordorf, in *Notariato*, 2009, p. 497, con nota di CHIANALE, in *Corr. giur.*, 2009, p. 173, con nota di AGNINO.

(<sup>148</sup>) Cfr. Trib. Forlì, 7 aprile 2004, inedito.

(<sup>149</sup>) Cfr. Cass., sez. un., 1° ottobre 2009, n. 21045, Pres. Carbone, Rel. Spirito, in *Giur. it.*, 2010, p. 797, con nota di SICCHIERO, *ivi*, p. 1049, con nota di TERLIZZI e ARCHINÀ; in *Vita notariale*, 2009, p. 1321, con nota di VECCHIO; in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 266, con nota di Luca RUGGERI; in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 331, con nota di P. MONTALEONE, *ivi*, p. 341, con nota di CALEO; in *Contratti*, 2010, 674 con nota di TAGLIALAVORO.

(<sup>150</sup>) Al riguardo si segnala che il potere discrezionale del curatore di subentrare, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, nel contratto in luogo del fallito, ai sensi dell'art. 72, comma 1°, l.fall., oltre ad essere sindacabile per abuso del diritto (cfr. Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106), trova un inderogabile limite nel nuovo art. 72, comma 8°, l. fall., il quale impone al curatore, incondizionatamente, per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire, di subentrare nei contratti preliminari di vendita trascritti. Ai fini della opponibilità al fallimento sarà necessario che il contratto preliminare in questione, sia stato trascritto o abbia data certa anteriore al fallimento ed abbia ad oggetto immobili da costruire ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale degli acquirenti o dei loro parenti ed affini entro il terzo grado. Qualora dal contratto preliminare non emerga la destinazione ad uso abita-

to  
ne  
na  
do  
pre  
sul  
cier  
  
ste  
2°,  
ced  
trin  
bis,  
zioni

tivo  
te pr  
cipal  
cipal  
l'art.  
zione  
data  
del ve  
to, in  
ne ch  
ziona  
d.lgs.  
bile al  
atti gi  
le, ess  
tomer  
(1  
ta esec  
medes  
munq  
applic  
(1  
dine gi  
promit  
fondia  
ipoteca  
rale re  
sono e  
chi riti

to del promissario acquirente - nella specie, avente ad oggetto 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".

Le S.U., muovendo dalle esatte premesse che nel caso di specie non esiste una espressa norma derogatoria del precetto di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., chiariscono che la regola di conflitto tra privilegio ed ipoteca precedentemente iscritta, contrariamente a quanto è stato sostenuto in dottrina<sup>(151)</sup>, non può essere rinvenuta negli artt. 2645 *bis*, comma 2°, e 2775 *bis*, c.c., che costituirebbero un sottosistema nel sottosistema della trascrizione del contratto preliminare<sup>(152)</sup>. Le S.U., tuttavia, accogliendo la tesi di

tivo degli acquirenti o dei loro parenti ed affini entro il terzo grado, sarà comunque sufficiente provare che gli aventi diritto hanno destinato gli immobili in questione ad abitazione principale, trasferendo la loro residenza, o comunque adibendo gli immobili ad abitazione principale, come da certificati di residenza o atti notori. La data certa anteriore, infatti, ai sensi dell'art. 45, l.fall., concerne gli atti giuridici e non già i fatti giuridici, qual è appunto la "destinazione ad abitazione principale", che pertanto può essere provata con ogni mezzo ed anche in data successiva al fallimento. In senso contrario si v. MORANO, *Appunti in tema di fallimento del venditore e tutela del promissario acquirente in presenza ed in assenza di preliminare trascritto*, in *Il nuovo diritto fallimentare ed il ruolo del notaio*, Milano, 2008, pp. 58 e 66, il quale ritiene che la "destinazione" dell'immobile all'uso abitativo presuppone che tale funzionalizzazione sia contenuta, se non nello stesso contratto preliminare, come nell'art. 10 d.lgs. n. 122/2005, quantomeno in un altro documento munito di data certa e quindi opponibile al fallimento. A questo Autore si potrebbe replicare che l'art. 45, l.fall., si riferisce solo gli atti giuridici e non già ai fatti giuridici, e che pertanto la destinazione ad abitazione principale, essendo appunto un fatto giuridico, non necessita né di essere provato per iscritto né tantomeno di data certa, ai fini della opponibilità al fallimento.

(151) Cfr. 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss. Le S.U., a ben vedere, condividono comunque il risultato al quale perviene il predetto Autore, dato che comunque ritengono non applicabile l'art. 2748, comma 2°, c.c. al privilegio immobiliare iscrivibile.

(152) Le S.U. precisano che l'art. 2775 *bis* c.c., comma 2°, non si occupa del problema di ordine generale del rapporto tra privilegio e 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 dell'art. 2748 c.c., comma 2°, (da parte di chi ritiene che l'inopponibilità del privilegio alle ipoteche successive presuppone, a maggior

una parte della dottrina <sup>(153)</sup>, ritengono che la deroga all'art. 2748, comma 2°, c.c., non debba necessariamente essere contenuta in un esplicito precetto, potendo essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso, attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tende 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.

Secondo le S.U., dunque, il privilegio che assiste il credito del promissario acquirente non si ricollega esclusivamente alla causa del credito, ma la sua costituzione necessariamente presuppone la trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c. Ne consegue che tale privilegio <sup>(154)</sup>, rientrando nella categoria dei privilegi la cui costituzione è subordinata ad una particolare forma di pubblicità (art. 2745, seconda parte, c.c.), non è soggetto alla regola di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., bensì a quella del *prior in tempore potior in iure* che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità <sup>(155)</sup>, facendone conseguire che l'ipoteca trascritta prima della costituzione del privilegio debba su quest'ultimo prevalere. Le caratteristiche del

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 privilegi o alle sole ipoteche successive e non anche alle precedenti).

<sup>(153)</sup> Cfr., per tutti, G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 795 ss. Per alcuni argomenti logici le S.U. hanno ripreso la tesi sostenuta da ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, *Tutela dei diritti*, sub. Art. 2740-2899), Bologna-Roma, 1956, p. 59 e p. 93.

<sup>(154)</sup> Assimilato da G. Tucci all'ipoteca legale: cfr. 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*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 476 ss., il quale pone 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 c.c.) 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.

<sup>(155)</sup> Per le critiche si v. VECCHIO, *Per le Sezioni unite della Cassazione il privilegio immobiliare ex art. 2775 bis c.c. non prevale sulle ipoteche iscritte anteriormente (in requiem dei promissari acquirenti di immobili su pianta o da costruire)*, in *Vita not.*, 2009, p. 1321 ss.

p.  
lo  
zi  
to  
to  
pr  
cc  
da  
m  
pr  
cu  
po  
me  
co  
fer  
le,  
ria  
me  
ste  
flit  
che  
pre  
que  
que

cial  
me  
ben

lific  
l'ap  
tem

(  
a pe  
ne de  
menti  
scenti  
dall'u  
del cri  
minar  
con qu

privilegio in esame assumerebbero 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 c.c., comma 4°, e art. 2774 c.c., comma 2°). 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 dall'art. 2748, comma 2°, 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.

Con la sentenza in questione la Cassazione non applica ai privilegi speciali immobiliari la disciplina loro propria in base al dato formale delle norme positive in materia di risoluzione dei conflitti tra cause di prelazione, bensì la diversa disciplina in materia di pubblicità degli atti <sup>(156)</sup>.

Per pervenire a queste conclusioni la Suprema Corte adduce che la qualifica di "privilegio speciale immobiliare" non necessariamente comporta l'applicazione del principio secondo cui esso prevale sull'ipoteca precedentemente iscritta. L'art. 2748, comma 2°, c.c., infatti, si applicherebbe solo a

<sup>(156)</sup> La soluzione adottata dalle S.U. consente: a) di risolvere la 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 (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; b) riduce la possibilità di accordi fraudolenti in danno del creditore ipotecario; c) evita il crearsi di una situazione nella quale non è possibile determinare l'ordine dei privilegi, in caso di concorso dei privilegi di cui agli artt. 2772 e 2774 c.c., con quello di cui all'art. 2775 bis c.c., e con ipoteche anteriori.

quei privilegi a tutela di interessi pubblici che assistono crediti normalmente incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione di una cosa, e che non necessitano di particolari forme di pubblicità<sup>(157)</sup>. Al contrario, il privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c., che è diretto a tutelare un interesse meramente privato, 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<sup>(158)</sup>, e necessita per la sua costituzione di particolari oneri pubblicitari (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 in tempore potior in iure*.

Le S.U., in definitiva, applicano le formali regole di risoluzione dei conflitti tra le cause di prelazione, non già in funzione della qualificazione attribuita dal legislatore alle stesse cause di prelazione, bensì in ragione della concreta natura e indole del privilegio.

#### 7. - Controcritiche all'orientamento delle Sezioni unite

Contrariamente a quanto adducono le S.U., i cd. privilegi iscrizionali, che sono subordinati a particolari forme di pubblicità (art. 2745 c.c.), non possono essere considerati alla stregua delle ipoteche, con la conseguente applicazione della regola *prior in tempore potior in iure*<sup>(159)</sup>, che secondo le

<sup>(157)</sup> A ben vedere, l'autorevolissima dottrina richiamata al riguardo dalle S.U., è riferibile ad ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, *Tutela dei diritti*, sub. Art. 2740-2899), Bologna-Roma, 1956, p. 59 e p. 93, il quale nel cercare di giustificare la ratio dell'art. 2748, comma 2°, c.c., osservava che il privilegio "assistendo il credito normalmente incidente sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa, non può non essere anteposto alla ipoteca, la quale, invece, influisce sul valore di scambio del bene gravato". Questo passo dell'A. non poteva certamente essere utilizzato dalle S.U. per limitare l'ambito di applicazione della norma, la cui ratio, a ben vedere, non è chiara: cfr. GAETANO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, 1949, p. 53 ss.; CICCARELLO, voce *Privilegio*, cit., p. 727 ss.

<sup>(158)</sup> Per le critiche si v. VECCHIO, *Per le Sezioni unite della Cassazione il privilegio immobiliare ex art. 2775 bis c.c. non prevale sulle ipoteche iscritte anteriormente (in requiem dei promissari acquirenti di immobili su pianta o da costruire)*, in *Vita not.*, 2009, p. 1336, il quale segnala che per il promissario acquirente di un immobile in costruzione è incompleto dire che "acquista il diritto al valore di scambio della cosa". Il credito a ben vedere incide sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa, dato che spesso le somme versate dal promissario acquirente servono proprio per la realizzazione dell'opera.

<sup>(159)</sup> La regola di conflitto legislativamente prevista in relazione a specifiche fattispecie, non può essere applicata ai casi non previsti: si v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 2° ed., p. 492.

S.U. pervade di sé l'intero sistema della pubblicità immobiliare <sup>(160)</sup>, e segnatamente della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle relative iscrizioni o trascrizioni.

Il fatto che il sorgere del privilegio speciale immobiliare sia subordinato a particolari forme di pubblicità, come recita l'art. 2745 c.c., non toglie, tuttavia, che il legislatore abbia comunque voluto assoggettare tale privilegio speciale alla regola di risoluzione dei conflitti di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c. Il legislatore, infatti, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, dopo avere espressamente previsto dei privilegi speciali, come quello di cui all'art. 2775 *bis* c.c. <sup>(161)</sup>, ha deliberatamente voluto disciplinare il conflitto in questione con la regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., facendo quindi prevalere anche i privilegi iscrizionali sulle ipoteche anteriormente iscritte.

Una ulteriore conferma della volontà del legislatore di fare prevalere, in via generale, i privilegi anche iscrizionali alle ipoteche anteriormente iscritte, è data dall'art. 2779 c.c., completamente ignorato dalle S.U. <sup>(162)</sup>, le quali addirittura affermato che per i privilegi mobiliari iscrizionali, "ovviamente il problema del concorso con altre cause di prelazione aventi natura trascrizionale non si pone [...]". A ben vedere, invece, il problema si pone e il legislatore lo disciplina all'art. 2779 c.c.: nel caso di concorso tra privilegio speciale mobiliare iscrizionale e ipoteca mobiliare, infatti, il codice civile risolve il conflitto facendo prevalere alcuni particolari privilegi sull'ipoteca automobilistica, anche

<sup>(160)</sup> Nulla di più errato: cfr. VECCHIO, *Per le Sezioni unite della Cassazione il privilegio immobiliare ex art. 2775 bis c.c. non prevale sulle ipoteche iscritte anteriormente (in requiem dei promissari acquirenti di immobili su pianta o da costruire)*, in *Vita not.*, 2009, p. 1338, il quale nel criticare la sentenza delle S.U., precisa che il principio *prior in tempore potior in iure* svolge un ruolo residuale soprattutto con riguardo al sistema della trascrizione immobiliare.

<sup>(161)</sup> In dottrina si è escluso che il privilegio del promissario acquirente possa qualificarsi come iscrizionale ai sensi dell'art. 2745 c.c., dal momento che la pubblicità non ha per oggetto, come in altri casi, la fattispecie costitutiva del credito privilegiato, ma il contratto preliminare che di tale credito è soltanto antecedente remoto ed eventuale, dipendendo il sorgere del credito dalla successiva in esecuzione del preliminare stesso (cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 726, il precisa che la trascrizione svolge pertanto anche in questo caso una funzione dichiarativa e non è una di quelle particolari forme di pubblicità di cui parla l'art. 2745 c.c., cosicché non si è in presenza di un privilegio cd. iscrizionale, che presuppone una pubblicità costitutiva del privilegio stesso). Al riguardo G. GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 794, nota 2, precisa che il rilievo di Gazzoni, indubbiamente corretto, non toglie, tuttavia, che il privilegio, iscrizionale o trascrizionale che voglia chiamarsi, non spetta in considerazione soltanto della natura del credito, ma esige l'esecuzione di una formalità pubblicitaria, la quale è pertanto requisito per la costituzione di esso.

<sup>(162)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 1° ottobre 2009, n. 21045, cit., a pag. 29 della motivazione.

se anteriore <sup>(163)</sup>. L'art. 2779 c.c. dispone che se i privilegi mobiliari di cui all'art. 2778 c.c. concorrono con le ipoteche sugli autoveicoli, menzionate nell'art. 2810 c.c., queste sono posposte ai privilegi menzionati nei primi dieci numeri dell'art. 2778 e sono preferite a tutti gli altri. L'art. 2779 c.c., dunque, a seconda della causa, del tipo e della natura del credito, attribuisce al creditore privilegiato la preferenza rispetto al creditore ipotecario, nonostante quest'ultimo credito sia sorto in data anteriore al sorgere del credito privilegiato.

Come si è già visto, la *ratio* della suddetta norma è analoga alla *ratio* dell'art. 2748, comma 2°, c.c., dato che il legislatore, salvo casi eccezionali, a seconda della causa, del tipo e della natura del credito, colloca il privilegio speciale al vertice della gerarchia delle garanzie reali, a prescindere dalla anteriorità o posteriorità del sorgere del privilegio speciale immobiliare. Ne deriva che, gli effetti dei privilegi di cui all'art. 2745 c.c., siano essi iscrizionali o non iscrizionali, una volta sorti, sono disciplinati dalle regole generali di cui agli artt. 2747 e 2748 c.c., salvo che la legge non disponga diversamente, come nel caso particolare dei privilegi iscritti sugli autoveicoli, che sono considerati ipoteche dall'art. 2810, comma 3°, c.c., ai quali si applica, in caso di conflitto tra privilegi (considerati ipoteche dalla legge), la regola di priorità delle trascrizioni (art. 2762, comma 5°, c.c.), e in caso di conflitto tra privilegi e ipoteche, la regola di cui all'art. 2779 c.c., che fa prevalere alcuni privilegi sull'ipoteca automobilistica, anche se anteriore.

Ora è evidente che il privilegio iscrizionale di cui all'art. 2775 *bis* c.c., nonostante la espressa regola generale di cui agli artt. 2745 e 2748, comma 2°, c.c., e nonostante la mancanza di una espressa norma come l'art. 2810, comma 3°, c.c., non poteva essere considerato dalle S.U. come una ipoteca, con la conseguente applicazione del principio che regola la priorità delle iscrizioni-trascrizioni in materia di pubblicità immobiliare, analogamente a quanto dispone l'art. 2762, comma 5°, c.c.

Ai fini della disciplina applicabile ai conflitti tra privilegi e ipoteche, inoltre, è priva di fondamento la distinzione compiuta dalle S.U. tra privilegio a tutela di un interesse privato e privilegio a tutela di un interesse pubblico. Infatti, una volta che la legge accorda un privilegio ad un certo credito (art. 2745 c.c.), è giuridicamente irrilevante stabilire se il credito privilegio è a tutela di un interesse pubblico o privato, dato che la regola generale di cui all'art. 2748, comma 2°, c.c., prescinde dalla natura pubblica o privata dell'interesse tutelato dal privilegio speciale immobiliare. Né tantomeno può essere sindacata la scelta discrezionale del legislatore per avere accor-

<sup>(163)</sup> Cfr. NICOLOSO, *Il concorso dei privilegi sui mobili con le ipoteche sugli autoveicoli nella disciplina della l. 29 luglio 1975, n. 426, portante modificazioni al codice civile ed alla l. 30 aprile 1969*, in *Riv. notar.*, 1976, p. 1078 ss.

dato al promissario acquirente il privilegio immobiliare iscrizionale a tutela dei crediti che gli derivano dalla mancata esecuzione del preliminare, con prevalenza sulle ipoteche anteriormente iscritte <sup>(164)</sup>.

Orbene, se il legislatore ha deciso di inserire tra questi particolari privilegi immobiliari quello del promissario acquirente di un immobile oggetto di preliminare trascritto, è evidente che ciò è stato fatto proprio nella consapevolezza di attribuire tale posizione di vantaggio a chi ha ritenuto la necessitasse <sup>(165)</sup>.

Le S.U., dunque, ai fini della risoluzione del conflitto tra privilegio speciale immobiliare iscrizionale e ipoteca, non avrebbero potuto disapplicare l'art. 2748, comma 2°, c.c., ed applicare l'errato ed eccezionale principio del *prior in tempore potior in iure* <sup>(166)</sup>, che a ben vedere svolge un ruolo del tutto residuale in materia della pubblicità immobiliare <sup>(167)</sup>. Probabilmente le

<sup>(164)</sup> Cfr. Corte Cost., 18 giugno 1991, n. 287, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1369, la quale ritiene insindacabile la discrezionalità del legislatore nell'attribuzione di un privilegio.

<sup>(165)</sup> Cfr. VECCHIO, *Per le Sezioni unite della Cassazione il privilegio immobiliare ex art. 2775 bis c.c. non prevale sulle ipoteche iscritte anteriormente (in requiem dei promissari acquirenti di immobili su pianta o da costruire)*, in *Vita not.*, 2009, p. 1336, il quale giustamente precisa che l'interprete della legge dovrebbe *in primis* attribuire tale specifica intenzione al legislatore, anziché quella di aver fatto un po' di confusione sulle ragioni giustificative dei privilegi immobiliari già previsti rispetto a quello di nuova istituzione.

<sup>(166)</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 2ª ed., p. 492, il quale precisa che la regola di conflitto legislativamente prevista in relazione a specifiche fattispecie, non può essere applicata ai casi non previsti; Cass., sez. III, 13 novembre 2009, n. 24052, la quale ha statuito che il conflitto tra due contrapposti diritti di prelazione non può essere risolto secondo la regola di prevalenza della priorità temporale: qui *prior in tempore*, *potior in iure*, in quanto tale criterio non ha portata generale, e può essere applicato solo quando sia espressamente richiamato da una norma di legge.

<sup>(167)</sup> Cfr. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 117, il quale precisa che l'art. 2644 c.c. sancisce l'onere, per chi ha compiuto uno degli atti indicati nell'art. 2643, di effettuare la trascrizione, se vuole che esso abbia effetto nei confronti di chi a sua volta trascriva il proprio acquisto: prevede cioè una limitazione della normale efficacia acquisitiva del semplice consenso e del correlativo principio *prior in tempore potior in iure*; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 310, il quale precisa che il principio *prior in tempore potior in iure*, come criterio residuale per risolvere le controversie tra più aventi causa dello stesso autore, è in conclusione operativo, se il bene è mobile, quando nessuno dei due acquirenti abbia conseguito il possesso ovvero quando lo ha conseguito è in mala fede avendo acquistato per secondo, sapendo della precedente alienazione. Nel caso di immobili e mobili registrati il principio teoricamente opera nel caso in cui nessuno dei due acquirenti abbia trascritto ma poiché non c'è limite temporale alla trascrizione è evidente che non appena l'uno verrà a sapere dell'altro adempirà tempestivamente all'onere prevalendo ai sensi dell'art. 2644, sempre che il trascrivente non abbia già acquistato a titolo originario per usucapione ventennale (mancando la trascrizione non potrebbe infatti giammai operare l'usucapione abbreviata); ID., *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 5; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano,

bilari di cui al-  
enzionate nel-  
primi dieci nu-  
dunque, a se-  
ce al creditore  
ente quest'ul-  
vilegiato.

alla *ratio* del-  
ezionali, a se-  
il privilegio  
dere dalla an-  
mobiliare. Ne  
essi iscrizio-  
gole genera-  
nga diversa-  
weicoli, che  
si applica, in  
la regola di  
conflitto tra  
alere alcuni

bis c.c., no-  
comma 2°,  
2810, com-  
poteca, con  
delle iscri-  
amente a

ipoteche,  
tra privile-  
esse pub-  
rito credi-  
privilegio  
generale di  
to privata  
almeno  
e accor-

icoli nella  
30 aprile

S.U., invocando erroneamente il predetto principio, volevano riferirsi alla regola della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle relative iscrizioni o trascrizioni, ai sensi degli artt. 2644 c.c. Ma a ben vedere, la predetta norma, che neppure viene richiamata in sentenza, non risolve il conflitto tra privilegio speciale immobiliare iscrizionale e ipoteca, e pertanto non poteva essere implicitamente applicata al caso di specie <sup>(168)</sup>. L'art. 2644 c.c., infatti, disciplina il conflitto fra più acquirenti della proprietà del medesimo bene da un medesimo dante causa, o fra chi ha acquistato la proprietà di un bene e chi dal medesimo dante causa e sul medesimo bene ha acquistato un diritto reale (cd. principio di priorità) <sup>(169)</sup>.

Orbene, poiché le regole di conflitto legislativamente previste in relazione a specifiche fattispecie non possono essere applicate per analogia ai casi non previsti <sup>(170)</sup>, è evidente l'erroneità della motivazione delle S.U.

I suddetti argomenti potranno costituire valido motivo, ai sensi dell'art. 360 bis, n. 1, c.p.c., per essere la questione sottoposta nuovamente dalle Sezioni semplici alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, comma 3°, c.p.c., per un corretto mutamento dell'orientamento, fermo restando, ovviamente, eventuali questioni di legittimità costituzionale delle norme ritenute irragionevoli ai sensi dell'art. 3 Cost.

ANGELO RICCIO

2007, p. 1278; VECCHIO, *Per le Sezioni unite della Cassazione il privilegio immobiliare ex art. 2775 bis c.c. non prevale sulle ipoteche iscritte anteriormente (in requiem dei promissari acquirenti di immobili su pianta o da costruire)*, in *Vita not.*, 2009, p. 1338; Cass., sez. II, 22 agosto 1998, n. 8337, la quale ha statuito che in mancanza di trascrizione dell'atto di acquisto di un immobile, il conflitto tra più acquirenti va risolto non già in base all'art. 2650 c.c., applicabile soltanto nel caso vi sia continuità tra le trascrizioni, bensì in base al principio prior in tempore, potior in iure, con la conseguenza che prevale l'acquisto con data anteriormente certa.

<sup>(168)</sup> Cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 725, il quale invece ritiene applicabile l'art. 2644 c.c. sia al conflitto tra privilegi sia al conflitto tra privilegi ed ipoteche. L'A. per pervenire a queste conclusioni deve sostenere che la trascrizione è allora non già coelemento della fattispecie costitutiva del privilegio, ma presupposto di opponibilità al terzo del preliminare e quindi del rapporto obbligatorio che ad esso si ricollega, anche in chiave risarcitoria o restitutoria.

<sup>(169)</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, cit., p. 797.

<sup>(170)</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 793; Cass., sez. III, 13 novembre 2009, n. 24052, cit.

1. -

che  
le in  
dell  
le, t  
rior  
(fon

(  
to di l  
dito;  
sazio.  
riorm  
possil  
CHIEF  
ha i p  
ex art  
da cor  
2010,  
bis ed  
no rot  
tratti,  
ipotec  
ta di L  
privile  
si da A  
in *Imm*  
(?  
re nell  
MAJO,  
ss., in  
questa  
Ni  
corso "  
1999, n  
genera  
(?)

I "Dialoghi" sono un bimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Il loro prevalente terreno è il diritto privato comune: l'area del diritto civile e commerciale entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante.

**Comitato di Direzione:** Francesco Galgano (*direttore*), Guido Alpa, Marino Bin, Giovanni Grippo, Bruno Inzitari, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Panzarini, Gabriello Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisà, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann (*fondatore*), Luciana Cabella Pisu, Rossella Cavallo Borgia, Massimo Franzoni, Daniela Memmo, Luca Nanni, Michele Sesta.

**Redazione:** Antonio Albanese, Annalisa Atti, Augusto Baldassari, Elisabetta Bertacchini,

Lisia Carota, Daniela Cenni, Angela De Sanctis Ricciardone, Franco Ferrari, Giusella Finocchiaro, Aldo Giuliani, Vella Maria Leone, Paola Manes, Giorgia Manzini, Fabrizio Marrella, Maria Paola Martina (*segretaria di redazione*), Giovanni Meruzzi, Francesca Moretti, Elena Paolini, Flavia Peccenini, Margherita Pittalis, Giancarlo Ragazzini, Angelo Riccio, Rita Rolli, Guido Santoro, Gianluca Sicchiero, Matteo Tonello, Laura Valle, Nadia Zorzi.

**Redazione Inglese:** Peter Xuereb; **redazione tedesca:** Jürgen Basedow, Herbert Kronke.

Gli Indici generali di *Contratto e impresa* e *Contratto e impresa/Europa* vengono pubblicati in via telematica sul sito [www.cedam.com/eg-giornamenti.aspx](http://www.cedam.com/eg-giornamenti.aspx).

**Direzione e redazione** hanno sede in Bologna, Via S. Stefano, 11  
Tel. 051 232622 - fax 051 231238  
E-mail: [contrattoeimpresa@galgano.it](mailto:contrattoeimpresa@galgano.it)

