

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO**

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



**GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL  
CONTRATTO PRELIMINARE DI  
COMPRAVENDITA DI IMMOBILE**

Relatore:

Prof. Angelo CASTAGNOLA

Correlatore:

Dott. Giuseppe BATTAGLIA

Tesi di Laurea di:

Maria Margherita COARI

Matr. n. 875330

Anno Accademico 2019/2020

## **INDICE SOMMARIO**

**INTRODUZIONE**.....pag. 3

### **CAPITOLO 1 - I CONTRATTI PENDENTI: IL CONTRATTO PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA DI IMMOBILE**

1.1 Il contratto pendente nel fallimento e nella liquidazione giudiziale.....pag. 15

1.2 Brevi cenni storici.....pag. 19

1.3 Il contratto preliminare di compravendita di immobile.....pag. 24

1.4 Crisi d'impresa e contratto preliminare di compravendita di immobile.....pag. 31

### **CAPITOLO 2 - IL FALLIMENTO DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE**

2.1 Fallimento del promissario acquirente e facoltà di scelta in capo al curatore.....pag. 39

2.2 Le conseguenze giuridiche derivanti dalla scelta del curatore.....pag. 43

### **CAPITOLO 3 - IL FALLIMENTO DEL PROMITTENTE VENDITORE**

3.1 Subentro nel contratto preliminare.....pag. 50

3.2 Scioglimento dal contratto preliminare.....pag. 56

3.2.1 (*Segue*) La trascrizione: l'effetto prenotativo.....pag. 58

3.2.2 (*Segue*) La trascrizione: l'effetto costitutivo e il privilegio speciale ex art. 2775bis.....pag. 75

3.3 Diritti fondamentali e crisi d'impresa: l'immobile destinato ad uso abitativo.....pag. 81

## **CAPITOLO 4 - IL CASO SPECIFICO: IL FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE**

- 4.1 La tutela accordata dal legislatore al promissario acquirente: il D.lgs. 122/2005.....pag. 90
- 4.2 (*Segue*) Il contratto preliminare nel D.lgs. 122/2005.....pag. 109
- 4.3 La tutela del promissario acquirente di immobile da costruire nella crisi d'impresa. ....pag. 114
- 4.4 Preliminare di vendita di cosa futura.....pag. 123

## **CAPITOLO 5 - FATTISPECIE PARTICOLARI**

- 5.1 Preliminare di compravendita ad effetti anticipati.....pag. 127
- 5.2 Preliminare di immobile in comproprietà.....pag. 134
- 5.3 L'esenzione dalla revocatoria fallimentare del preliminare di immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'impresa.....pag. 136

**CONCLUSIONI**.....pag. 144

**BIBLIOGRAFIA**.....pag. 154

## INTRODUZIONE

Il mondo del diritto fallimentare è stato toccato da un'ultima e importantissima riforma organica nello scorso 2019.

Il 19 gennaio, infatti, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva il Decreto Legge n. 14/2019, introduttivo del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (di seguito C.c.i.i.), interamente sostitutivo della precedente Legge fallimentare n. 267 del 1942.

L'approvazione e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della L. 155/2017 ha dato il via all'inizio dei lavori di riforma del fallimento, conferendo al Governo il potere di modificare i principi e gli istituti di gestione della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la riforma, in particolare, si è occupata di riscrivere integralmente tanto la Legge fallimentare n. 267/42, che tutte le ulteriori procedure concorsuali; nonché la disciplina delle crisi da sovraindebitamento (L. 3/2012) e il sistema dei privilegi e delle garanzie.

L'esito di tale innovativa operazione è costituito dal citato nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale con Decreto 38/2019 ed emanato con il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, la cui entrata in vigore per la maggioranza delle sue disposizioni era prevista per il prossimo 15 agosto. In realtà, la recente emergenza sanitaria che ha scosso l'intero mondo conosciuto ne ha causato un temporaneo rinvio. Tra le tante vittime del nuovo *virus Covid-19*, infatti, si registrano numerose imprese sia italiane che europee ed internazionali: la pandemia ha portato con sé un inevitabile crollo dell'economia nazionale e mondiale, con gravissime ripercussioni in tutti i settori imprenditoriali che, al cessare dell'epidemia si prevede non troveranno una soluzione a breve termine ma, al contrario, si protrarranno per un periodo temporale piuttosto ampio.

Più precisamente, uno degli effetti più evidenti del necessario *lockdown* delle attività imprenditoriali è stato quello di avere "messo in ginocchio" aziende che prima non presentavano alcun rischio o problema di continuità aziendale: le proiezioni predisposte da molte società specializzate danno atto che nei prossimi mesi potrebbero chiudere, fallire o portare i libri in tribunale una fetta sostanziale delle imprese nazionali. Si tratta, però, ed è questa la questione, di una situazione di inadempimento assolutamente patologica, causata dall'emergenza "*Coronavirus*" e in quanto tale ben differente da una crisi aziendale che, in un quadro economico stabile, può fisiologicamente intervenire a paralizzare un ciclo produttivo. È proprio questa la prima ragione che è stata determinata nell'optare per un rinvio dell'entrata in vigore del nuovo Codice. Pensare di affrontare questa eccezionale forma di crisi economica con i nuovi principi contenuti nel Codice, infatti, comporterebbe in realtà un fallimento dei medesimi elementi innovativi che la riforma del 2019 ha voluto consacrare. A tal riguardo, deve rammentarsi che la novità più rilevante del Codice è

caratterizzata dal sistema delle c.d. misure di allerta, volte a provocare l'emersione anticipata della crisi delle imprese. Ebbene, come si può chiaramente leggere all'art. 5 della Relazione illustrativa al Decreto Legge 08.04.2020 n. 23, *“il sistema dell'allerta, è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli”*.

A maggior ragione, tale inadeguatezza emerge ancora più chiaramente, se si considera che si tratterebbe di avvalersi di uno strumento - il Codice della crisi - ad oggi mai impiegato: un conto, infatti, è pensare di affrontare il rischio del *default* del sistema economico nazionale con una legge, quella fallimentare, conosciuta ed impiegata dal secondo dopo guerra; un conto è pensare, invece, di applicare il nuovo Codice, nei confronti del quale il sistema giudiziario risulta totalmente impreparato<sup>1</sup>. In una situazione di emergenza economica finanziaria come quella che si sta vivendo, infatti, gli operatori hanno più che mai bisogno di percepire stabilità a livello normativo e di non soffrire le incertezze collegate ad una disciplina in molti punti inedita e necessitante di un approccio innovativo.

Infine, un'ultima motivazione presa in considerazione dal Decreto Liquidità attiene alla filosofia di fondo del Codice e alla paura, nuovamente, che una sua attuale entrata in vigore possa vanificare la *ratio* ed i principi innovatori ai quali si ispira. Il codice, infatti, ha come obiettivo principale quello di operare nell'ottica di un quanto più ampio possibile salvataggio delle imprese e della loro continuità, relegando lo strumento della liquidazione ad *un'extrema ratio*, cui ricorrere in assenza di concrete alternative. Sul punto, la Relazione illustrativa ben evidenzia come in un ambito economico in cui potrebbe maturare una crisi degli investimenti e, in generale, delle risorse necessarie per procedere a ristrutturazioni delle imprese, *“il Codice finirebbe per mancare incolpevolmente il proprio traguardo”*.

Alla luce delle tre ragioni appena esposte, quindi, il c.d. Decreto Liquidità (D.l 08.04.2020 n. 23) ha sancito il rinvio delle nuove regole dettate dal C.c.i.i. al primo settembre 2021, data per la quale non solo è previsto che la fase peggiore della crisi si sarà auspicabilmente esaurita, ma anche che saranno state attuate – a livello nazionale ed internazionale – tutte quelle misure che appaiono necessarie affinché il Codice possa operare con concrete possibilità di successo (si pensi, ad esempio, alla necessaria revisione dei requisiti patrimoniali delle banche). Nel contempo, tutti gli

---

<sup>1</sup> M. Pollio e G. Vidal, *Codice della crisi d'impresa verso il rinvio*, in *ItaliaOggi*, n. 076, 31 marzo 2020, pag. 27.

operatori avranno avuto a disposizione un ulteriore anno di tempo per procedere all'approfondimento degli aspetti più innovativi del Codice, come eventualmente modificato dal Decreto Correttivo attualmente in fase finale di predisposizione, garantendone così una piena efficienza applicativa.

Ciò premesso, l'analisi oggetto delle pagine seguenti si fonda necessariamente sulla disciplina dedicata alle procedure concorsuali vigente nella normativa attuale e nella sua evoluzione delineata dal nuovo Codice della Crisi di Impresa.

A tal fine, appare necessario analizzare preventivamente le logiche che hanno condotto alla previsione di una riforma del diritto fallimentare e della pubblicazione di un nuovo Codice, dando per presupposto che la situazione sanitaria contingente abbia causato un mero rinvio dell'entrata in vigore dello stesso, mentre le ragioni sottese e le esigenze che hanno condotto alla sua predisposizione verranno confermate all'atto della sua efficacia.

In tale ottica occorre sottolineare come la prima esigenza cui il legislatore ha voluto far fronte è quella di introdurre un *corpus* di leggi organico recepite gli orientamenti giurisprudenziali maggiormente consolidatisi nel tempo, che fosse la risposta ad una situazione di crisi economica che già da tempo attanagliava l'Italia.

In tale contesto, il Governo ha sentito la necessità di prevedere nuove regole volte a sostenere i tentativi delle aziende in difficoltà di rimanere operative sul mercato, evitando il fallimento; tutto ciò, accogliendo favorevolmente le indicazioni di matrice europea (Reg. UE 2015/848 e REG. UE 2016/451) volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione preventiva dell'impresa. La *ratio* della riforma, infatti, oltre a voler fornire una disciplina organica alla normativa in materia di procedure concorsuali, che è stata oggetto di numerose e spesso frammentate riforme negli anni, è proprio quella di cercare di anticipare la diagnosi delle imprese in difficoltà e ciò sulla base della predisposizione di vere e proprie misure di allerta del possibile stato di insolvenza. Tali misure non sono altro che oneri di segnalazione posti a carico di alcuni soggetti qualificati che, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore, concorrono al perseguimento dell'obiettivo di una precoce rilevazione della crisi dell'impresa, in vista della tempestiva adozione delle misure idonee a superarla o regolarla. Su di un piano *strictu sensu* etico, che coinvolge evidentemente anche un cambio di rotta culturale, si vuole evitare che il fallimento venga inteso in un'accezione negativa, come una sconfitta morale dell'imprenditore, qualificandolo, piuttosto, come un'opportunità di miglioramento e crescita imprenditoriale. Nella sostanza, con la riforma in atto, il legislatore vuole abbracciare la politica anglosassone del "*fresh start*" che a sua volta

richiama il principio del “*fail fast, learn fast*”: fallire velocemente per imparare velocemente <sup>2</sup>. In tale direzione, infatti, una prima ed evidente rivoluzione del sistema fallimentare è rappresentata dalla eliminazione proprio del termine “fallimento” (e conseguentemente del sostantivo “fallito”), il quale verrà sostituito con l’espressione “liquidazione giudiziale”.

Nell’ottica della riforma, fortemente rilevante è la previsione di una trattazione unitaria ed urgente di tutte le domande di regolazione della crisi e dell’insolvenza. In un quadro di generale semplificazione e contenimento dei costi delle procedure sono previste misure volte ad incentivare le modalità telematiche nelle comunicazioni poste a carico degli organi di gestione, controllo e assistenza delle procedure.

Tra le numerose novità apportate dal Dlgs. 14/2019 e significative di questa volontà di cambiamento di prospettiva in senso favorevole alle difficoltà imprenditoriali, si registrano: (i) la distinzione tra i concetti di stato di crisi e di insolvenza; (ii) l’adozione di un unico modello processuale per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, avente caratteristiche di particolare celerità; (iii) l’applicazione del modello processuale unico a tutte le categorie di debitori; (v) l’individuazione dell’autorità giudiziaria competente per territorio in base alla nozione di “centro degli interessi principali del debitore”; (vi) la trattazione prioritaria alle proposte volte a superare la crisi assicurando la continuità aziendale: si dovrà ricorrere alla liquidazione giudiziale solo se manca la proposta di un’idonea soluzione alternativa; (vii) la semplificazione della disciplina dei vari riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale; (viii) la riduzione di costi e durata delle procedure concorsuali; (ix) la responsabilizzazione degli organi di gestione; (x) una maggiore specializzazione dei giudici addetti alle procedure concorsuali; (xi) l’istituzione di un albo di soggetti cui affidare incarichi di gestione o di controllo nell’ambito delle procedure concorsuali, con specifici requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza; (xii) la conciliazione delle procedure di gestione della crisi e insolvenza dei datori con la tutela dell’occupazione e del reddito dei lavoratori <sup>3</sup>.

Da ultimo, emerge la volontà di un rafforzamento dei poteri del curatore, attraverso la previsione di una serie di misure, quali: una più stringente disciplina delle incompatibilità; la previsione di maggiori poteri di accesso alle banche dati delle PA; la legittimazione del curatore a promuovere o proseguire una serie di azioni giudiziali che sono attualmente promosse dai soci o dai creditori sociali.

---

<sup>2</sup> A. Cardone, *Dalla Legge Fallimentare al nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza: le (nuove) azioni di responsabilità del curatore fallimentare*, in *Associate Law & Co* 11 settembre 2019.

<sup>3</sup> Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Riforma della procedura di insolvenza*, 25 marzo 2019.

Analizzando più da vicino lo strumento che costituirà la futura guida del mondo fallimentare, si rende necessario spendere qualche parola in relazione alla sua struttura.

Il nuovo Codice della crisi dell'impresa si compone di 4 parti e 391 articoli.

Le disposizioni più significative sono concentrate nella Parte I, contenente proprio il nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" e suddiviso in 10 Titoli.

Il Titolo I, definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione della nuova disciplina, disponendo le principali definizioni e principi generali inerenti la materia. Tra gli elementi di maggiore rilievo si segna la volontà del Codice di inglobare nell'ambito di applicazione della nuova normativa qualsiasi debitore che si trovi in stato di crisi o di insolvenza, ivi compresi consumatori, professionisti ed imprenditori di ogni dimensione e natura, anche agricoli, operanti come persona fisica, giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con la sola esclusione degli enti pubblici.

Come anticipato, il Codice introduce, poi, due nuove espressioni: la nozione di "*crisi*", da intendersi oggi quale stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa necessari a far fronte regolarmente alle obbligazioni stipulate; la nozione - di matrice europea - di "*centro degli interessi principali del debitore*", inteso come luogo in cui lo stesso gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi.

Il Titolo II, invece, si occupa di introdurre nuove disposizioni per le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi; strumenti, questi, volti proprio ad attuare quella volontà legislativa di affiancare le imprese nel momento precedente al loro dissesto, così da impedirne un definitivo tracollo.

Il Titolo III, dal canto suo, individua le procedure giurisdizionali di regolazione della crisi e dell'insolvenza che si rendono necessarie qualora non siano state esperite o non siano state concluse positivamente le soluzioni stragiudiziali. Le disposizioni in materia di giurisdizione e di competenza e quelle sulla cessazione dell'attività del debitore, ivi previste, si muovono sostanzialmente in linea con quanto stabilito dalla vigente legge fallimentare.

Il Titolo IV disciplina tutta una serie di istituti mirati al recupero dell'impresa in crisi; finalità, questa, da ritenersi prevalente rispetto a quella meramente liquidatoria. Tali strumenti di regolazione della crisi sono: i piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione; le procedure di sovraindebitamento e il concordato preventivo.

È il Titolo V, invece, a dedicarsi interamente alla procedura della nuova "liquidazione giudiziale", sostitutiva del fallimento e, come quest'ultimo, finalizzata a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente, ripartendo il ricavato in favore dei creditori sulla base della graduazione dei loro crediti. La procedura conserva le caratteristiche essenziali rispetto a quella

vigente, salvo alcuni elementi innovativi volti a rendere la stessa più snella ed efficiente e a conferire particolare centralità alla figura del curatore.

Da ultimi, il Titolo VI reca la disciplina relativa ai gruppi di imprese; il Titolo VII contiene le disposizioni relative alla liquidazione coatta amministrativa; il Titolo VIII, in materia di liquidazione giudiziale e misure cautelari penali, detta disposizioni di coordinamento con il Codice antimafia (D.lgs. n. 159 del 2011) stabilendo in particolare la prevalenza delle misure adottate in sede penale (sia prima che dopo la dichiarazione di insolvenza) rispetto a quelle relative alla procedura concorsuale; il Titolo IX, dedicato alle disposizioni penali, lascia sostanzialmente inalterata la disciplina penale contenuta nella vigente legge fallimentare (e nella legge n. 3/2012 sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento), il Titolo X, infine, contiene disposizioni generali di coordinamento.

Conclusa l'analisi della prima parte del nuovo Codice, si accenna alle ulteriori: la Parte II apporta modificazioni al libro V del codice civile; la Parte III reca, invece, alcune novelle al Decreto legislativo n. 122 del 2005, dirette a tutelare maggiormente i diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (in particolare, si interviene sulle disposizioni che disciplinano la fideiussione e su quelle relative alla polizza assicurativa; disposizioni sulle quali sarà necessario soffermarsi nelle sede opportuna). Infine, la Parte IV contiene le disposizioni finali e transitorie, che regolano l'entrata in vigore della riforma.

Ora, venendo alle novità che interesseranno da vicino il seguente elaborato, avente ad oggetto gli effetti del fallimento sul contratto preliminare di compravendita di immobile, si deve concentrare l'attenzione sulle innovazioni apportate in materia di contratti pendenti in corso di esecuzione alla data di apertura della procedura, nonché all'interno di tale settore, la sorte a cui va incontro il contratto preliminare di compravendita di un immobile.

A tal proposito, Il Codice della Crisi stabilisce un'unica definizione di “*contratti pendenti*” tanto nell'ambito del concordato preventivo che della liquidazione giudiziale, chiarendo che, in entrambe le procedure, l'espressione suddetta indica quei “*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti*” al momento in cui è aperta la procedura concorsuale.

Il nuovo Codice si occupa di sottolineare come, a non essere integralmente eseguite, devono essere le “prestazioni principali” del contratto e non altre prestazioni accessorie, comunque previste dal negozio stesso: fra le diverse prestazioni che caratterizzano il rapporto contrattuale si dovranno, pertanto, individuare quelle causalmente rilevanti, così da poter stabilire se esse siano state o meno integralmente eseguite e determinare se il contratto possa definirsi o meno ancora pendente.

La regola di base della disciplina dei contratti pendenti, sancita dall'articolo 172 C.c.i.i. prevede, a conferma di quanto è già stato disposto dalla Legge fallimentare 267/42, la *sospensione* del contratto ancora inseguito, con scelta rimessa in capo al curatore circa la sua sorte.

In particolare, ai sensi dell'articolo 172 del Codice della Crisi, a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale, l'esecuzione del contratto inseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali resta sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, decida di subentrare oppure di sciogliersi dal medesimo. Tale decisione è connessa alla circostanza che si intenda proseguire l'esercizio dell'impresa o comunque ad una valutazione puramente economica da svolgersi nell'interesse della sola massa fallimentare: qualora il contratto dovesse essere funzionale al mantenimento di valore dell'impresa, il curatore opterà per il suo proseguimento, altrimenti, qualora dovesse essere maggiormente funzionale al miglior realizzo dei beni in una prospettiva liquidatoria, ne disporrà lo scioglimento.

Alla stregua di quanto previsto dall'art. 72 della Legge fallimentare 267/42, anche il nuovo comma 2 dell'articolo 172 del Codice della Crisi consente alla controparte contrattuale *in bonis* di mettere in mora il curatore facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a 60 giorni, decorso il quale, nel silenzio, il contratto si intende sciolto.

Ugualmente, è confermata la disciplina che prevede, in caso di scioglimento del contratto pendente, il diritto della controparte *in bonis* di insinuare al passivo della liquidazione giudiziale il credito conseguente al mancato adempimento, senza che sia dovuto alcun risarcimento del danno.

Quella che, invece, è la novità introdotta dal Codice della Crisi consiste nella previsione secondo la quale, in caso di prosecuzione del contratto, *sono prededucibili soltanto i crediti maturati "nel corso della procedura"* e non anche i crediti derivanti dal medesimo contratto, ma maturati per prestazioni eseguite anteriormente al fallimento. Ciò, per l'appunto, in contrasto con l'attuale legge del 1942, la quale prevede che il subentro del curatore nel contratto attribuisca la prededucibilità anche ai crediti per forniture o prestazioni eseguite prima della dichiarazione di fallimento.

Infine, nuove specifiche disposizioni concernono lo scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare - *focus* del presente elaborato - e dei contratti di carattere personale. Si menzionano, altresì, la novità introdotta in tema di contratti ad esecuzione continuata o periodica per i quali è disposto che, in caso di subentro, il curatore è obbligato al pagamento delle sole prestazioni avvenute dopo l'apertura della liquidazione e la nuova disciplina relativa al contratto di affitto di azienda che differenzia il caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del concedente, piuttosto che dell'affittuario.

Dopo aver analizzato la struttura del nuovo Codice e aver accennato alle principale novità apportate dalla riforma del 2019, è bene soffermarsi sull'intero percorso evolutivo che ha condotto all'adozione della riforma organica in questione.

Il nuovo Codice della crisi, infatti, è stato varato ad esito di un lungo iter di riforme che, susseguitesì nel tempo, hanno riformato il panorama della procedure concorsuali e, in particolare, la Legge fallimentare del 1942, da sempre caposaldo del settore.

Minimo comune denominatore di tale percorso evolutivo è, come già accennato, la volontà di sostituire quell'etichetta, alquanto infamante, di "fallito", attribuita all'imprenditore che venga a trovarsi in una situazione d'incapacità di far fronte alle prestazioni assunte nell'ambito della propria attività d'impresa, con una disciplina volta a sostenerlo nel recupero della capacità economica.

La disciplina del fallimento ha radici antiche e trova la propria origine negli statuti comunali medievali, ove i beni del mercante insolvente venivano sottoposti in maniera coattiva ad esecuzione in caso di inadempienza. La *ratio* di fondo dell'istituto è stata fin da subito chiara: assicurare in via concorsuale le ragioni creditorie sui beni dell'imprenditore attraverso la loro liquidazione e la distribuzione del ricavato ad opera del curatore nominato dal Tribunale.

Nel nostro ordinamento, l'istituto del fallimento ha matrice napoleonica e trova una prima autonoma regolamentazione nel Regio Decreto del 16 marzo 1942 n. 267. Esso costituisce sicuramente il pilastro dell'intera disciplina fallimentare, alla quale, come è noto, si sono aggiunti nel tempo altri istituti che ne hanno via via ridotto l'area di applicazione: *la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo e l'amministrazione controllata*.

È proprio sulla base di queste quattro procedure che, inizialmente, la normativa in esame si è poggiata. Negli anni '70 e '80 del secolo scorso, però, l'evoluzione della realtà economico-sociale degli organismi produttivi e la situazione generale di crisi dell'economica, hanno aperto la strada ad una vera e propria crisi dei suddetti istituti tradizionali, denotata soprattutto dalla crescente esigenza, a fianco della tradizionale necessità di soddisfare i creditori, di garantire la conservazione degli organismi produttivi. Da qui la tendenza sempre maggiore a privilegiare procedure o meccanismi di risanamenti dell'impresa - attraverso l'eliminazione dei fattori di crisi, o quanto meno, di recupero, previa riorganizzazione dei complessi produttivi - piuttosto che rafforzare procedure o meccanismi di liquidazione-dissoluzione<sup>4</sup>.

Ciò ha comportato, a livello normativo, al profilare di "leggi-salvataggio" di categorie di imprese o di singole imprese, nonché alla introduzione di una nuova procedura concorsuale, *l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, successivamente riforma con D.lgs.

---

<sup>4</sup> A. Nigro e D. Vattermoli, *Gli strumenti di composizione delle crisi di impresa*, in *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, il Mulino, 2017, IV ediz. Capitolo. 1 pag. 27 ss.

270/99 e convertita nella nuova *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*.

A partire dagli anni '90, poi, a seguito di un breve *dietrofront* e una serie di tentativi e proposte di riforma, il processo riformatore ha imboccato un itinerario confuso, dando luogo a tre distinti e successivi interventi: (i) Il D.l. 14 marzo 2005, n.35 (recante modifiche in tema di revocatoria fallimentare e concordato preventivo); (ii) Il D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5 (fortemente innovativo della disciplina del fallimento, ma sopprimente l'amministrazione controllata); (iii) il D.lgs. 12 settembre 2007, n.169 (c.d. correttivo, integrante il decreto del 2006 e la disciplina della liquidazione coatta amministrativa).

La più incisiva riforma del triennio 2005-2007, dal canto suo, ha lasciato insoddisfatte molte esigenze. Tra le tante, l'esigenza dell'ampliamento dell'area di assoggettabilità alla normativa fallimentare anche alle imprese agricole, alle piccole imprese e ai debitori non imprenditori.

In tale direzione si è registrata, dapprima, l'estensione agli imprenditori agricoli della possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione ed alla transazione fiscale; successivamente, il D.l. 179/2012, convertito nella L. 221/2012, ha introdotto tre procedure per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento (rispettivamente: *procedure di accordo, di piano del consumatore, di liquidazione del patrimonio*) riservate ai debitori, imprenditori e non, persone fisiche e non, non assoggettabili alle procedure di cui alla legge fallimentare e alle leggi ad essa collegabili.

Questa nuova disciplina ha segnato un profondo cambiamento nel nostro sistema, il quale è venuto, così, ad essere formato tanto da un apparato di procedure concorsuali tradizionali destinate alle imprese di non piccole dimensioni, che di procedere c.d. di sovraindebitamento, rivolte invece ai piccoli imprenditori o ai debitori non imprenditori, trasformandosi in quello che viene definito un modello dualistico misto.

Tutti i citati interventi, in quanto fortemente frammentati tra loro, hanno condotto all'inevitabile esigenza di apportare una sistemazione organica alla disciplina fallimentare: nel 2015, a tal fine, il Governo ha insediato una Commissione incaricata di elaborare un progetto di nuova riforma organica delle procedure concorsuali presenti nel nostro ordinamento, comprese quelle di sovraindebitamento; progetto che ha portato proprio alla stesura e approvazione dell'ormai famoso Codice della Crisi dell'impresa e dell'Insolvenza (D.l. 14/2019).

Se però, tutto il percorso evolutivo che oggi ha condotto all'emanazione del suddetto Codice ha alla base la volontà di affiancare le imprese nella gestione e risoluzione della situazione di insolvenza nella quale possano venire a trovarsi lungo il loro ciclo economico, si deve, altresì, tenere ben presente l'altra grande esigenza che la disciplina fallimentare dà sempre ha avuto a cuore e che consiste nella tutela e protezione dei creditori e contraenti *in bonis*.

Fin dagli esordi del diritto fallimentare, infatti, la prospettiva marcatamente sanzionatoria nei confronti dell'imprenditore inadempiente, rifletteva l'esigenza di espungere dal mercato l'impresa "malata", eliminando così in radice la possibilità che questa potesse divenire fonte di contagio per i vari interlocutori economici e, conseguentemente, l'economia generale<sup>5</sup>.

Difatti, all'attenzione rivolta alla figura dell'imprenditore, si è affiancata fin da subito la necessità di impartire una maggior tutela delle controparti contrattuali che, rimaste *in bonis*, potessi subire gravi conseguenze dal fallimento dell'imprenditore insolvente. Tutte le riforme auspiccate hanno come principale scopo quello di salvaguardare la molteplicità degli interessi in gioco onde evitare il susseguirsi di crisi economiche a catena.

In quest'ottica, una particolare attenzione è stata incentrata su quei soggetti classificati necessariamente come "*parti deboli negoziali*" nell'ambito dei contratti d'impresa. Tra questi spicca la figura del promissario acquirente di un contratto preliminare di compravendita. Questi, infatti, è stato al centro di numerosi interventi da parte del legislatore, che gli ha così garantito tutta una serie di misure a garanzia della propria situazione patrimoniale.

A tal fine si menziona, dapprima, il D.l. 31 dicembre 1996 n. 669, celebre per aver esteso l'istituto della trascrizione anche al contratto preliminare (art. 2645-bis c.c.), consentendogli di esplicitare effetti prenotativi rispetto ad eventuali successivi accadimenti, nonché per aver accordato ai crediti del promissario acquirente nascenti dall'inesecuzione del contratto preliminare trascritto un privilegio speciale immobiliare ai sensi dell'art. 2775-bis c.c. (regola confluita dapprima al quinto, poi al settimo comma dell'allora articolo 72 l.f. e oggi recepita al secondo comma dell'art. 173 C.c.i.i.).

La tutela così riconosciuta ai crediti del promissario acquirente ha trovato, poi, progressivo compimento con le ulteriori modifiche alla legge fallimentare, introdotte dal D.lgs. del 9 gennaio 2006 n. 5, e dal correttivo D.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, al quale si deve l'introduzione, al comma ottavo dell'art. 72 l.f., della disciplina derogatoria in caso di contratto preliminare avente ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale del debitore o di un suo parente.

Nel 2005, inoltre, fondamentale è stata la pubblicazione del D.lgs. 122/2005, volto a garantire una tutela ancora maggiore al promissario acquirente di un immobile ancora da costruire o in corso di costruzione, istituendo, tra le altre misure, una specifica disposizione in caso di sopravvenuto fallimento del costruttore (art. 72-bis l.f., corrispondente al nuovo art. 174 C.c.i.i.).

A rafforzare la tutela riconosciuta al promissario acquirente, è altresì intervenuta più volte la Corte di Cassazione, alla quale si devono una serie di pronunce innovative, tutte confluite saldamente nel

---

<sup>5</sup> N. Glanesini, *L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: Dal Regio Decreto n. 267 del 1942 ai nostri giorni*, in *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli Editore, Torino 2016, Cap. 1, pag. 5 e ss.

nuovo Codice della Crisi d'impresa. Tra le altre, un cenno introduttivo meritano tanto il *revirement* operato dalla sentenza 12505/2004, con la quale è stato affermato il principio della prevalenza dell'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c. sull'istanza di scioglimento del preliminare da parte del curatore, purché tale domanda sia stata trascritta precedentemente alla data di dichiarazione di fallimento stesso; che il cambio di rotta apportato dalla pronuncia 21045/2009 in tema di prevalenza delle ipoteche immobiliari rispetto al credito immobiliare privilegiato del promissario acquirente nel caso in cui le prime siano state iscritte precedentemente all'apertura della procedura.

Le conquiste normative e giurisprudenziale a cui si è fin qui accennato saranno, ora, oggetto di una specifica e puntuale analisi nei vari capitoli del seguente elaborato. Quest'ultimo, infatti, si prefigge di fornire un'analisi completa del destino che la disciplina fallimentare, grazie in particolare alle novità introdotte dalla riforma del 2019, riserba proprio al contratto preliminare di compravendita di un immobile.

Pertanto, ad esito di una breve sintesi degli effetti che la dichiarazione di fallimento ingenera, in via ordinaria, nei confronti dei contratti c.d. pendenti, nonché di un doveroso cenno all'istituto codicistico del contratto preliminare in generale, il presente testo si concentrerà sull'analisi di uno dei preliminari che, nella prassi fallimentare, spesso si trova ad essere al centro delle determinazioni del curatore: il contratto preliminare immobiliare.

Muovendo, dunque, dallo studio generale delle sorti del contratto preliminare quale contratto in corso di esecuzione al momento dell'apertura della procedura fallimentare, si affronteranno, capitolo per capitolo, le regole previste in caso di fallimento del promissario acquirente (Capitolo 2) e nel caso di fallimento del promittente venditore (Capitolo 3). Nei capitoli citati, si avrà cura di inquadrare il potere di scelta spettante al curatore, nonché di comprendere da vicino tanto la vicenda relativa al rapporto tra trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. e liquidazione giudiziale, che la *ratio* e l'importanza del privilegio immobiliare attribuito al credito del promissario acquirente ex art. 2775-bis c.c.

Inoltre, sarà dedicata un'intera trattazione alla peculiare ipotesi di fallimento del costruttore, promittente venditore in un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire o in corso di costruzione, in conformità con la disciplina disposta dal D.lgs. 122/2005 (Capitolo 4)

Da ultimo, verranno messe a fuoco, nel ristretto ambito della disciplina fallimentare, alcune fattispecie tipiche rientranti nella categoria dei contratti preliminare di compravendita: (i) il contratto preliminare di vendita di bene futuro; (ii) il contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati; (iii) il contratto preliminare di immobile in comproprietà (Capitolo 5).

Si concluderà, infine, con un breve cenno alla disciplina dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare del preliminare avente ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale del debitore (o di un suo parente o affine entro il terzo grado) o la sede principale dell'impresa (art. 67 co. 3 lett. c l.f. 267/42). Trattasi, infatti, di un'ulteriore previsione disposta a tutela del promissario acquirente quale soggetto contrattualmente debole nel rapporto preliminare-definitivo.

## CAPITOLO 1 - I CONTRATTI PENDENTI: IL CONTRATTO PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA DI IMMOBILE

SOMMARIO: 1.1 Il contratto pendente nel fallimento e nella liquidazione giudiziale - 1.2 Brevi cenni storici - 1.3 Il contratto preliminare di compravendita di immobile - 1.4 Crisi d'impresa e contratto preliminare di compravendita di immobile.

### 1.1 Il contratto pendente nel fallimento e nella liquidazione giudiziale.

Per meglio affrontare il tema degli effetti della sentenza della dichiarazione di fallimento - o meglio dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, termine che risulta più opportuno in considerazione dell'avvento del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza <sup>6</sup> - con particolare riferimento al contratto preliminare di compravendita di immobile, è opportuno tracciare un breve *excursus* sulla disciplina che in generale regola i rapporti giuridici preesistenti. Nel momento in cui viene dichiarato il fallimento di un soggetto, infatti, può accadere che alcuni rapporti contrattuali tra l'imprenditore fallito ed una o più controparti (detti contraenti *in bonis*) non siano ancora esauriti, e pertanto risultino "pendenti". Quando ciò avvenga, la dichiarazione di fallimento esplica i suoi effetti anche nei confronti di quest'ultimi. Per contratti pendenti, quindi, si suole intendere quei contratti conclusi dall'imprenditore, poi dichiarato fallito, che al momento della procedura sono perfezionati, ma ancora inseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti <sup>7</sup>.

La locuzione "rapporti giuridici preesistenti" con cui era intitolata la Sezione IV del Capo III della l.f. 267/42, tramutata nella parallela espressione "rapporti giuridici pendenti" della Sezione V, Capo I, Titolo V del C.c.i.i., è da sempre etichettata dalla dottrina come imprecisa. Così formulata, infatti, tale dizione sembrerebbe doversi riferire a tutti i rapporti giuridici in essere, senza distinzione alcuna, alla data di fallimento. In realtà, essa si riferisce solamente a una categoria particolare di essi, la cui ampiezza è limitata: questa precisazione appare quanto mai rilevante, poiché solo una corretta individuazione dei rapporti in questione consente di delimitare l'ambito di applicazione

---

<sup>6</sup> L'introduzione del citato Codice, prevista *ab origine* per l'agosto del 2020, è stata differita di oltre un anno a causa dell'emergenza sanitaria che ha colpito, tra gli altri, il nostro Paese, costringendolo ad una chiusura totale delle attività commerciali, con ripercussioni gravi su il sistema economico nazionale. Ad oggi, pertanto, l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'impresa è stata differita a settembre 2021; nel frattempo si registrano i primi lavori di revisione e correzione delle nuove disposizioni, in prospettiva di un miglior adattamento della normativa fallimentare alle esigenze economiche, attuali e future, del nostro Paese.

<sup>7</sup> A. Nigro e D. Vattermoli, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, a cura di A. Nigro e d. Vattermoli, il Mulino Bologna, IV ediz. 2017, pag. 183 ss.

della disciplina in esame <sup>8</sup>. Il concetto di rapporto giuridico preesistente, pertanto, è stato elaborato attraverso l'individuazione dei suoi elementi essenziali.

In primo luogo, il contratto deve risultare "concluso", nel senso di perfezionato nel suo *iter* formativo, alla data di apertura della procedura liquidatoria.

Secondariamente, deve essere un contratto sinallagmatico, ovvero un contratto dal quale scaturiscano una pluralità di obbligazioni reciproche, tra loro interdipendenti, dove la prestazione di una rappresenti la causa dell'altra e viceversa.

In terzo luogo, il rapporto deve essere inseguito o parzialmente ineseguito: alla data di fallimento le obbligazioni reciproche principali (non rilevando, invece, quelle meramente accessorie) devono risultare totalmente o parzialmente inadempite da entrambe le parti. Il rapporto, cioè, non deve aver raggiunto il suo scopo negoziale e, conseguentemente, non deve esistere ancora alcun credito o debito suscettibile di una gestione liquidatoria funzionale alla partecipazione al concorso secondo il procedimento di verifica del passivo: si è ancora in una fase intersoggettiva, fase, ovvero, di pieno sviluppo produttivo di diritti e doveri <sup>9</sup>. Stando così le cose, si esclude automaticamente dall'ambito di applicazione della normativa in esame il contratto eseguito interamente anche solo da uno dei due contraenti.

Infine, il contratto deve essere inerente all'attività d'impresa e rientrare tra i beni soggetti al fallimento, essendo esclusi i beni strettamente personali o che soddisfino esigenze primarie dell'imprenditore o della sua famiglia <sup>10</sup>.

Si può dunque concludere che per rapporto giuridico preesistente si deve intendere, nello specifico, quel rapporto concluso validamente prima della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti (anteriorità che deve essere certificata ai sensi dell'art. 2704 c.c. ai fini della sua opponibilità alla massa dei creditori), avente per oggetto beni compresi nel fallimento e le cui prestazioni reciproche sono, alla data del fallimento, ancora ineseguite o non interamente eseguite da entrambe le parti <sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> AA.VV., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag.774 ss.

<sup>9</sup> Massimo Ferro, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Convegno Nazionale di Bologna 5-6 giugno 1998, a cura di Massimo Ferro, Ipsoa, Milano 1998, pagg. 13-25.

<sup>10</sup> Ad esempio, è escluso il contratto di locazione immobiliare relativo alla casa di abitazione del fallito, essendo rilevante solo quello che riguarda i locali ove si esercita l'attività di impresa (Cass. 19 giugno 2008 n. 16668, Cass. 9 giugno 1993 n. 6424) - F. Guidi, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Art. 72 e 72bis l.f. in Il giovedì del curatore*, a cura di ODCEC PISTOIA.

<sup>11</sup> Un'eccezione è rappresentata dall'art. 75 l.f. (oggi. art. 180 C.c.r.i.) ai sensi del quale "Se la cosa mobile oggetto della vendita è già stata spedita al compratore prima della dichiarazione di Fallimento di questo, ma non è ancora a disposizione nel luogo di destinazione, né altri ha acquistato diritti sulla medesima, il venditore può riprenderne il possesso, assumendo a suo carico le spese e restituendo gli acconti ricevuti, semprechè egli non preferisca dar corso al contratto facendo valere nel passivo il credito per il prezzo, o il curatore non intenda farsi consegnare la cosa pagandone il prezzo integrale". Tale disposizione, che parte della dottrina assimila all'istituto dello *stoppage in transitu* del diritto anglosassone consente, dunque, al venditore *in bonis* di riprendere il possesso dei beni viaggiando e di determinare unilateralmente la

Da tale definizione si ricava che sono esclusi dalla normativa in esame, pur trattandosi senza dubbio di rapporti “pendenti”, i) i rapporti reali derivanti da contratti reali il cui trasferimento del diritto sia avvenuto precedentemente alla dichiarazione di Fallimento <sup>12</sup>; ii) i contratti unilaterali da cui scaturisce un’obbligazione in capo ad uno solo dei due contraenti, rientranti nella disciplina degli artt. 42 ss. e 51 ss. l.f. (rispettivamente art.142 ss. e 150 ss. C.c.r.i.); iii) i contratti a prestazioni corrispettive, in cui uno dei contraenti abbia interamente eseguito le prestazioni a suo carico <sup>13</sup>; iv) i contratti relativi a beni non compresi nel fallimento.

Ci si potrebbe chiedere per quale motivo vengano coinvolti nel fallimento i rapporti giuridici pendenti. Per capire la centralità che riveste la normativa in esame, è necessario richiamare all’attenzione l’effetto primario e principale che la sentenza di dichiarazione di fallimento esplica: lo spossessamento dei beni del debitore, che sottratti alla sua materiale e giuridica disponibilità, vengono affidati al curatore ai fini di una maggiore gestione e amministrazione degli stessi, finalizzata a conseguire dalla loro liquidazione il massimo profitto possibile a soddisfazione dei creditori concorsuali. Ebbene, mentre nell’esecuzione civile individuale ad essere oggetto dello spossessamento sono beni individuati e specifici, nella liquidazione giudiziale, stante il suo carattere universale, tutto il patrimonio dell’imprenditore è sottoposto al vincolo di indisponibilità, che quindi comprende anche i rapporti giuridici in fase dinamica: quest’ultimi, infatti, concorrendo o potendo concorrere nel caso concreto in maniera significativa al valore complessivo del patrimonio del fallito, sono destinati alla soddisfazione dei creditori concorrenti ammessi al passivo e, pertanto, sono oggetto della liquidazione concorsuale.

Da qui il problema di individuare correttamente i rapporti giuridici pendenti, operazione che richiede una necessaria fase intermedia, costituita da una valutazione di opportunità circa la sorte del contratto costituente la fonte del rapporto pendente, colto dal fallimento in una fase tipicamente dinamica ed evolutiva: valutazione che coinvolge una decisione a che lo stesso prosegua tra la parte *in bonis* ed il curatore della parte fallita per l’attuazione del programma negoziale originario secondo il diritto comune dei contratti, oppure che, al contrario, sia disciolto in modo che la pretesa

---

sospensione del contratto nonostante che egli, con la consegna al vettore o allo spedizioniere, abbia già adempiuto la sua prestazione principale. In sintesi, dunque, si permette al venditore di trasformare un contratto già concluso, in uno ancora “pendente” - in tal senso A. Nigro e D. Vattermoli, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, a cura di A. Nigro e d. Vattermoli, il Mulino Bologna, IV ediz. 2017, pag. 183.

<sup>12</sup> Tale precisione è contenuta nell’ultimo inciso del co. 1 dell’art. 72 l.f. (art. 172 C.c.r.i.): in altre parole nelle procedure concorsuali solo i diritti di credito sono soggetti al concorso.

<sup>13</sup> In questo caso, se adempiente è stato il contraente fallito, il curatore ha diritto di esigere la controprestazione a carico del contraente *in bonis* secondo le norme di diritto comune, mentre, se inadempiente è stato il fallito, il contraente *in bonis* potrà far valere la sua pretesa verso il fallito solo come credito concorsuale, proponendo domanda di ammissione nel passivo del Fallimento.

di ciascuno dei contraenti si riduca al diritto di ottenere la restituzione della prestazione eseguita secondo le regole <sup>14</sup>.

È proprio sul binomio prosecuzione-scioglimento, che si gioca l'operazione di valutazione opportunistica, in chiave economica, dei rapporti giuridici pendenti. In particolare, la regola generale in materia, codificata nell'art. 72 l.f. (parallelo art. 172 C.c.r.i.), prevede l'automatica sospensione dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, con contestuale facoltà rimessa al curatore circa la loro sorte: il curatore infatti, sulla base di una valutazione di mero profitto economico, ha il diritto potestativo di decidere se sciogliere il contratto, oppure se proseguire, subentrando come parte in luogo dell'imprenditore fallito.

Ad essere precisi, il curatore ha anche la facoltà di non prendere alcuna decisione in merito al destino di uno o più rapporti pendenti: in tal caso essi rimarranno sospesi, congelati, fino alla chiusura della procedura liquidativa. Va detto che, l'art. 72 l.f. (172 C.c.i.i.) in caso di silenzio o inerzia del curatore, concede però al contraente *in bonis* l'opportunità di mettere in mora il primo, assegnandogli un termine massimo di sessanta giorni entro i quali dover prendere una decisione circa il rapporto giuridico che lo riguarda. È questa una previsione normativa a favore della controparte *in bonis* che trova la sua *ratio* nella necessità di dare certezza ai rapporti giuridici e proteggere l'affidamento dei terzi coinvolti. Scaduto il termine, nel permanere del silenzio del curatore, il contratto sarà considerato sciolto automaticamente. Quest'ultima precisazione è utilizzata da una parte della dottrina quale argomentazione per risolvere una controversia giuridica di non poco conto: nel caso in cui il curatore decida di subentrare nel rapporto contrattuale, infatti, la legge prevede espressamente che egli debba richiedere l'autorizzazione del comitato dei creditori, mentre nulla viene detto nel caso in cui, al contrario, egli decida di sciogliersi dal medesimo. Si ritiene, generalmente, che anche in tal caso sia necessario o quanto meno opportuno richiedere l'autorizzazione al comitato, ma una parte della dottrina<sup>15</sup> sostiene che non vi sia questo obbligo

---

<sup>14</sup> AA.VV. *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag.778 ss.

<sup>15</sup> Tra gli altri A. Nigro e D. Vettermoli, i quali escludono la necessità dell'autorizzazione per lo scioglimento del contratto pendente sulla base di un triplice ordine di considerazioni:

1. diverso è l'effetto della procedura, soprattutto per i creditori, in caso di continuazione o di scioglimento del contratto: mentre la continuazione porta alla nascita di obbligazioni di massa, lo scioglimento può tutt'al più determinare costi di "opportunità";
2. un esempio di scioglimento in assenza di autorizzazione del comitato è già contemplato dall'ordinamento ai sensi dell'art. 72 co. 2 in caso di messa in mora del curatore: se lo scioglimento è la conseguenza dell'omissione del curatore non si vede perché non possa essere anche l'effetto di una sua azione
3. l'art. 104 co. 7 l.f., nello stabilire la continuazione dei rapporti pendenti in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, precisa che il curatore possa in ogni tempo sospendere l'esecuzione o sciogliere i medesimi, senza menzionare in alcun modo l'autorizzazione del comitato dei creditori.

- Sul punto v. A. Nigro e D. Vettermoli, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, a cura di A. Nigro e d. Vettermoli, il Mulino Bologna, IV ediz. 2017, pag. 186 ss.

proprio sulla base della considerazione che in caso di messa in mora del curatore e di sua inerzia, la legge prevede che il contratto si reputi sciolto automaticamente.

Volendo ora mettere a fuoco le due opzioni rimesse al curatore, che saranno oggetto della presente trattazione, preme evidenziare che se quest'ultimo decide di sciogliersi dal contratto, la controparte *in bonis* ha diritto a far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che però gli sia dovuto alcun risarcimento del danno (art. 72 co. 4 l.f., parallelo art. 172 co. 4 C.c.i.i.)<sup>16</sup>. La parte liberata (il fallito, o meglio gli organi della Procedura), non potrà ovviamente richiedere la controprestazione e dovrà restituire quanto già ricevuto in conformità alle norme relative alla ripetizione dell'indebito.

Quanto fin qui affermato incontra un limite nel momento in cui il fallito si sia reso inadempiente già prima dell'apertura della procedura: in tal caso, infatti, qualora la controparte *in bonis* abbia già proposto azione di risoluzione del contratto, ai sensi del co. 5 dell'art. 72 l.f. (art.172 co. 5 C.c.i.i.), la dichiarazione di fallimento si presenta come evento neutro rispetto agli effetti della domanda che farà dunque stato anche nei confronti del curatore.

Qualora, invece, il curatore opti per il suo subentro nel rapporto contrattuale preesistente, la controparte *in bonis* non potrebbe far altro che accettare passivamente la modifica unilaterale soggettiva (quand'anche si trattasse di negozio *intuitu personae*) ma ne guadagnerebbe l'assoluto adempimento integrale di quanto promesso: in quest'ipotesi, infatti, il curatore sarà vincolato alle obbligazioni nascenti dal rapporto, senza possibilità alcuna di apporre modifiche unilaterali e dovrà adempiere alle stesse in via di prededuzione.

## **1.2 Brevi cenni storici.**

Se il principio generale della sospensione del rapporto contrattuale con facoltà di scelta in capo al curatore circa la sua sorte è un punto ormai saldo della disciplina fallimentare (tant'è che è stato confermato interamente dalla riforma apportata dal d.l. 14/2019), la sua codificazione è quanto mai recente.

La disciplina dettata dall'art. 72 l.f., infatti, è l'approdo di un lungo un *iter* dottrinale.

Il Codice del Commercio del 1882 si era infatti occupato solo embrionalmente della disciplina dei rapporti pendenti, dettando poche disposizioni sparse, tra loro apparentemente scollegate<sup>17</sup>. Pur

---

<sup>16</sup> La norma, negando il risarcimento del danno, assimila il mancato adempimento conseguente alla volontà degli organi della procedura di sciogliere il contratto all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore-fallito (art. 1256 c.c.).

<sup>17</sup> Si trattava per lo più di disposizioni puntuali che in caso di Fallimento di uno dei due contraenti dettavano regole sulla sorte di specifiche figure contrattuali.

mancando una disciplina organica in materia di rapporti preesistenti, dottrina e giurisprudenza avevano comunque potuto elaborare una serie di principi generali, tra i quali spiccava la previsione della regola generale della sospensione del rapporto, nonché il progetto di prevedere una norma di chiusura tratta dalla disciplina dettata in materia di compravendita.

In particolare, tale progetto stabiliva che *“le regole relative alla vendita ineseguita si applicano in eguali condizioni agli altri contratti bilaterali in cui all’obbligo di prestazione dell’altra parte corrisponde quello di una controprestazione in denaro da parte del fallito. Se l’obbligo della controprestazione non è in danaro e se la cosa che ne è oggetto non è già passata in proprietà dell’altra parte, resta fermo il diritto del curatore alla scelta fra l’esecuzione e lo scioglimento del contratto, ma non ha luogo il diritto dell’altra parte di cui all’ultimo capoverso dell’art. 80”* .

Sebbene vari progetti di riforma menzionassero tale approdo dottrinale, la Legge Fallimentare del 1942 inizialmente non diede spazio a tale progetto e risultò essere nuovamente una disciplina fortemente disorganica e lacunosa, che, molto modestamente, si limitava a regolare distintamente alcuni specifici rapporti, trascurandone, invece, molti altri di notevole importanza e senza neppure tentare un regolamento organico e sistematico della materia. Alla sua frammentarietà hanno provveduto nuovamente dottrina e giurisprudenza che, analizzando le norme dettate nello specifico per le varie tipologie contrattuali, sono approdate a un quadruplice sistema di regole in materia di contratti pendenti, sulla base del quale la dichiarazione di fallimento determinava: a) lo scioglimento automatico di alcuni contratti; b) la continuazione *ope legis* di altri rapporti contrattuali; c) ne escludeva altri dal patrimonio soggetto alla liquidazione fallimentare, in quanto rapporti inerenti a beni strettamente personali; d) infine ne produceva la temporanea sospensione, rimettendo in capo al curatore la scelta tra il subentro o lo scioglimento.

Ebbene, proprio la regola riportata alla lett. d) - che come già sottolineato era stata elaborata specificatamente per il contratto di compravendita in caso di fallimento del compratore - è stata di nuovo avvertita, ugualmente che in passato, come portatrice di un principio generale al quale facevano eccezione solamente i rapporti per i quali fosse dettata una disciplina speciale negli articoli successivi.

In sintesi, la disciplina dettata dall’art. 72 in materia di compravendita è stata elevata definitivamente a canone fondamentale, tant’è che è stato espunto il primo comma per i quali il venditore *in bonis* aveva il diritto di eseguire comunque la propria prestazione, facendo poi valere nel passivo del fallimento il credito per la controprestazione dovuta dal compratore fallito: da allora, alla controparte *in bonis* è concessa solamente la facoltà di sollecitare il curatore a compiere una scelta, ma unicamente quest’ultimo ha il potere e il diritto di decidere circa le sorti del contratto medesimo.

Come fin qui esaminata, la disciplina dettata dalla Legge del 1942 risultava tuttavia ancora insoddisfacente, non fosse altro perché non prevedeva un appiglio testuale che codificasse il principio generale ex art. 72, minando così il principio di certezza del diritto tanto caro alla tradizione giuridica occidentale. Inoltre, il testo normativo risultava ancora disorganico e lacunoso.

La c.d. riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, allora, è stata attuata con il D.lgs. 25 9.1.2006, n. 5, il quale, come si legge nella Relazione ministeriale di accompagnamento, ha inteso porre rimedio a tali carenze: se da un lato ha riproposto regole già esistenti nella legge fallimentare, dall'altro ha introdotto significative modificazioni del sistema previgente, recependo in buona misura alcune soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, tra cui proprio quella regola generale di sospensione del rapporto pendente che, già contenuta nel progetto di riforma del Codice del Commercio, non era stata accolta né in questo e neppure nella successiva legge fallimentare del 1942.

La riforma in questione, ne ha però limitato il campo di applicazione, escludendo i particolari rapporti pendenti per i quali la Sezione IV ha dettato discipline speciali fondate su *rationes* differenti. Il D.lgs. 2006 è stato ulteriormente completato dal "Decreto correttivo" del 2007: in particolare, delle integrazioni e correzioni relative alle disposizioni concernenti gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti si è provveduto con le disposizioni contenute nei commi 6-13 dell'art. 4 del decreto, tutte sicuramente utili per meglio armonizzare l'intero meccanismo. Delle modifiche introdotte, le prime due codificano principi giurisprudenziali già assodati. E infatti, la prima disposizione si è limitata a introdurre all'ultimo comma dell'art. 72 l.f. l'inciso "*salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*", estendendo a tutti i rapporti pendenti soggetti alla regola generale contenuta nel primo comma dell'art. 72 una norma che il primo comma dell'art. 72-bis dettava per regolare la sorte del rapporto pendente di compravendita in caso di Fallimento del venditore.

La seconda disposizione, invece, ha semplicemente aggiunto al quarto comma dell'art. 72 l'inciso "*senza che gli sia dovuto risarcimento del danno*", codificando anch'essa un principio in materia di effetti dello scioglimento dei contratti pendenti già ricavabile dal sistema.<sup>18</sup>

Delle restanti disposizioni introdotte dal Decreto del 2007, solo quelle attinenti al contratto preliminare di vendita immobiliare e al contratto di locazione di beni immobili sono meritevoli di particolare attenzione per la loro carica innovativa. Della prima di parlerà più diffusamente nel proseguo della presente trattazione (paragrafo 1.3).

---

<sup>18</sup> G. Schiano di Pepe, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato, appendice di aggiornamento* a cura di G. Schiano di Pepe, CEDAM, Padova 2008, pag. 47 ss.

Infine, la disciplina relativa ai rapporti pendenti è stata ulteriormente confermata dalla riforma del 2019: il nuovo Codice della Crisi, infatti, all'art. 172 ribadisce il principio generale della sospensione del contratto inseguito con scelta in capo al curatore tra il suo scioglimento o la sua continuazione. Al pari della preesistente l.f. prevede la facoltà del contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore assegnandogli un termine massimo di sessanta giorni per compiere una scelta tra le due opzioni possibili ed infine conferma il diritto sempre del contraente *in bonis* di insinuare al passivo della procedura il credito derivante dal mancato adempimento, ma senza aver diritto alcuno al risarcimento del danno.

Quella che, invece, si presta ad essere la novità apportata dal Codice della Crisi è la previsione in base alla quale, in caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati “nel corso della procedura” e non anche i crediti derivanti dal medesimo contratto, ma maturati per prestazioni eseguite anteriormente al fallimento. Diversamente, la legge fallimentare del 1942 prevedeva che il subentro del curatore nel contratto attribuisse la prededucibilità anche ai crediti per forniture o prestazioni eseguite prima della declaratoria di fallimento <sup>19</sup>.

\*\*\*

Accanto alla disciplina generale, la normativa relativa agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti si compone, come più volte anticipato, di una normativa definibile “speciale”, contenuta negli articoli 73 ss. l.f. (corrispondente agli articoli 173 ss. C.c.i.i.) che si pone come eccezione rispetto a quella dettata dall'art. 72 l.f. (alias art. 172 C.c.i.i.).

I contratti regolati da tale disciplina *ad hoc* possono essere raggruppati in relazione alla sorte a cui vanno incontro nel momento in cui uno dei due contraenti fallisce. Si distinguono in particolare: a) contratti che rimangono sospesi con scelta “libera” in capo al curatore se proseguirli o sciogliersi - si tratta cioè di contratti per i quali è prevista l'applicazione della regola generale salvo alcune peculiarità; b) contratti che si sciolgono automaticamente; c) contratti che all'opposto proseguono *ope legis*, d) infine i contratti la cui sorte - sospensione, scioglimento o continuazione - non è imposta dalla legge né dipende unicamente dalla scelta del curatore, bensì da situazioni di fatto che ne condizionano il normale svolgimento.

---

<sup>19</sup> Il Codice della Crisi chiarisce, poi, che a non essere integralmente eseguite devono essere le “prestazioni principali” del contratto e non altre prestazioni accessorie, comunque previste dal contratto stesso. Con la conseguenza che, fra le diverse prestazioni che caratterizzano il rapporto contrattuale si dovranno individuare le prestazioni causalmente rilevanti per stabilire se esse siano state o meno integralmente eseguite e se, pertanto, il contratto possa definirsi o meno ancora pendente - come sottolineato nell'articolo *Codice della Crisi e dell'Insolvenza: riflessi della liquidazione giudiziale sui contratti pendenti con particolare riguardo ai rapporti di lavoro subordinato*, in *Diritto del Lavoro // Procedure concorsuali e ristrutturazioni*, a cura del sito [www. Gop. It](http://www.Gop.It), Gianni - Origoni - Grippo - Cappellini & Partners.

A completamento di questa trattazione introduttiva è opportuno precisare che tanto la Legge fallimentare del 1942, che il Codice della Crisi del 2019 prevedono esplicitamente l'opponibilità al curatore dell'azione di risoluzione del contratto che sia stata proposta nei confronti della parte inadempiente prima del Fallimento.

Il co. 5 dell'art. 172 C.c.i.i. (già co. 5 dell'art. 72 l.f.) stabilisce, infatti che “l'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda”. L'ultimo inciso della norma impone, però, una distinzione tra le azioni di risoluzione. Se, infatti, si tratta di una domanda di risoluzione avente per oggetto contratti non soggetti a trascrizione, si considererà promossa prima del fallimento - e dunque opponibile alla procedura - l'azione della quale prima dell'apertura della liquidazione giudiziale sia stato notificato al convenuto l'atto di citazione o depositato in cancelleria il ricorso introduttivo. Se, al contrario, la domanda di risoluzione abbia ad oggetto contratti soggetti a trascrizione, sono da considerarsi promosse prima del fallimento le azioni i cui atti introduttivi siano stati trascritti anteriormente all'apertura della liquidazione.

Lo spiegamento degli effetti dell'azione nei confronti del curatore è giustificato dal fatto che l'azione di risoluzione produce effetti sostanziali immediati nei confronti del convenuto fin dall'inizio della sua pendenza, opponibili anche al curatore dopo la dichiarazione di fallimento<sup>20</sup>.

Inoltre il co. 6 dell'art. 172 C.c.i.i. (già co. 6 dell'art. 72 l.f.) conferma l'orientamento giurisprudenziale maggioritario pre-rifoma organica secondo il quale sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento, cosicché il curatore possa conservare integra la facoltà di scelta anche con riguardo a tali contratti<sup>21</sup>.

In sintesi, dunque, la disciplina generale ex art. 172 del C.c.r.i., a sostegno di quanto elaborato da dottrina e giurisprudenza nel corso del tempo, conferma la regola generale per la quale se un contratto e' ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui e' aperta la procedura di liquidazione giudiziale, la sua esecuzione - fatte salve le diverse disposizioni dettate dagli art. 173 ss. della medesima Sezione -

---

<sup>20</sup> AA.VV., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag. 808 ss.

<sup>21</sup> Indiscussa, come meglio si dirà in seguito, è altresì l'incompatibilità della previsione di un'eventuale clausola penale che ricollegghi alla dichiarazione di Fallimento il pagamento di una somma di denaro a titolo risarcitorio.

Inoltre, il co. 6 dell'art. 172 C.c.r.i., come il precedente comma 6 dell'art. 72 l.f., riguarda anche il caso della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c., qualora la parte interessata non abbia comunicato la sua intenzione di avvalersi della clausola prima della dichiarazione di Fallimento della parte inadempiente.

rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

A questa regola generale, come in precedenza già precisato, fanno eccezione alcune tipologie contrattuali specifiche, per le quali sono dettate norme *ad hoc*. Tra queste discipline speciali rientra proprio quella relativa al contratto preliminare disciplinato dall'art. 173 e 174 del nuovo Codice della Crisi, che sarà oggetto di trattazione specifica in questo elaborato.

### **1.3 Il contratto preliminare di compravendita di immobile.**

Continuando nell'analisi introduttiva di quello che sarà il fulcro di questa tesi, è bene soffermarsi sull'istituto giuridico che è oggetto di specifica trattazione nell'ambito della crisi d'impresa: il contratto preliminare di compravendita di immobile.

Procedendo con ordine, è opportuno analizzare in breve l'istituto e, dunque, considerare *in primis* quella che è la nozione, nonché la funzione generale del contratto preliminare. Il Codice Civile, a tal proposito, non fornisce alcuna definizione di “contratto preliminare” e di esso ne fa espresso riferimento solo nell'art. 1351 c.c. limitatamente alla necessità che tale contratto sia redatto, a pena della sua nullità, nella stessa forma prescritta per il relativo definitivo.

In breve, il “preliminare” è un contratto che ha ad oggetto la prestazione di un futuro consenso per la stipula di un nuovo contratto, detto “definitivo”, del quale si sono stabiliti gli elementi essenziali di contenuto e forma. In altre parole è un contratto con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto definitivo del quale sia già stato determinato il contenuto essenziale nel preliminare. Se l'obbligo è assunto da una sola parte e l'altra è libera di concludere o no il contratto definitivo, il contratto preliminare è definito “unilaterale”; se invece entrambi i contraenti si obbligano il preliminare è definito “bilaterale”.

La funzione del preliminare risiede, dunque, nell'ottenere uno strumento contrattuale (il contratto preliminare, per l'appunto) che obblighi le parti a stipulare un nuovo contratto (il contratto definitivo) che realizzerà l'effetto finale voluto (il trasferimento delle proprietà, la costituzione di un diritto, l'esecuzione di una prestazione, etc.)<sup>22</sup>. In particolare, esso serve a impegnare le parti per il tempo necessario a risolvere eventuali problemi che non consentono la conclusione immediata del

---

<sup>22</sup> C. Mellone, *Il contratto preliminare in generale*, in *Manuale di Diritto Privato*, a cura di C. Mellone, Photocity.it, 2012.

definitivo. Ad esempio, in caso di preliminare di compravendita di un immobile, permette all'acquirente di ricercare un finanziamento e al venditore permette la consegna di una nuova casa. Più semplicemente, comunque, le parti si avvalgono di un preliminare ogniqualvolta, pur essendo d'accordo sulla realizzazione di una certa operazione economica, intendono vincolarsi fin da subito a realizzarla, preferendo rinviare la conclusione del contratto e la realizzazione dei relativi effetti ad un tempo successivo.

Il preliminare è nato dalla prassi commerciale allo scopo proprio di permettere a coloro che intravedevano buone possibilità di affari, di riuscire ad assicurarsi anche senza ricorrere alla conclusione di un contratto definitivo, ed è stato introdotto nell'ultima codificazione, anche se in assenza di una definizione specifica (nel Codice Civile del 1865, al riguardo si taceva totalmente). Il contratto preliminare, pertanto, è oggi destinato ad assolvere un'importante funzione nella dinamica degli scambi tra privati.

In sintesi, il preliminare rientra nella tipologia dei contratti ad efficacia obbligatoria e, pur trovando la propria causa nella stipula di un negozio definitivo, esso è considerato a tutti gli effetti un contratto autonomo: la sua particolarità risiede nel fatto che la prestazione oggetto del contratto consiste nel "prestare un consenso" per la stipula del definitivo, consenso che se poi viene disilluso, comporta la possibilità per la controparte di chiedere la stipulazione coattiva del definitivo tramite l'azione di esecuzione in forma specifica disciplinata dall'art. 2932 c.c. (altra disposizione che riguarda direttamente il contratto preliminare) <sup>23</sup>.

Procedendo ad un'analisi della funzione precipua del contratto preliminare è possibile, innanzitutto, distinguerlo da una serie di altri istituti giuridici simili.

In primo luogo, il preliminare è da tenere distinto dagli "accordi preparatori" proprio per il suo tipico effetto di obbligare alla stipula del definitivo.

Tale puntuale effetto, poi, lo distingue dal c.d. contratto preliminare improprio o compromesso di vendita, vale a dire quel "contratto" con cui le parti abbiano raggiunto un accordo sul definitivo regolamento dei rispettivi interessi inerenti l'affare, ma si obbligano a riprodurre tale loro consenso in altra forma e specificatamente nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata richiesta per la trascrizione (art. 2657). Il contratto preliminare improprio, infatti, è un contratto definitivo da cui nasce, oltre alla serie di effetti a esso propri, anche l'obbligo di riprodurlo in altra

---

<sup>23</sup> Più in generale, i civilisti definiscono il preliminare come un contratto con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto definitivo, del quale deve essere già determinato nel preliminare il contenuto essenziale e i cui effetti tipici verranno in vita solo se e quando tale contratto definitivo sarà stipulato - sul punto v. A. Torrente e P. Schlesinger, *Il contratto preliminare ed i vincoli a contrarre*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano 2015, 22esima Ediz., pag. 580.

forma <sup>24</sup>. Per capire se le parti hanno voluto stipulare un preliminare o un contratto di questo secondo tipo è necessario ricostruire la loro volontà storica avvalendosi dei classici criteri di interpretazione previsti dall'ordinamento.

Il preliminare si differenzia, altresì, dalle trattative, dalla minuta e dalla lettera di intenti in quanto solo il preliminare è inquadrabile come contratto: le altre fattispecie attengono a rapporti di negoziazione per pervenire ad una intesa e alla fissazione di alcuni punti fermi del futuro contratto che le parti non hanno l'obbligo di concludere perché non si sono instaurati ancora rapporti giuridici e non sono sorti obblighi, salvo quello di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative. Non si discute, inoltre, sulla inutilità di un preliminare di preliminare, considerato dalla legge, peraltro, invalido <sup>25</sup>.

Per quanto riguarda specificatamente il preliminare unilaterale, poi, questi deve tenersi distinto tanto dal patto d'opzione che, pur essendo anch'esso un contratto, si differenzia dal primo per il fatto che, con il patto di opzione, il dichiarante si obbliga a rimanere vincolato alla propria obbligazione rimettendo in capo al beneficiario la facoltà di accettarla o meno, dichiarazione che pertanto diviene ex art. 1331 c.c. irrevocabile. Sul punto, la Cassazione del 30.11.2017 n. 28762 ha stabilito che l'opzione ex art. 1331 c.c. ha in comune con il preliminare unilaterale l'assunzione dell'obbligazione da parte di un solo contraente, ma è diverso il successivo *iter* della vicenda in quanto, a differenza del preliminare unilaterale, che è un contratto perfetto ed autonomo rispetto al contratto definitivo, l'opzione è un elemento di una fattispecie a formazione progressiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta a cui segue l'accettazione del promissario che, saldandosi con la prima, perfeziona il contratto <sup>26</sup>.

Allo stesso modo, il preliminare unilaterale si differenzia dall'istituto della prelazione, con il quale un soggetto si obbliga a preferire un altro soggetto nel momento in cui deciderà di stipulare un determinato contratto.

Infine, per quanto attiene al caso specifico del preliminare di vendita immobiliare, è opportuno soffermarsi sulla distinzione tra il preliminare e la c.d. proposta d'acquisto, che impegna solo la parte che l'ha firmata. La proposta d'acquisto – di solito un modulo prestampato fornito dall'agenzia immobiliare – è la dichiarazione dell'acquirente di voler acquistare un certo bene a un certo prezzo. Essa è accompagnata normalmente dal versamento di una somma di denaro a titolo di

---

<sup>24</sup> G. Amadio e F. Macario, *Il contratto - Sezione II La conclusione del contratto*, in *Diritto Civile I - norme, questioni, concetti*, a cura di G. Amadio e F. Macario, il Mulino, Bologna 2014, pag. 687.

<sup>25</sup> Dott. Luca Martini, *Preliminare in generale e preliminare immobiliare*, articolo tratto da [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com).

<sup>26</sup> La giurisprudenza è intervenuta nel caso in cui ci siano dubbi sulla natura del contratto, propendendo per una soluzione a favore del preliminare. La ratio è data dalla protezione che si vuole accordare alla parte più debole: nel preliminare, infatti, è necessaria una manifestazione di volontà di entrambe le parti, quindi, nel dubbio, si riconferma la volontà in un definitivo.

caparra confirmatoria: tale somma resta “bloccata” per tutta la durata di validità della proposta di acquisto, ma nel frattempo il venditore è libero di valutare anche altre offerte. Differentemente, la sottoscrizione del preliminare (anch’essa normalmente accompagnata dal versamento di una determinata somma di denaro a titolo di caparra) impegna fin da subito entrambe le parti.

\*\*\*

Il preliminare, come qualsiasi altro contratto, è assoggettato alle regole generali sulla conclusione del contratto ex art. 1326 c.c., e per la sua validità richiede che siano soddisfatti alcuni requisiti essenziali. Si badi che, per quanto attiene alla causa, all’oggetto e alla forma del preliminare, inserendosi quest’ultimo in una sequenza fisiologicamente destinata a concludersi con la stipula del definitivo, questi elementi devono essere di volta in volta apprezzati proprio alla luce di questa riflessione. Da ciò si evince che il preliminare deve soddisfare i requisiti minimi di determinatezza e non può avere ad oggetto un generico *facere*: dovrà contenere un *facere* circostanziato propedeutico al definitivo, ovvero dovrà fissare i contenuti essenziali di quest’ultimo. Così la causa del contratto preliminare, intesa quale “causa concreta” o funzione economico-individuale del negozio giuridico, deve condividere la causa del definitivo e allo stesso tempo deve necessariamente coinvolgere una propria specifica causa arricchita dall’interesse ad un impegno provvisorio e funzionale alla sua stipula<sup>27</sup>.

Per quanto attiene all’oggetto del preliminare, si rinvia all’art. 1346 c.c. pur sottolineando come ai fini della validità del negozio preliminare sia sufficiente soddisfare il requisito della sola determinabilità, potendo le parti rimandare il completamento di taluni aspetti del regolamento di interessi al contratto definitivo.

Infine, emblematico è il requisito della forma del preliminare, in particolare l’art. 1351 c.c. richiede necessariamente che tale contratto venga stipulato nella forma prevista per il relativo definitivo, a pena di nullità del preliminare stesso.

Con la stipula del definitivo, dunque, il preliminare esaurisce la propria funzione: le parti, quindi, troveranno nel definitivo, e non nel preliminare, la fonte di disciplina del loro rapporto giuridico e ad esso bisogna guardare nell’applicare gli ordinari canoni di interpretazione, salvo l’accorgimento che per una corretta analisi del rapporto sarà proprio il preliminare a fornire il materiale interpretativo necessario.

---

<sup>27</sup> Di conseguenza, il definitivo avrà una causa specifica correlata allo specifico negozio giuridico posto in essere dalle parti, alla quale si aggiungerà una causa arricchita dall’interesse solutorio del preliminare - sul punto si veda G. Amadio e F. Macario, *Il contratto - Sezione II La conclusione del contratto*, in *Diritto Civile I - norme, questioni, concetti*, a cura di G. Amadio e F. Macario, il Mulino, Bologna 2014, pag. 688.

Quanto finora esposto incontra complicazioni nel caso in cui sorgano situazioni patologiche. Ben può capitare, infatti, che prima che si addivenga alla stipula del definitivo, o una volta che questo venga in effetti concluso, risulti che il contratto preliminare fosse afflitto da una causa di annullabilità o nullità del contratto: in tal caso, qualora si pervenga alla stipula del definitivo nell'erronea convinzione di esservi vincolati sulla base di un preliminare in realtà invalido, sarà possibile liberarsi dal vincolo negoziale appellandosi all'istituto dell'annullabilità per errore di diritto.

Viceversa, la questione diventa più articolata se il preliminare dovesse essere valido e la causa di invalidità dovesse concretizzarsi al momento del definitivo; sarà, quindi, opportuno scindere le varie ipotesi. Infatti, se l'invalidità è di tipo oggettivo il definitivo sarà nullo, ma se l'invalidità dipende da cause soggettive e, per la precisione, dai classici vizi della volontà, bisogna a sua volta soffermarsi su alcune considerazioni.

In primo luogo si dovrebbe in generale escludere la rilevanza di una sopravvenuta incapacità di una parte al momento della stipula del definitivo.

In ogni caso, il contratto preliminare è da ritenere risolubile ogniqualvolta ci si imbatte in quelle sopravvenienze che renderebbero risolubile il definitivo (impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità sopravvenuta, etc.). A maggior ragione, sarà risolubile in caso di inadempimento di uno dei contraenti che rifiuti la stipula del definitivo. Quest'ultima ipotesi, però, apre la strada a un rimedio specifico previsto dal codice civile all'articolo 2932 c.c.: la controparte può ottenere una sentenza costitutiva che produce gli effetti del contratto definitivo non concluso.

Più nel dettaglio, la norma in questione postula un'ipotesi di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto: l'art. 2932 c.c. prevede, infatti, che se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo (ovvero non sia stato esplicitamente escluso dalle parti nel preliminare), può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Tale sentenza, pertanto, fa nascere il rapporto contrattuale al di là della volontà del contraente inadempiente e per poterla richiedere è sufficiente l'inadempimento del convenuto, anche se a lui non imputabile (un'eventuale colpa rileva soltanto ai fini del risarcimento del danno). Il secondo comma, poi, specifica che in caso di contratti ad efficacia reale, affinché la domanda possa essere accolta è richiesto un elemento ulteriore e cioè che la parte che l'ha proposta abbia eseguito la propria prestazione o ne abbia fatto offerta nei modi previsti dalla legge, e ciò a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

Arrivando al focus della presente trattazione, si deve tenere in considerazione che nella vita pratica l'utilizzo più frequente del contratto preliminare si ha nei casi di compravendita di immobili: con il preliminare, le parti si obbligano a stipulare un futuro contratto per l'acquisto di un immobile.

Stante l'oggetto del definitivo, dunque, il preliminare deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità.

Proprio per l'applicazione frequente del preliminare nell'ipotesi di acquisto di immobili, si è reso necessario introdurre una serie di regole pubblicitarie e ciò in virtù del fatto che la sottoscrizione del preliminare, come qualsiasi negozio bilaterale, ha efficacia soltanto tra le parti contraenti e non verso i terzi. Potrebbe capitare, dunque, che il promittente venditore, in seguito alla conclusione del preliminare ma prima della stipula del definitivo, alieni ad un terzo l'immobile oggetto del preliminare stesso. Per evitare ciò, e dunque tutelare il promissario acquirente, è stato esteso anche al preliminare di compravendita immobiliare l'istituto della trascrizione nei Registri Pubblicitari Immobiliare, con il conseguente effetto prenotativo di cui tale strumento è portatore.

In particolare, l'art. 2643 c.c. elenca gli atti soggetti a trascrizione e tra questi rientrano proprio i contratti aventi ad oggetto beni immobili. Inizialmente, la trascrizione era limitata ai solo contratti che trasferissero la proprietà o costituissero altri diritti reali sui beni immobili mentre il preliminare era escluso, in quanto non facente parte di tali categorie. L'estensione della disciplina della trascrizione anche al preliminare è avvenuta alla fine degli anni '90, con il D.l. 96/12/31 n. 669, conv. nella l.30/1997, che ha introdotto l'art. 2645-*bis* c.c., il quale ha imposto la trascrizione del preliminare che sia stato stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Tale previsione ha notevolmente accresciuto la tutela del promittente acquirente, anticipando ulteriormente l'effetto prenotativo rispetto a quello possibile mediante la trascrizione della domanda giudiziale prevista dall'art. 1652 c.c. Quest'ultima norma prevede che la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre sia soggetta a trascrizione quando il contratto oggetto dell'obbligo trasferisca o costituisca taluno dei diritti menzionati nell'art. 2643 c.c. La trascrizione della domanda giudiziale comporta il classico effetto prenotativo relativamente alla trascrizione della sentenza costitutiva ex 2932 c.c.: quest'ultima sentenza ha tra le parti efficacia *ex nunc* dal momento del suo passaggio in giudicato, mentre nei confronti dei terzi ha efficacia dal momento della sua trascrizione, salvo il caso in cui sia stata precedentemente trascritta la relativa domanda, ipotesi che fa retroagire l'opponibilità ai terzi al momento precedente di trascrizione della domanda giudiziale di cui all'art. 2652 c.c. rispetto all'avvenuta trascrizione della sentenza costitutiva ex 2932 c.c. Nel caso di trascrizione del preliminare, la tutela del promissario acquirente è accresciuta perché, trascritto il preliminare, la successiva trascrizione del definitivo o della sentenza costituiva ex 2932 c.c. prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente venditore dopo la trascrizione del preliminare stesso. Affinché ciò si verifichi, però, è necessario che la trascrizione del definitivo o dell'atto che costituisca esecuzione specifica del preliminare, o almeno la trascrizione della domanda giudiziale volte ad ottenere la esecuzioni

specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2652 n. 2 c.c.), avvenga entro un anno dalla data stabilita per la conclusione del definitivo e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione del preliminare.

A completamento di questa tematica, è opportuno anticipare già in questo paragrafo che alla trascrizione del contratto preliminare è stata anche attribuita la funzione costitutiva di un privilegio speciale sull'immobile oggetto del contratto, a beneficio del futuro ed eventuale credito del promissario acquirente che consegua alla mancata esecuzione del preliminare (art. 2772-bis c.c.); argomento che sarà oggetto di una specifica trattazione parlando del fallimento del promittente venditore e di insinuazione al passivo del promissario acquirente, in quanto trattasi di una regola specifica che discosta le sorti del preliminare immobiliare di compravendita dalla disciplina generale.

Dallo schema classico del preliminare di vendita immobiliare ora descritto, la prassi ha introdotto delle varianti che hanno fatto sì che la tradizionale definizione di preliminare venisse in un certo senso allargata. Infatti, entro l'area dei contratti preliminari relativi a operazioni immobiliari, molto diffusa è la prassi di anticipare taluni effetti del contratto definitivo alla fase precedente la sua stipula (c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati). In sostanza, il contratto preliminare produce fin da subito alcuni effetti tipici del definitivo: ad es. di solito avviene che con la conclusione del preliminare venga fin da subito versata una parte o il totale del prezzo convenuto come oggetto del contratto definitivo e che parallelamente venga immediatamente consegnato il bene immobile destinato a passare in proprietà solo successivamente alla stipula del definitivo. Tale anticipazione degli effetti trova però un limite nel fatto che non può essere tale da svuotare di significato il definitivo, in particolare solo quest'ultimo può produrre l'effetto traslativo tipico del contratto di compravendita <sup>28</sup>.

Fattispecie peculiare è il contratto preliminare di cosa futura, ipotesi che nella maggior parte dei casi si manifesta nel preliminare avente ad oggetto la compravendita di un immobile ancora in costruzione. È questo un caso emblematico, di notevole importanza nel panorama commerciale-immobiliare attuale, che difatti è stato protagonista di un accurato e recente intervento legislativo: il D.lgs. 20/06/2005 n. 122, che ha provveduto a disciplinare interamente la materia, indicando requisiti, nozioni, obblighi del costruttore, garanzie in capo al promissario acquirente e regolamentando l'eventuale ipotesi di fallimento del promittente costruttore <sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Anche con riferimento al preliminare ad effetti anticipati è riservata un'apposita trattazione in tema di crisi d'impresa - capitolo 5, paragrafo 5.1, pag. 127 del presente elaborato.

<sup>29</sup> Sul punto v., *Il caso specifico: il fallimento del costruttore*, Capitolo 4, pag. 90 del presente elaborato.

Altro caso degno di nota è, infine, il contratto preliminare di cosa altrui. Qui, il promittente venditore di cosa altrui non è tanto tenuto alla conclusione del definitivo, quanto all'obbligazione di fare acquistare la proprietà della cosa al promissario acquirente e, si intende, di fare acquistare la proprietà, salvo diversa pattuizione, priva di vizi e oneri. La giurisprudenza è pervenuta a questa conclusione recentemente, stabilendo che, in tal modo, ci si obblighi a raggiungere gli effetti finali della vendita. Circa le modalità, il promittente venditore può acquistare direttamente la proprietà del bene oggetto del contratto e trasferirla poi nel definitivo; può altresì ottenere il consenso del proprietario in sede di definitivo (e secondo la giurisprudenza, è considerato inadempimento la mancata conclusione del definitivo quando si è avuto il consenso dal proprietario); infine può far stipulare al proprietario e all'acquirente il contratto definitivo senza comparire (ed è questo uno dei casi più frequenti di utilizzo del preliminare a scopi speculativi).

Di tali varianti del contratto preliminare si dirà nel successivo Capitolo 5, facendo specifico riferimento alle conseguenze causate dall'apertura della Liquidazione Giudiziale in capo ad uno dei due contraenti.

Ora, invece, conclusa la trattazione generale sull'istituto codicistico, è giunto il momento di concentrarsi sul caso ordinario del preliminare che abbia ad oggetto la compravendita di un immobile, fattispecie che verrà qui analizzata nell'ambito della crisi d'impresa, con particolare riferimento alle conseguenze e agli effetti che l'apertura della liquidazione giudiziale possa comportare sul medesimo.

#### **1.4 Crisi d'impresa e contratto preliminare di compravendita di immobile.**

Come già anticipato nelle pagine precedenti, il nuovo Codice della Crisi di impresa dedica al tema del contratto preliminare ben due articoli (articoli 173 e 174) i quali non sono altro che l'approdo finale di principi ed evoluzioni dottrinali che, introdotti dalle varie riforme organiche susseguitesi negli anni 2000 - e tra queste particolarmente importanti sono quelle del binomio 2006-2007 - hanno trovato definitiva e completa sistemazione propria con l'ultimissima e recente riforma del 2019.

È solo con l'art. 57 del D.lgs. 9/1/2006 n. 5 che viene codificato come canone principale valevole per tutti i contratti pendenti, salva diversa disposizione, l'orientamento giurisprudenziale della sospensione automatica degli stessi, con scelta in capo al curatore se subentrare o sciogliersi dai medesimi.

Emblematica, a riguardo, è una massima della Cassazione che recita come in seguito riportato: *“L'art. 72, pur essendo dettato per la compravendita, è espressione di un principio generale*

*pertanto, salva diversa disciplina specificamente dettata dagli articoli successivi della stessa sezione della legge per i contratti ivi contemplati, trova applicazione generale*<sup>30</sup>, nel senso che il curatore non è tenuto a perfezionare o proseguire i rapporti (anche se di durata determinata) che trova pendenti ed ha invece - ove non ne ritenga utile il perfezionamento o la prosecuzione - facoltà di sciogliersene, senza alcun diritto della controparte a risarcimento dei danni”<sup>31</sup>. Interessante, poi, è la tecnica di redazione della regola. La nuova disposizione, infatti, è stata confezionata con frammenti ricavati dai primi due commi del vecchio art. 72, relativi proprio agli effetti del fallimento del compratore sulla compravendita in corso: con essa è stata così attribuita una portata generale a quella che prima era stata la regola specifica per la sola fattispecie giuridica del contratto di compravendita.

L'operazione ha determinato, però, la scomparsa della disposizione contenuta nel primo comma del testo originario dell'articolo secondo cui, in caso di fallimento del compratore, al venditore *in bonis* spettava il diritto di compiere la propria prestazione, facendo valere nel passivo il suo credito per il prezzo. Era una disposizione eccezionale che solo per il caso di fallimento del compratore consentiva al venditore di eseguire coattivamente la propria prestazione e di far valere nel passivo il suo credito, ancorché derivante da un contratto a prestazioni corrispettive ineseguito. E ciò non senza inconvenienti se si considera che la prestazione del venditore poteva non essere rispondente alle esigenze della liquidazione fallimentare.

Ebbene, a seguito dell'intervenuta soppressione del primo comma, si può oggi affermare che in nessun caso spetta al contraente *in bonis* il diritto di insinuare nel passivo fallimentare il proprio credito, quando questo deriva da un contratto corrispettivo non eseguito<sup>32</sup>. La disciplina dei contratti pendenti ha, in questo modo, ricevuto un'autonoma disciplina avente alla base una spiccata matrice fallimentare - in deroga a quella che è la disciplina generale della tutela dei contratti sinallagmatici - caratterizzata dalla inevitabile soggezione della posizione del contraente *in bonis* al diritto potestativo del curatore di sciogliersi dal contratto o di subentrarvi.

---

<sup>30</sup> Il fatto che trovi generale applicazione implica che tale regola debba essere applicata a tutti quei contratti che, alla data di apertura del Fallimento, si trovino ad essere totalmente o parzialmente ineseguiti da entrambe le parti, con esclusione solo di quelli disciplinati da speciali disposizioni contenute tanto nella medesima Sezione IV della l.f. che in qualsiasi altro testo normativo. Tale binomio disposizione generale - disposizioni speciali comporta, ulteriormente, che eventuali rapporti non espressamente presi in considerazione nell'ambito della crisi d'impresa dovranno *in primis* essere confrontati con le varie discipline speciali, così da verificare se possa trovare applicazione il medesimo principio derogatorio in virtù dell'analogia con la fattispecie esaminata, o se altrimenti debba trovare semplicemente applicazione la regola universale ex art. 72 co. 1.

<sup>31</sup> Cass. Civ. 5.2.1980 n. 799.

<sup>32</sup> AA.VV., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag. 793 ss.

È opportuno ora concentrare l'attenzione sul fatto che tra le novità introdotte dalla norma generale dell'art. 72 l.f. spicca, al comma terzo, la disposizione relativa al contratto preliminare che, fatta salva la disposizione speciale in materia di immobile ancora da costruire (art. 72-bis) ha dato veste legislativa all'orientamento<sup>33</sup> secondo il quale la disciplina generale dettata in tema di contratto di vendita dovesse essere estesa anche al preliminare di compravendita.

Con l'estensione del suddetto principio dal contratto di vendita a qualsiasi contratto inseguito o parzialmente inseguito da entrambe le parti si è pervenuta, parallelamente, all'estensione del canone universale non solo al preliminare di vendita, ma a qualsiasi tipo di preliminare: con la riforma organica, dunque, viene stabilito che anche per il preliminare, quale che sia il contratto definitivo che le parti si siano obbligate a stipulare, vale la regola generale dettata dall'art. 72 l.f., restando sospeso il negozio in attesa delle determinazioni del curatore<sup>34</sup>. Ne consegue che il contratto preliminare soggiace all'intera disciplina dettata dall'art. 72 l.f., in particolare, al diritto dell'acquirente di far valere il proprio credito nel passivo in caso di scioglimento del rapporto da parte del curatore. Infatti, il comma settimo dell'art. 72 l.f., come novellato dalla riforma organica del 2006 e ulteriormente corretto dal decreto integrativo del 2007, conferma anche per il preliminare il suddetto principio. Da ciò si ricava che, ove il preliminare sia stato trascritto nei registri immobiliari – secondo l'espressa previsione contenuta nell'art. 2645-bis c.c. – ed il curatore abbia optato per lo scioglimento del contratto, il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito per il prezzo versato, rimanendo però sempre escluso il risarcimento del danno. Tale credito, ed è qui che risiede la differenza con la regola generale del primo comma, gode del privilegio speciale immobiliare di cui all'art. 2775-bis c.c., ma a condizione che non siano cessati gli effetti della trascrizione del preliminare anteriormente alla dichiarazione di fallimento<sup>35</sup>.

Come già ricordato, la riforma introdotta dal D.lgs 5/2006 è stata a sua volta completata da un altro intervento legislativo rilevante per l'opera di sistemazione organica delle procedure concorsuali: il D. lgs. 12.9.2007, n. 169, recante “*Disposizioni integrative e correttive al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. 1, commi 5, 5-*

---

<sup>33</sup> Quanto agli effetti del fallimento sul contratto preliminare in corso di esecuzione alla data del fallimento di una delle parti, infatti, sebbene nessuna delle norme dell'originaria legge fallimentare se ne occupava, la dottrina più autorevole [tra i tanti, *Maffei, Alberti, Scicolone, Finardi, Vattermoli*] e la giurisprudenza [*Cass. 23.5.1990, n. 4658; Cass. 16.5.1990, n. 4270; Cass. 9.1.1987, n. 70*] però, non avevano mai posto in dubbio che fossero applicabili per analogia anche al preliminare le regole contenute nell'art. 72, con effetti che riflettevano le caratteristiche di questo contratto.

<sup>34</sup> G. Fichera, in *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento*, a cura del sito *Il Caso.it*, 14 febbraio 2014.

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., comma terzo, gli effetti della trascrizione del preliminare cessano se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non si è trascritto il contratto definitivo o altro atto che lo sostituisca, ovvero ancora se non si è trascritta la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica del preliminare medesimo.

*bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80*". Il decreto è stato emesso in attuazione della delega "correttiva" conferita al Governo con l'art. 1, comma 3 della legge 12.7.2006, n. 5, proprio al fine di superare, mediante norme chiarificatrici, numerosi aspetti critici e problematici della riforma organica del 2006. Nello specifico, le disposizioni integrative alla regola generale relativa alla sorte dei contratti pendenti contenuta nell'art. 72, l.f., sono individuabili nell'art. 4 n. 6, lett. a), b) e c) del medesimo decreto e, salvo quella di cui alla lett. c), non hanno introdotto novità sostanziali<sup>36</sup>. In effetti, come già precisato in precedenza, sia la prima che la seconda disposizione non hanno fatto altro che introdurre due incisi (rispettivamente "*salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*" e "*senza che gli sia dovuto risarcimento del danno*") portatori di due principi ormai consolidati all'interno del sistema e pertanto già del tutto ricavabili dagli ormai solidi e indiscussi orientamenti giurisprudenziali in materia.

È invece con la terza disposizione che si perviene all'introduzione di una novità sostanziale, oltremodo rilevante ai fini della tematica esaminata in questo elaborato. Tale novità sostanziale risiede nell'aggiunta all'art. 72 di un ottavo comma recitante "*Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado*". Tale ottavo comma, quindi, sancisce una nuova eccezione alla regola generale di cui al primo comma dell'art. 72, eccezione che sottrae il preliminare di vendita immobiliare ad uso abitativo, trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis, cod. civ., alla regola generale degli altri rapporti pendenti e lo accomuna nella sorte privilegiata riservata ai pochi contratti in corso per i quali la legge prevede, per il solo effetto del fallimento, la sostituzione automatica del curatore nella posizione del contraente dichiarato fallito, con tutto quello che ne consegue a favore ed a carico dei creditori concorrenti: da una parte l'acquisto dei diritti nascenti dal contratto e, dall'altra, l'assunzione a carico della massa delle obbligazioni da esso nascenti<sup>37</sup>. Questa nuova previsione normativa costituisce il punto di arrivo di una politica legislativa che, a cominciare dal 1996 fino al luglio del 2007, ha perseguito l'obiettivo di rafforzare la posizione del promissario acquirente in caso di fallimento del promittente venditore, di cui meglio si tratterà in seguito<sup>38</sup>. L'eccezione del co. 8 è stato ulteriormente arricchita con la L. 7/08/2012 n. 134, la quale ha aggiunto l'inciso "*ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente*", estendendo quindi anche

---

<sup>36</sup> G. Schiano di Pepe, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato, appendice di aggiornamento* a cura di G. Schiano di Pepe, CEDAM, Padova 2008, pag. 47 ss.

<sup>37</sup> Sul punto si veda ancora G. Schiano di Pepe, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato, appendice di aggiornamento* a cura di G. Schiano di Pepe, CEDAM, Padova 2008, pag. 48 ss.

<sup>38</sup> Sul punto v. paragrafo 3.3. *Diritti fondamentali e crisi d'impresa: l'immobile destinato ad uso abitativo*, in *Il fallimento del promittente venditore*, Capitolo 3, pag 81 del presente elaborato.

all'ipotesi di immobile che costituisse sede principale di attività d'impresa la normativa derogatoria pensata per l'ipotesi di immobile destinato ad uso abitativo.

Da ultimo, il nuovo Codice della Crisi d'impresa ha introdotto un'ulteriore inciso in materia di immobili destinati ad uso abitativo - o a sede principale dell'attività di impresa - prevedendo che il contratto preliminare avente ad oggetto siffatti immobili non possa essere sciolto fatta salva l'ipotesi in cui gli effetti della trascrizione siano cessati anteriormente alla data di apertura della liquidazione giudiziale, nonché l'innovativo caso in cui *“il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione nel termine e secondo le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura”*.

Il decreto correttivo del 2007 ha altresì toccato la già nota disposizione speciale contenuta nell'art. 72-bis: in particolare ha sostituito la precedente rubrica *“Fallimento del venditore e contratti relativi ad immobili da costruire”*, con un nuovo art. 72-bis, recante la diversa rubrica *“Contratti relativi ad immobili da costruire”*. Il nuovo art. 72-bis, come innovato dal decreto correttivo (art. 4, n. 7 d. lgs. n. 169/2007) differisce dal vecchio non solo perché è composto da un solo comma, corrispondente nella sostanza al previgente terzo comma, ma anche perché reca una diversa rubrica, meglio rispondente al più ridotto contenuto. Attualmente, per effetto della citata norma, i contratti cui si applica l'art. 72-bis, sono individuati col rinvio all'art. 5, d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, che fa riferimento *“ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del decreto”*.

Infine è da rimarcare come il nuovo Codice della Crisi d'Impresa emanato a seguito del D.l. 14/2019 ha introdotto all'art. 173, in materia di contratti preliminare immobiliari, un quarto comma in tema di acconti e cancellazione delle ipoteche giudiziali. In particolare, in caso di subentro del curatore nel contratto preliminare di vendita, è disposto che l'immobile sia trasferito e consegnato al promissario acquirente nello stato in cui si trova e che gli acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale siano opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostra di aver versato. Inoltre, con l'intento di tutelare l'interesse del promissario acquirente ad acquistare un bene libero da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, è stato chiarito che il giudice delegato, una volta che abbia venduto l'immobile e ne abbia interamente riscosso il prezzo, ordini con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestro conservativi e di ogni altro vincolo <sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Sul punto v. In dettaglio Paragrafo 3.1 *Subentro nel contratto preliminare*, in *Il fallimento del promittente venditore*, Capitolo 3, pag. 50 del presente elaborato.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis, l'art. 173 co. 3 del nuovo Codice della Crisi ha riconfermato quanto previsto dal previgente comma 7 dell'art. 72 l.f., per il quale *“il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale”*.

\*\*\*

Alla luce dei vari interventi normativi susseguitisi negli anni e fin qui esposti, si può affermare che, ad oggi, la disciplina degli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale sullo specifico contratto preliminare di compravendita di immobile conferma, salvo quanto previsto eccezionalmente dal terzo comma dell'art. 173 (immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'attività d'impresa) e dal successivo articolo 174 (preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire) l'applicazione generale del principio della sospensione automatica del medesimo con scelta rimessa in capo al curatore. Il preliminare di compravendita di immobile, dunque, in caso di fallimento di uno dei due contraenti - sia che si tratti del promittente venditore che del promissario acquirente, o di entrambi - in via generale viene automaticamente sospeso.

Sarà onere del curatore, quindi, analizzare nella logica del concorso fallimentare l'opportunità economica o meno di proseguire nel rapporto giuridico e dunque subentrare nel preliminare. Qualora dovesse ritenere che la continuazione del negozio preliminare non economicamente conveniente per la massa passiva dei creditori, egli opterà per lo scioglimento del medesimo, consentendo al contraente *in bonis* di insinuarsi nel passivo per far valere il proprio credito, il quale, solo per tale tipologia contrattuale, verrà munito di privilegio speciale ex art. 2775-bis (salvo sempre che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data di apertura della liquidazione giudiziale). Inoltre, come meglio verrà trattato in seguito, il primo comma dell'art. 173 C.c.i.i. recepisce l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il curatore ha la facoltà di sciogliersi dal preliminare di vendita immobiliare anche quando il promissario acquirente abbia già proposto e trascritto prima dell'apertura della procedura concorsuale domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c, salva l'inopponibilità dello scioglimento se successivamente la domanda dovesse poi essere accolta<sup>40</sup>.

Se, al contrario, il curatore dovesse ritenere opportuno proseguire nel rapporto negoziale, potrà liberamente optare (in seguito alla necessaria richiesta di autorizzazione) per il subentro nel

---

<sup>40</sup> Cass. Civ. 18131/2015.

contratto preliminare: in tal caso l'immobile sarà trasferito al promissario acquirente nello stato in cui si trova e si applicherà la già citata nuova disciplina in materia di acconti e cancellazione di ipoteche giudiziali (art. 173 co. 4 C.c.i.i.).

Applicandosi la normativa generale ex art. 172 del Codice della Crisi, si prevede anche l'ipotesi in cui il curatore nulla decida circa le sorti del rapporto preliminare pendente: il contraente *in bonis*, come già previsto nella previgente Legge fallimentare del 1942, potrà allora mettere in mora il curatore assegnandogli un termine non superiore a sessanta giorni per prendere una decisione relativa alle sorti del preliminare immobiliare inseguito, e in caso di perdurante inerzia dell'organo della procedura, è altresì previsto che il negozio si sospenda *ex lege*.

Quest'ultima previsione non deve in ogni caso scalfire quello che è ormai un principio cardine irremovibile della disciplina fallimentare: l'assunto che la facoltà del curatore costituisca esercizio di un diritto potestativo discrezionale intoccabile.

Circa la natura della facoltà di scelta attribuita al curatore, si dirà dettagliatamente nel successivo capitolo. Ora, invece, si deve porre l'attenzione sui vari scenari con i quali è possibile interfacciarsi in caso di apertura della procedura liquidatoria coinvolgente un rapporto pendente che abbia ad oggetto un contratto preliminare immobiliare. In particolare, tre sono le fattispecie in cui è possibile scindere la trattazione relativa: a) fallimento del promissario acquirente; b) fallimento del promittente venditore; c) fallimento di entrambi i contraenti.

Mentre le prime due ipotesi richiedono un'analisi dettagliata e saranno argomento centrale dei prossimi capitoli, l'ultima ipotesi (il fallimento di entrambi i contraenti) è molto rara e non necessita di un'approfondita trattazione, tant'è che è possibile spendervi fin da subito due righe. Si tratta dell'ipotesi molto particolare in cui alla dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti segua l'apertura del procedimento concorsuale a carico dell'altro. Ebbene, se dopo il fallimento di un contraente viene dichiarato il fallimento dell'altro, può capitare che il curatore del primo fallimento abbia scelto il subentro e quindi l'esecuzione del preliminare, mentre il curatore del secondo abbia optato per lo scioglimento. In un caso concreto <sup>41</sup> - a quel che risulta l'unico procedimento per giunta edito - il Tribunale di Torino non ha assecondato la scelta di subentro effettuata dal primo curatore (come ci si sarebbe invece aspettati in applicazione del criterio cronologico) bensì, muovendo da un'analisi della fattispecie nella sua evoluzione alla luce dei principi desumibili dalla disciplina dei rapporti pendenti, ha preferito optare per lo scioglimento, in quanto è stato chiarito che il primo curatore era esposto alle medesime eccezioni che avrebbero potuto essere sollevate contro il contraente *in bonis*: tra queste vi era proprio quella basata sull'esercizio della facoltà di scioglimento spettante al curatore del fallimento del promittente-venditore.

---

<sup>41</sup> Trib. Torino 6.10.1987.

Concluso la breve esposizione della rara ipotesi che vede fallire entrambi i contraenti di un contratto preliminare immobiliare, è opportuno ora passare all'analisi delle ipotesi più comuni di apertura della procedura liquidatoria incidente su un preliminare di compravendita di immobile ancora "pendente". I seguenti capitoli, pertanto, si occuperanno di analizzare dettagliatamente le altre due fattispecie anticipate, ovvero l'ipotesi in cui ad essere soggetto alla procedura di liquidazione giudiziale sia il promissario acquirente (Capitolo 2), e la speculare ipotesi di crisi del promittente venditore (Capitolo 3).

L'analisi, lo si ricorda, sarà svolta sulla base delle ultime disposizioni previste dalla stesura del C.c.i.i., sebbene, come più volte sottolineato, la sua attuazione è stata prontamente differita a causa dell'emergenza *Covid-19*.

## CAPITOLO 2 - IL FALLIMENTO DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

SOMMARIO: 2.1. *Fallimento del promissario acquirente e facoltà di scelta in capo al curatore* -  
2.2. *Le conseguenze giuridiche derivanti dalla scelta del curatore.*

### 2.1 Fallimento del promissario acquirente e facoltà di scelta in capo al curatore.

L'ipotesi che a fallire tra i due contraenti di un preliminare di compravendita immobiliare sia il promissario acquirente non ha destato particolare attenzione né da parte del legislatore, né tanto meno da parte di dottrina e giurisprudenza. Ciò è ben visibile dal testo normativo: tanto il previgente comma settimo dell'art. 72 l.f. che l'intero articolo 173 C.c.i.i. prendono in considerazione, nel disciplinare le sorti del rapporto, le facoltà e i diritti del promissario acquirente *in bonis*, dando così implicita rilevanza al solo fallimento del promittente venditore. Ciò è del tutto coerente con la necessità di maggior tutela che richiede un contraente *in bonis*, il quale si trova ad essere nella posizione tipica di debolezza contrattuale del consumatore-acquirente. Per l'appunto, infatti, tutta la legislazione europea degli ultimi decenni si è mossa proprio in direzione di una maggior tutela di tali soggetti. Questa scelta, poi, risulta ancora più ovvia nel momento in cui, come già richiamato in precedenti occasioni, si prende atto che al fallimento del promissario acquirente si applica ormai *in toto* la disciplina generale dell'art. 172 C.c.i.i. che prevede, anche per l'ipotesi di fallimento del promissario acquirente, prima la sospensione del contratto e, poi, la decisione rimessa nelle mani della curatela (previa autorizzazione del comitato dei creditori) in merito al subentro nel contratto o allo scioglimento dello stesso.

Al promittente venditore, così come a qualsiasi contraente *in bonis*, non spetterà altro se non la facoltà di sollecitare il curatore a compiere una scelta, facendogli assegnare a tal fine un termine massimo entro cui assumere la decisione.

Il co. 2 dell'art. 173 C.c.i.i. sancisce comunque il diritto del soggetto *in bonis* - in tal caso il promittente venditore - di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno.

Dunque, oggi, è ormai pacifico che il curatore, anche in caso di fallimento del promissario acquirente, possa esercitare la sua scelta fino a quando non si sia verificato l'effetto traslativo del bene, effetto che in caso di preliminare può prodursi o attraverso la stipula del contratto definitivo oppure per mezzo di sentenza passata in giudicato pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c.

A proposito della facoltà di scelta spettante al curatore circa le sorti del preliminare pendente, è opportuno in questa sede spendere qualche parola.

In merito, la Cassazione ha più volte ribadito il seguente assioma: “*Con riguardo al contratto preliminare di compravendita, in caso di fallimento del promittente venditore, la scelta del curatore tra l’esecuzione e lo scioglimento del contratto è espressione di un potere discrezionale*”<sup>42</sup>. Ciò è riconfermato dalla Suprema Corte anche in caso di giudizio di appello promosso per l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere il contratto ed anche in sede di comparsa conclusionale: “*La facoltà del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita stipulato dal fallito e non ancora eseguito [...] può essere esercitato fino all’avvenuto trasferimento del bene, ossia fino alla completa esecuzione del preliminare tramite la stipula del definitivo ovvero fino al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ex 2932 c.c., resa in difetto di adempimento del preliminare e dunque anche in sede di appello [...] in quanto l’atto d’istanza di scioglimento costituisce esercizio di un diritto potestativo di carattere sostanziale e manifestazione di una scelta discrezionale spettante al curatore che opera direttamente sul contratto [...]*”<sup>43</sup>. E ancora: “*Con riguardo al contratto preliminare di compravendita, in caso di fallimento del promittente venditore, la scelta del curatore tra l’esecuzione e lo scioglimento del contratto, contemplata dall’art. 72, quarto comma, legge fall. che è espressione di un potere discrezionale del curatore, per la tutela degli interessi della massa dei creditori, è esercitabile in ogni sede in piena libertà di forme e senza limiti temporali. Ne consegue che, ove tale opzione sia formulata nel processo per paralizzare, nel giudizio di appello, la domanda proposta dal promissario acquirente ai sensi dell’art. 2932 c.c., essa non è assoggettata al regime proprio dei «nova» di cui al nuovo testo dell’art. 345 c.p.c., non potendo, avuto riguardo proprio alla sua descritta natura, essere assimilata ad una eccezione formulabile nella comparsa di risposta, o comunque sottoposta ai termini di cui all’art. 183, ultimo comma, c.p.c. per la precisazione o modificazione delle difese*”<sup>44</sup>.

È bene sottolineare che, il diritto di scelta in capo al curatore non può essere messo in discussione né dalla previsione di eventuali clausole negoziali che facciano dipendere la risoluzione del contratto dall’eventuale fallimento di uno dei due contraenti, né tanto meno dal sollevamento di un’azione di risoluzione successiva all’apertura della procedura stessa. A tal proposito, infatti, la Suprema Corte ha enunciato il principio della prevalenza della facoltà di scioglimento del curatore su quella di chiedere la risoluzione del contraente *in bonis*, in quanto la Corte ha ritenuto che non ci sia ragione di privare il curatore della propria facoltà di scelta quando il diritto alla risoluzione non sia stato esercitato dal contraente anteriormente all’apertura della liquidazione giudiziale<sup>45</sup>. Tale

---

<sup>42</sup> Cass. Civ. 14.04.2004 n. 7070.

<sup>43</sup> Cass. Civ. 07.01.2008 n. 33.

<sup>44</sup> Cass. civ. n. 10436/2005.

<sup>45</sup> F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali, I rapporti giuridici pendenti*, a cura di M. Ferro, *Convegno Nazionale, Bologna 5-6 giugno 1998*, Ipsoa, Milano 1998.

diritto è infatti, espressione di una valutazione di merito rimessa al curatore non essendo a priori chiaro se l'adempimento del sinallagma si risolva in un vantaggio per la procedura concorsuale <sup>46</sup>.

Passando ad un'analisi delle caratteristiche dell'atto del curatore, si rileva che lo stesso ha natura di dichiarazione recettizia e produce effetti a carattere definitivo, in quanto destinati a persistere anche dopo la chiusura del procedimento concorsuale. Il potere di scelta del curatore, inoltre, non è soggetto ad alcun requisito di forma, ma ben può essere esercitato dal medesimo sia in maniera esplicita che implicita, ad esempio attraverso fatti concludenti, purché non desumibili da atti interni alla procedura: *“L'esercizio da parte del curatore della facoltà di scelta tra lo scioglimento o il subingresso nel contratto preliminare di vendita pendente, ai sensi dell'art. 72, [...] può anche essere tacito, ovvero espresso per fatti concludenti, non essendo necessario un negozio formale, [...] trattandosi di una prerogativa discrezionale del curatore”* <sup>47</sup>. A tali principi si è conformata la dottrina, secondo la quale la facoltà di scelta sulla sorte del contratto in corso di esecuzione non richiede formule sacramentali, ma può avvenire per *facta concludentia*; l'importante è che l'intenzione del curatore sia inequivocabile, mentre non rileva come, dove e quando sia stata espressa, non essendosi in presenza di un negozio formale.

In tema di preliminare di vendita, ad esempio, si legge la seguente pronuncia del Tribunale di Bergamo: *“L'art. 72 l. fall. non prescrive alcuna forma per la manifestazione delle intenzioni del curatore in merito alla eventuale prosecuzione del contratto e, per tale motivo, è ammesso che detta manifestazione di volontà si produca per comportamenti concludenti; è un comportamento concludente, nel senso della manifestazione della volontà del Curatore di sciogliersi dall'accordo avente ad oggetto la modifica di un preliminare di vendita, la sua richiesta di autorizzazione al Giudice Delegato alla vendita a terzi dell'immobile”* <sup>48</sup>.

Infine, è stata considerata idonea manifestazione per fatto concludente della volontà del curatore di sciogliersi da un contratto preliminare di compravendita, ai sensi dell'art. 72, nel testo vigente anteriormente alla riforma della Legge fallimentare, la proposizione di un atto di appello avverso la pronuncia di primo grado con la quale era stato disposto il trasferimento coattivo ai sensi dell'art. 2932, c.c., *“poiché involge il conferimento di un mandato alle liti “ad hoc” [...] anche in assenza di una sua specifica sottoscrizione sull'atto con cui il gravame è concretamente formulato”* <sup>49</sup>.

Circa la natura della precipua decisione del curatore di sciogliersi dal contratto, poi, la dottrina maggioritaria la ricostruisce in termini di atto di esercizio di un diritto potestativo di recesso, che si fonda in una causa giustificatrice individuabile *ictu oculi* nel fallimento, il cui sopravvenire

---

<sup>46</sup> Cass. Civ. 13.05.1982 n. 300.

<sup>47</sup> Cass. Civ. 3.9.2010, n. 19035; Cass. Civ. 15.01.2013 n. 787.

<sup>48</sup> Trib. Bergamo, 19 maggio 2016, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2016, 4, 672.

<sup>49</sup> Cass. Civ. 15.1.2013, n. 787.

determina un radicale mutamento nell'interesse che il fallito può avere nei riguardi del contratto non ancora eseguito (l'apertura della procedura concorsuale comporta, infatti, la sostituzione dell'interesse privatistico del fallito con quello della massa dei creditori).

Nell'ipotesi in cui i destinatari della scelta del curatore siano più di uno, si ricorda che la dichiarazione deve essere comunicata a ciascuno di loro, ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario, non potendo lo scioglimento contrattuale essere limitato ad uno solo di essi, tenuto conto dell'inscindibilità della prestazione traslativa dedotta nel preliminare <sup>50</sup>.

Volendo riassumere: la facoltà di scelta del curatore si configura come un potere discrezionale o diritto potestativo, rispetto al quale il contraente *in bonis* si viene a trovare in uno stato di soggezione non avendo né la possibilità di opporsi all'esercizio di tale potere, né la facoltà, prevista invece dal testo originario dell'art. 72, di dare corso al contratto e di insinuarsi al passivo per il suo eventuale credito. La forma della scelta è assolutamente libera. Il curatore per esercitare legittimamente il suo potere deve, però, munirsi dell'autorizzazione del comitato dei creditori (anche se come già evidenziato, è controverso, pur ritenendosi, comunque per la maggioranza degli interpreti, quantomeno opportuno, se non necessario, l'obbligo di richiedere l'autorizzazione in caso di istanza di scioglimento dal preliminare, nulla essendo al riguardo esplicitato). Si ricorda, in merito che, secondo il vecchio testo dell'art. 72 comma 3, l'autorizzazione era, invece, prerogativa del giudice delegato <sup>51</sup>; in ogni caso, nell'ipotesi in cui il comitato dei creditori non sia ancora costituito e vi sia urgenza di decidere, la decisione sulla richiesta di autorizzazione, anche dopo la riforma, è rimessa al giudice delegato stesso.

---

<sup>50</sup> Cass. Civ. 3.7.2013, n. 16633; Cass. Civ. 11.4.2011, n. 8225.

Inoltre si rinvia anche al Decreto Tribunale di Bergamo, Sez. Fall., dott.ssa Giovanna Golinelli, 19 maggio 2016, in cui si è altresì affermato che: *“Il verbale di conciliazione giudiziale non trascritto ed avente ad oggetto un preliminare di vendita di immobile, seguito ad una domanda giudiziale trascritta ex art. 2932, ma poi cancellata, non è opponibile al curatore fallimentare. Non può ritenersi che sia comportamento concludente nel senso della manifestazione della volontà del curatore di dare esecuzione al contratto l'ammissione al passivo per somma che riguarda la diversa parte dell'accordo relativa alla risoluzione di altro preliminare, in pendenza del termine per l'esecuzione del preliminare stesso”* - v. *Inopponibilità al fallimento di preliminare di vendita non trascritto. Esecuzione dell'accordo per fatti concludenti ex art. 72 l.f.*, a cura di F. M. Maffezzoni, *Il CASO.it*, 6 settembre 2016.

<sup>51</sup> La sostituzione dell'autorizzazione del giudice delegato con quella del comitato dei creditori è in perfetta sintonia col rinnovato e potenziato ruolo di quest'organo, che con la riforma ha assunto un essenziale compito di affiancamento del curatore nelle scelte strategiche relative alla gestione del patrimonio fallimentare, anche se non mancano critiche in merito - v. AA.VV., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag. 816 ss.

Chiarita la natura della facoltà di scelta attribuita al curatore, si può passare ad analizzare maggiormente in dettaglio quali specifiche conseguenze derivino nel caso in cui la scelta ricada sul subentro (1) rispetto a quanto succeda in caso di scioglimento del preliminare (2).

## **2.2. Le conseguenze giuridiche derivanti dalla scelta del curatore.**

A seconda che il curatore opti per lo scioglimento o per il subentro nel preliminare di compravendita immobiliare, diversi sono gli effetti che l'apertura della liquidazione giudiziale comporta sulla sorte del rapporto preliminare ancora ineseguito.

Procedendo ad un'analisi separata tra le due strade percorribili, si analizza dapprima l'ipotesi in cui il curatore presenti istanza di scioglimento del preliminare immobiliare.

In tal caso, alla massa attiva fallimentare dovranno essere restituiti i vari acconti e caparre versati dal promissario acquirente poi fallito<sup>52</sup>, che il venditore *in bonis* non ha diritto di ritenere<sup>53</sup> e, se a tal fine il curatore deve intraprendere un'azione giudiziale, la competenza spetterà proprio al Tribunale Fallimentare<sup>54</sup>.

Il curatore conserva la facoltà di sciogliere il contratto anche qualora sia pendente il giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre il definitivo ex 2932 c.c. promosso e trascritto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, e ciò fin quando non avvenga il passaggio in giudicato della relativa sentenza. Ciò fa sì che il venditore *in bonis*, nonostante la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica, prima di ottenere la sentenza produttiva degli effetti del contratto definitivo non concluso, potrebbe vedersi opporre l'intervenuto Fallimento della controparte e la decisione del curatore di sciogliersi dal contratto. Ne deriva, dunque, che nemmeno il pagamento integrale del prezzo da parte del promissario acquirente - cui solitamente segue la consegna anticipata dell'immobile - determina l'integrale esecuzione unilaterale del contratto, la completa esecuzione del quale, invece, presuppone necessariamente l'avvenuta stipulazione del definitivo e dunque del trasferimento della proprietà sul bene<sup>55</sup>. In ogni caso, lo si anticipa già in suddetta sede, la trascrizione dell'azione ex 2932 c.c. anteriore alla dichiarazione di fallimento soddisfa l'effetto prenotativo necessario per rendere la relativa sentenza opponibile alla massa dei creditori una volta sopravvenuto il passaggio in giudicato della medesima<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Cass.Civ. 7 marzo 1992 n. 2772; Trib. Trani 21 marzo 2008.

<sup>53</sup> Cass. Civ. 7 marzo 1992, n. 2772.

<sup>54</sup> Tra le altre, Cass. Civ. 25 marzo 1995 n. 3575.

<sup>55</sup> C. Fiengo, *Articolo 72 - Rapporti pendenti*, in *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*.

<sup>56</sup> Sul punto si ritornerà in seguito, specificatamente nel Paragrafo 3.2.1, *La trascrizione: l'effetto prenotativo*, Capitolo 3 del seguente elaborato, pag. 58.

Il curatore può, altresì, optare per l'istanza di scioglimento del preliminare anche quando sia ancora in corso il giudizio di risoluzione del preliminare, promosso dal promittente venditore prima dell'apertura della procedura concorsuale <sup>57</sup>.

In tal caso, però, l'apertura della liquidazione giudiziale non paralizza il giudizio di risoluzione in questione, che è stato promosso preventivamente in via di autotutela da parte del promittente venditore a fronte dell'inadempimento del promissario acquirente. Il promittente venditore, dunque, con l'azione di risoluzione ex art. 1456 c.c. avrà anche diritto a trattenere l'eventuale caparra cofirmataria stabilita proprio in caso di inadempimento. A tal proposito si è pronunciata la Cassazione Civile, con la sentenza del 15 febbraio 2011 n. 372: *“In tema di preliminare di compravendita, comunicata dal promittente venditore la volontà di recedere dal contratto e di incamerare la ricevuta caparra confirmatoria, ai sensi dell’art. 1385, secondo comma, cod. civ., e promossa, prima del fallimento del promissario tradens, domanda giudiziale diretta alla declaratoria della legittimità dell’avvenuto esercizio del mezzo di autotutela per reagire all’altrui inadempimento, imputabile e di non scarsa importanza, il sopravvenuto fallimento di quest’ultimo preclude al curatore di paralizzare, attraverso l’esercizio della facoltà di sciogliersi dal contratto ex art. 72, secondo comma, legge fall., l’emissione di una sentenza, opponibile alla massa dei creditori, che, accogliendo la domanda del promittente, accerti, con effetto ex tunc, l’intervenuta caducazione, già in via stragiudiziale, degli effetti negoziali”*. Da ciò si conferma il principio per il quale il curatore conserva la facoltà di sciogliersi dal contratto fintanto che si tratti di tutelare un contraente *in bonis* che abbia speso adeguatamente e preventivamente il potere di autotutela contrattuale previsto dall'ordinamento. In particolare, il principio di discrezionalità di scelta del curatore trova un limite nell'integrale tutela delle ragioni del contraente *in bonis*: quando esse sono assicurate prima dell'apertura della procedura concorsuale per atto opponibile alla massa dei creditori (come nell'ipotesi di azione di risoluzione per inadempimento) non si realizza uno stallo contrattuale a cui porre rimedio attraverso la potestà di scelta riconosciuta al curatore medesimo <sup>58</sup>. Ne discende che, nei contratti in corso di esecuzione ciò che rileva sia soprattutto la sussistenza o meno in capo al contraente *in bonis* di poteri di autotutela della sua posizione contrattuali, poteri che, se sussistenti e legittimamente spesi, devono essere tenuti in conto dalla procedura fallimentare.

Bisogna ulteriormente specificare che, nell'ipotesi in cui la domanda giudiziale si traduca unicamente nella richiesta di risoluzione del rapporto negoziale, il relativo giudizio, al

---

<sup>57</sup> Cass. Civ. 23 settembre 1995 n. 10101.

<sup>58</sup> F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento, la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*; L. Panzani, *La riforma Fallimentare*, vo.l. 1 a cura di Fabrizio Di Marzio, Ipsoa, Milano 2007, pag. 63 ss.

sopraggiungere del fallimento della parte inadempiente, non subisce alcun condizionamento, se si eccettua la sostituzione del curatore al contraente inadempiente davanti al giudice adito. Quando, invece, il contraente *in bonis* miri ad ottenere, attraverso la pronuncia di risoluzione, la restituzione di una somma di denaro o di un bene o il risarcimento del danno, il giudizio deve interrompersi e le relative domande seguire le regole di accertamento del passivo fallimentare, il che comporta la necessità di presentare domanda di ammissione al passivo ex art. 201 C.c.i.i. Sembra di tutta evidenza che nell'ipotesi considerata dal comma 5 dell'art. 172 C.c.i.i., il legislatore abbia tenuto in conto unicamente le ragioni del contraente *in bonis*, sacrificando, questa volta, l'interesse della procedura all'eventuale prosecuzione del contratto mediante l'esecuzione da parte del curatore della prestazione originariamente assunta dal fallito.

Resta, per contro, ferma l'impossibilità da parte della controparte *in bonis* di richiedere, dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, la risoluzione del contratto per inadempimento, anche se questo sia anteriore alla dichiarazione di fallimento <sup>59</sup>.

È degno di nota un passaggio sulla fattispecie in cui il promissario acquirente, fallito, sia nel frattempo entrato nella disponibilità del bene.

Qualora il curatore opti per lo scioglimento del preliminare immobiliare, ma precedentemente il promissario acquirente, poi fallito, abbia ricevuto il possesso immediato del bene, il promittente venditore ha diritto alla restituzione dell'immobile. A fronte della domanda proposta da quest'ultimo volta ad ottenere l'accertamento dell'obbligo di restituzione, legittimato passivamente è il curatore e ciò anche nel caso in cui il bene sia stato trasferito a terzi dal fallito <sup>60</sup>. In quest'ultimo caso, l'obbligo restitutorio del curatore comporta quello di riacquistare il possesso del bene stesso o di risarcire il danno determinato dall'impossibilità della restituzione <sup>61</sup>. Sul punto si sottolinea come il credito risarcitorio abbia sicuramente natura concorsuale nel caso in cui la perdita del possesso sia anteriore all'apertura della procedura concorsuale; qualora invece la dismissione sia successiva, deve ritenersi applicabile il principio relativo alla natura prededucibile del credito stesso anche a questa fattispecie <sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Lo stesso dicasi per il recesso ex art. 1385 co. 2: il recesso opererà soltanto se il contraente *in bonis* abbia esercitato la relativa facoltà in epoca anteriore all'apertura della procedura. Diverso, invece, è il caso in cui sia scaduto il termine per l'adempimento della prestazione e questo debba considerarsi essenziale ex art. 1457 c.c. Infatti, l'inosservanza del termine essenziale comporta automaticamente la risoluzione di diritto del contratto senza che sia necessaria alcuna comunicazione della parte interessata.

- Sul punto si veda A. Nigro e D. Vattermoli, in *Diritto della Crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino Bologna, IV edizione 2017, pag. 187 ss.

<sup>60</sup> Cass. Civ. 11 giugno 1993 n. 6548; nota di G. Lo Cascio, *Scioglimento del preliminare di vendita nel fallimento ed obblighi delle parti*, in *il Fallimento 1994*.

<sup>61</sup> Tra le altre, Cass. Civ. 25 marzo 1995 n. 3575.

<sup>62</sup> In ogni caso, i crediti del fallito e del promissario venditore sono compensabili, tra le altre Cass. Civ. SU 2 novembre 1999 n. 755.

Infine, si ribadisce come in caso di scioglimento del contratto ad opera del curatore, il contraente *in bonis* - e nel caso di specie il promittente venditore - abbia diritto di insinuare al passivo l'eventuale credito conseguente all'intervenuto scioglimento, senza che però gli sia dovuto alcun risarcimento del danno. Si parla di credito "eventuale", in quanto tale diritto di insinuazione al passivo nasce solamente quando, prima dell'apertura della procedura concorsuale, il soggetto *in bonis* abbia parzialmente eseguito la propria prestazione. Si ricorda, infatti, che l'apertura del fallimento è assimilata dall'ordinamento all'ipotesi di scioglimento del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore-fallito: ciò comporta l'estinzione dell'obbligazione nei rapporti sinallagmatici, per cui gli organi della procedura non potranno chiedere la controprestazione ed entrambi i contraenti dovranno restituire quanto abbiano già ricevuto, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito. Inoltre, è proprio sulla base dell'analogia con l'impossibilità sopravvenuta non imputabile, che trova applicazione l'art. 1218 c.c. ai sensi del quale, in tema di responsabilità contrattuale, non è dovuto alcun risarcimento del danno se non per colpa del soggetto inadempiente.

Passando alla seconda strada percorribile, il curatore può stabilire la maggiore convenienza ai fini della procedura e della soddisfazione della massa passiva dei creditori, della continuazione del rapporto negoziale e dunque che la sua persona si sostituisca a quella del debitore fallito nel rapporto stesso. Subentrando nel contratto preliminare di vendita, dunque, il curatore farà in modo che questo raggiunga il proprio scopo negoziale e che si pervenga alla stipula del definitivo. Nel caso di specie, ciò significa che il curatore subentrerà al promissario acquirente nel regolamento pattizio preliminare affinché, stipulando il contratto di compravendita immobiliare definitivo, venga trasferita la proprietà dell'immobile medesimo - il quale dunque cadrà tra i beni facenti parte della massa attiva fallimentare volti alla soddisfazione dei crediti concorsuali, mentre il corrispettivo per l'acquisto dell'immobile sarà pagato dal curatore come debito di massa.

In altre parole e più semplicemente, il subentro del curatore comporta l'obbligo di prestazione del consenso per la stipula del definitivo, secondo quanto previsto dal preliminare, senza possibilità di modifica unilaterale alcuna da parte del curatore stesso, e quello di pagamento del corrispettivo come debito di massa. È importante sottolineare proprio che il curatore, nel momento in cui decide di subentrare nel rapporto preliminare, decida di sostituirsi al fallito *in toto*, senza che abbia alcuna possibilità di modificare unilateralmente l'oggetto o le condizioni previste nel preliminare. Ciò comporta che quando il curatore, anziché sciogliere il vincolo contrattuale, opti per la sua prosecuzione, debba rispettare anche tutte le clausole negoziali previste nel preliminare stesso. Ne consegue che possono sorgere problemi quando il contratto contenga clausole di per sé incompatibili con le finalità della procedura concorsuale.

Un unico caso è regolato esplicitamente dal sesto comma dell'art. 172 C.c.i.i., a conferma di quanto già disposto dalla legge fallimentare 267/1942 (art. 72, comma 6). Tale disposizione prende in considerazione le sole clausole che fanno dipendere la risoluzione del preliminare medesimo dall'apertura della liquidazione giudiziale, disponendone la relativa inefficacia. Ciò, come già riferito in precedenti occasioni di commento, risponde ad una ben particolare esigenza: rispettare la facoltà di scelta degli organi della procedura, facoltà che verrebbe compromessa se fosse possibile opporre alla massa una clausola di risoluzione del contratto per sopravvenuta dichiarazione di fallimento di uno dei due contraenti. In presenza di una siffatta clausola, dunque, il contratto cadrà in sospensione come se la stessa non fosse apposta e il curatore conserverà il suo diritto di scelta.

Nulla, invece, è disposto per clausole di differente natura. In merito a quest'ultime, qualora risultassero incompatibili con le esigenze della procedura, la dottrina maggioritaria ritiene che sia comunque necessario rispettare integralmente il regolamento pattizio, senza possibilità di distinzione alcuna tra clausole compatibili e incompatibili: la presenza di tali clausole, infatti, dovrebbe essere oggetto di valutazione in sede di scelta del curatore circa le sorti del contratto medesimo, quale ragione giustificatrice dello scioglimento, ma mai potrebbe legittimare un subingresso "con modifiche" da parte del curatore, stante il già noto principio della neutralità dell'apertura della procedura rispetto al contenuto del rapporto negoziale.

Comunque non mancano orientamenti dottrinali contrastanti e, in particolare, una opinione minoritaria sostiene, dal canto suo, che la incompatibilità delle clausole ne comporti la inefficacia sopravvenuta.

Facendo una rapida carrellata sulle sorti che potrebbero subire alcune clausole contrattuali, si segnala che disciplina analoga a quella prevista dall'art. 172 co. 6 deve ritenersi applicabile nel caso in cui il preliminare preveda la facoltà di recesso della controparte *in bonis* ex art. 1373 c.c.

Dubbi, invece, sorgono con riferimento alla clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art. 1456 c.c.<sup>63</sup> : nessun problema se il soggetto *in bonis* abbia comunicato al contraente poi fallito l'intenzione di avvalersi di detta clausola anteriormente all'apertura della procedura. Se, però, l'inadempimento o l'adempimento non conforme a quanto pattuito si sia verificato prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, ma la controparte *in bonis* non abbia provveduto alla comunicazione ex art. 1456 co. 2 c.c., si deve ritenere applicabile la disciplina prevista dal quinto comma dell'art. 172 C.c.i.i., secondo la quale la comunicazione successiva non sarà di ostacolo alla scelta del curatore di dar corso al contratto.

Problemi potrebbero altresì sorgere con riferimento alla clausola penale: essa non può operare se ricollegata semplicemente all'apertura della procedura concorsuale, ben sapendo che la

---

<sup>63</sup> Sul punto si veda A. Nigro e D. Vattermoli, in *Diritto della Crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino Bologna, IV edizione 2017, pag. 189.

dichiarazione di fallimento non è evento idoneo a far sorgere in capo al soggetto *in bonis* un diritto di risarcimento dei danni, che è invece proprio la *ratio* di una siffatta clausola. Comunque, nel caso in cui vi sia stato un inadempimento anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale, nel momento in cui si sia prodotto effettivamente un danno alla controparte, non dovrebbero sussistere ostacoli all'applicazione della suddetta penale.

Facendo particolare attenzione alla clausola di divieto di alienazione a carico del compratore, poi, se ne dimostra la caducazione traendo argomento dalla inopponibilità della stessa ai creditori sancita nel regime comune <sup>64</sup>.

Per quanto attiene, invece, al patto di prelazione a favore del venditore in caso di rivendita da parte del compratore, va osservato che ad oggi l'orientamento dottrinale che trova maggiore adesione - alla luce di specifiche previsioni legislative volte ad assicurare la preferenza ad alcuni soggetti nelle vendite disposte dalle procedure concorsuali - sia quello di negare l'incompatibilità di detta clausola, evidenziando la sola inderogabile necessità di adattamento della stessa al procedimento di vendita previsto dalla normativa fallimentare per il bene oggetto del rapporto.

Una parentesi merita, poi, la sorte della clausola compromissoria: la Suprema Corte ha affermato il principio secondo il quale il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito, nel quale sia contenuta una clausola compromissoria, non può disconoscere tale clausola <sup>65</sup>. Altresì, il Tribunale di Torino, con sentenza del 10 febbraio 2016 n. 824, ha confermato l'opponibilità al fallimento dell'eccezione di compromesso statuendo che, in applicazione dell'art. 83-*bis* l.f. (attinente all'improcedibilità del procedimento arbitrale pendente nel caso di scioglimento del contratto contenente la clausola compromissoria) l'ambito di operatività della suddetta norma vada circoscritto al caso di pendenza di un procedimento arbitrale alla data di dichiarazione di fallimento. Allora, il curatore potrà reclamare l'improcedibilità del procedimento arbitrale laddove decida di sciogliersi ex art. 72 l.f. dal contratto che contempla la clausola arbitrale, ma all'opposto, per coerenza logica ed interpretativa, nel caso in cui voglia proseguire nel rapporto negoziale e reclami l'adempimento di statuizioni contenute nel contratto ed assoggettate alla disciplina compromissoria, non potrà opporsi al procedimento arbitrale, non essendogli consentito, nell'ambito del medesimo contratto, di sciogliersi da singole clausole a proprio piacimento <sup>66</sup>.

Ovviamente questa conclusione trova un limite, ben sottolineato in dottrina, nell'esclusione dall'ambito di operatività della clausola compromissoria delle controversie relative all'accertamento

---

<sup>64</sup> F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali, I rapporti giuridici pendenti*, a cura di M. Ferro, *Convegno Nazionale di Bologna, 5-6 giugno 1998*, Iposa, Milano 1998, pag. 143 ss.

<sup>65</sup> Cass. Civ. 14 ottobre 1992, n. 11216.

<sup>66</sup> P. Del Giudice, *L'eccezione di compromesso è opponibile al fallimento? Tribunale di Torino, sez. I civile, sentenza 10/02/2016 n° 824*, in *Altalex*, 15 aprile 2016.

dei crediti del contraente *in bonis*, soggetto tanto alla regola del concorso sostanziale, quanto al rito prescritto in via esclusiva dalla normativa fallimentare per la formazione dello stato passivo.

## CAPITOLO 3 - IL FALLIMENTO DEL PROMITTENTE VENDITORE

SOMMARIO: 3.1 Subentro nel contratto preliminare - 3.2 Scioglimento dal contratto preliminare - 3.2.1 (Segue) La trascrizione: l'effetto prenotativo - 3.2.2 (Segue) La trascrizione: l'effetto costitutivo e il privilegio speciale ex art. 2775bis - 3.3 Diritti fondamentali e crisi d'impresa: l'immobile destinato ad uso abitativo.

### 3.1 Subentro nel contratto preliminare.

La disciplina generale dettata dall'art. 172 C.c.i.i.<sup>67</sup> si applica anche nel caso in cui a fallire sia il promittente venditore ed anzi, a tal riguardo, si sottolinea come in realtà l'art. 173 C.c.i.i., sul tema peculiare del preliminare di compravendita immobiliare, prenda in considerazione proprio questa ipotesi.

Pertanto, anche nel caso di fallimento del promittente venditore si applicherà la regola della sospensione del preliminare con facoltà di scelta rimessa in capo al curatore<sup>68</sup>, sebbene troveranno spazio in questo capitolo una serie di tutele attribuite al promissario acquirente, in quanto contraente considerato "debole" per antonomasia dall'ordinamento giuridico. Tra queste, si ricorda la protezione nel caso in cui il preliminare abbia ad oggetto un immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'impresa<sup>69</sup>.

Il promissario acquirente, altresì, è protagonista di un'attenta e specifica tutela nel caso in cui il promittente venditore entrato in crisi sia un costruttore: il preliminare avente ad oggetto un immobile ancora in costruzione troverà un particolare regolamento nel D.lgs 122/2005; è questo tuttavia una fattispecie particolare che sarà analizzata in separata sede nel capitolo successivo.

Tornando, invece, all'ipotesi classica di fallimento del promittente venditore controparte di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, è opportuno scindere la trattazione a seconda che il curatore: (i) decida per il subentro nel rapporto negoziale; (ii) opti per lo scioglimento dallo

---

<sup>67</sup> Tale norma, è opportuno ribadirlo, pur confermando la disciplina generale già dettata dall'art. 72 l.f. 267/1942, non sarà applicabile sino all'autunno del 2021, periodo per il quale è prevista, ad oggi, l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'impresa a seguito del suo differimento per l'emergenza sanitaria Covid-19 attualmente in corso.

<sup>68</sup> La dottrina ha argomentato, a tal proposito, che se il regime di sospensione è previsto per il contratto definitivo di vendita obbligatoria, a maggior ragione lo si deve ritenere applicabile al contratto preliminare, inidoneo, per definizione, a determinare il trasferimento della proprietà.

- v. F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, I rapporti giuridici pendenti*, a cura di Massimo Ferro, *Convegno Nazionale di Bologna 5-6 giugno 1998*, Ipsoa, Milano 1998, pag. 145.

<sup>69</sup> V. Paragrafo 3.3, *Diritti fondamentali e crisi d'impresa: l'immobile destinato ad uso abitativo*, in *Il fallimento del promittente venditore*, Capitolo 3 del seguente elaborato, pag.81.

stesso; III) non abbia facoltà di scelta, nei casi in cui l'ordinamento preveda che il preliminare continui *ope legis*.

È noto come il curatore del fallimento del promittente venditore di immobile possa esercitare la sua scelta fino a quando non si sia verificato l'effetto traslativo, effetto che, come già più volte anticipato, si produrrà o con la stipula del definitivo oppure per mezzo di sentenza passata in giudicato pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c. È, invece, irrilevante che una od entrambe le controparti del negozio giuridico abbiano posto in essere atti di esecuzione del contratto preliminare prodromici al trasferimento della proprietà (pagamento parziale o totale del prezzo da parte del promissario acquirente e/o contestuale immissione anticipata nell'immobile): tali effetti anticipatori non consentono, infatti, di ritenere che il contratto sia stato unilateralmente o congiuntamente eseguito, stante la necessaria stipulazione del definitivo che sancisce il trasferimento effettivo del diritto reale di proprietà sul bene<sup>70</sup>.

Finché ciò non accade, quindi, il curatore - nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale - ha la possibilità, in via generale, di decidere se subentrare nel preliminare o se sciogliersi dal medesimo.

Nel caso in cui opti per il subentro nel preliminare immobiliare, il curatore deve prestare il suo consenso per la stipula del definitivo e deve trasferire la proprietà della cosa al promissario acquirente, prestando garanzia per evizione e per vizi.

Se la Legge fallimentare del 1942 non prende in esplicita considerazione tale fattispecie, il Codice della Crisi dedica all'ipotesi di subentro del curatore nel preliminare immobiliare un intero comma. L'art. 173 co. 4, infatti, dispone che in tal caso, *“l'immobile è trasferito e consegnato al promissario acquirente nello stato in cui si trova. Gli acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale sono opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostra di aver versato. Il giudice delegato, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo”*.

Procedendo con ordine, il primo inciso, *“l'immobile è trasferito e consegnato al promissario acquirente nello stato in cui si trova”* contiene una disposizione finalizzata a non gravare la procedura di oneri derivanti dalla non coincidenza dello stato dell'immobile rispetto a quanto

---

<sup>70</sup> F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento e diritti del promissario acquirente (specialmente della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale. La riforma fallimentare* di L. Panzani, vol. 1 a cura di F. Di Marzio, Ipsoa, Milano 2007, pag. 72.

previsto contrattualmente. Con la stipula del definitivo da parte del curatore, dunque, il promissario acquirente acquisisce il possesso nonché la proprietà dell'immobile oggetto del preliminare, nelle condizioni in cui lo stesso versa al momento dell'apertura della procedura concorsuale. Qualora egli ne fosse già venuto a disposizione in virtù dell'anticipazione degli effetti del preliminare, il titolo con cui gode della disponibilità materiale del medesimo immobile passerà da semplice detenzione a vero e proprio possesso <sup>71</sup>, in ossequio all'acquisto della proprietà sul bene.

Al fine, poi, di bilanciare l'esigenza di tutela del promissario acquirente con la salvaguardia dell'interesse dei creditori, la seconda parte del medesimo comma prescrive che *“gli acconti corrisposti precedentemente all'apertura della liquidazione giudiziale siano opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostri di aver versato”*.

Questo significa che il promissario acquirente è tenuto a pagare nuovamente la metà di quanto già corrisposto e che dimostri di aver versato prima dell'apertura della procedura; e ciò, tra l'altro, indipendentemente dall'esistenza di una iscrizione ipotecaria, giacché la norma non correla tale principio della inopponibilità della metà del prezzo anticipato all'esistenza di una iscrizione ipotecaria da cancellare, ma ad ogni ipotesi di continuazione del preliminare. È così assicurata ai creditori l'acquisizione alla massa di almeno una parte residua del prezzo corrisposto.

Da ultimo, la norma si preoccupa, in termini innovativi, non solo di dettare disposizioni per la tutela dell'interesse del promissario acquirente ad acquistare un bene libero da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, ma anche di definire la natura della vendita effettuata dal curatore in esecuzione del preliminare immobiliare. L'ultimo inciso del quarto comma dell'art. 173 C.c.i.i. dispone, infatti, che il giudice delegato, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, *“ordini con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo”*, di fatto estendendo anche alla vendita priva di esecuzione coattiva l'effetto purgativo proprio della vendita forzata immobiliare <sup>72</sup> prevista, in caso di esecuzione civile, dall'art. 586 c.p.c. e, in caso di fallimento, dall'art. 108 co. 2 l.f. (parallelo art. 217 co. 2 C.c.i.i.).

---

<sup>71</sup> Sul punto si dirà dettagliatamente trattando del contratto preliminare ad effetti anticipati nella crisi d'impresa, Paragrafo 5.1, *Preliminare di compravendita ad effetti anticipati*, Capitolo 5 del seguente elaborato, pag. 127.

<sup>72</sup> Per effetto purgativo si intende la conseguenza degli ordini decretati dal giudice attraverso i quali si libera l'immobile venduto attraverso la procedura di esecuzione forzata. Ciò che viene venduto per il tramite del Tribunale non porta con sé le ipoteche e i pignoramenti che hanno portato alla vendita forzata o che comunque sono stati iscritti e trascritti dopo la trascrizione del pignoramento che ha portato alla suddetta vendita. Il decreto giudiziale, quindi, libera da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, ossia depura, purga la proprietà dell'immobile venduto da elementi in grado di pregiudicare il libero godimento. Ciò avviene in quanto le somme ricavate vengono distribuite ai titolari di diritti di credito che siano intervenuti nella procedura di espropriazione immobiliare o che comunque vi partecipino in ragione dell'esistenza di un diritto reale di credito.

Sulla questione è bene soffermarsi, in quanto tale estensione, da un lato, pone un punto fermo ad un vivace dibattito tanto giurisprudenziale che dottrinale sviluppatosi nel tempo, dall'altro, pare non accontentare tutti quegli interpreti ancorati alla scissione tra effetti prodotti dalla vendita privatistica ed effetti derivanti dalla vendita forzata.

Fino a poco tempo fa, infatti, non si dubitava del fatto che, ove il curatore fosse subentrato ex art. 72 l.f. al posto del fallito promittente venditore nel contratto preliminare di vendita di un immobile ipotecato, il giudice delegato non potesse ordinare ex art. 108 secondo comma l.f. la cancellazione dell'ipoteca iscritta (quantomeno senza il consenso del creditore), non trattandosi di una vendita giudiziale. Dopo una pronuncia innovativa del Tribunale di Verona, che ha dato avvio ad una giurisprudenza in senso contrario, la questione era però diventata quanto mai controversa. La fattispecie esaminata dal suddetto Tribunale prendeva le mosse nell'ambito di un procedimento di reclamo ex art. 26 l.f. promosso da una banca avverso l'ordinanza con la quale il giudice delegato aveva disposto la cancellazione delle ipoteche iscritte sull'immobile oggetto del contratto preliminare, rapporto nel quale il curatore era subentrato ai sensi dell'art. 72, ultimo comma l.f. (immobile destinato ad uso abitativo). Con decreto del 16 aprile 2014, il Tribunale aveva affermato, in particolare, il carattere di "atto dovuto" del subentro nel contratto preliminare da parte del curatore, trattandosi di un atto trascritto ed oggetto della disciplina peculiare prevista dall'art. 72 co. 8 l.f., desumendo la natura "coattiva" anche di tale modalità traslativa e sostenendo che non vi sarebbe stata, conseguentemente, alcuna ragione per derogare alla disposizione di cui all'art. 108 l.f. che prevede, per le vendite forzate fallimentari, la cancellazione su ordine del giudice delegato delle iscrizioni ipotecarie. Contro tale decreto è stato proposto ricorso innanzi alla Suprema Corte, che lo ha rigettato (Cass. 8 febbraio 2017, n. 3310) limitandosi l'Organo supremo ad affermare che *"vertendosi in tema di vendita fallimentare - non importa se attuata in forma contrattuale, e non tramite esecuzione coattiva - trova applicazione l'art.108, secondo comma, legge fallimentare: con la conseguente cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione ed ammissione del creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato sull'intero prezzo pagato, incluso l'acconto versato al venditore in bonis (e quindi, con perfetta equivalenza, sotto questo profilo, ad una vendita nelle forme dell'esecuzione forzata)"*. Nonostante la sentenza emanata dalla Cassazione affermasse la generale applicazione dell'art. 108 l.f. a tutte le vendite eseguite dopo la dichiarazione di fallimento, l'interpretazione data a tale pronuncia parrebbe condurre ad affermare che il potere del giudice delegato di ordinare la cancellazione dei vincoli in caso di vendita negoziale, fosse limitato alla sola ipotesi del preliminare avente ad oggetto un immobile destinato ad uso abitativo ex art. 72, ultimo comma, l.f. Infatti, solo un'interpretazione restrittiva della sentenza sembra salvaguardare il principio generale da sempre affermato secondo il quale al subentro del curatore in un contratto preliminare di compravendita in luogo del debitore fallito ne consegue l'applicazione

delle regole negoziali, posto che il curatore con tale scelta ha deciso di vincolarsi alla legge contrattuale, mentre, laddove il curatore abbia deciso di sciogliersi dal vincolo, il bene dovrà essere liquidato secondo gli artt. 104 ss. l.f., vale a dire con le forme ed i modi previsti dalle vendite forzate fallimentari.

Al di là di questa riflessione, è opportuno evidenziare come proprio le due pronunce citate, combinate tra loro, abbiano aperto la strada ad un controverso dibattito giurisprudenziale e dottrinale su quello che precedentemente, lo si ripete, era un punto saldo della disciplina fallimentare. Una parte degli interpreti <sup>73</sup>, infatti, ha gridato allo scandalo negando l'affermazione secondo la quale il subentro del curatore nel preliminare potesse costituire una "vendita coattiva" (come aveva affermato il Tribunale veronese), ovvero una "vendita fallimentare" (come aveva affermato dal canto suo la Cassazione).

A tal proposito, il Tribunale di Milano, con decreto del 21 settembre 2017, fa leva sull'errore concettuale che è alla base di tali affermazioni, sostenendo che *"un conto è se il curatore procede a vendere un immobile con atto notarile, previa adeguata pubblicità e procedura competitiva, essendo questa tipologia di vendita assolutamente qualificabile come vendita "fallimentare" seppur realizzata in forma privatistica; altro è che il curatore subentri in un contratto preliminare di compravendita "pendente" al posto del fallito, subentro che realizza, al contrario, il massimo del privatismo possibile, senza alcun residuo di "giudizialità" o "coattività".* Subentrando, infatti, il curatore si vincola alla legge del contratto, ed è tenuto ad adempiere tutte le varie obbligazioni che facevano carico al fallito, compresa ad esempio quella - che fosse stata eventualmente inserita, come di norma accade - di liberare l'immobile dalle ipoteche pagando il creditore ipotecario iscritto.

Con tale pronuncia, pertanto, il Tribunale di Milano sostiene che non sia conforme con l'ordinamento ritenere che il promissario acquirente possa essere maggiormente tutelato nell'ipotesi di fallimento del promittente venditore, perché *"in tale ultima ipotesi avrebbe la possibilità, pagando il prezzo residuo, di ottenere il bene con la cancellazione delle ipoteche ordinata giudizialmente, ciò che invece non potrebbe ottenere in caso di controversia con il promissario venditore ancora in bonis"*.

A distanza di due anni, il Tribunale di Lecce, con provvedimento del 4 dicembre 2019, si è pronunciato sulla medesima questione. Il suddetto Tribunale, richiamando *in toto* la pronuncia del Tribunale di Milano, ha ritenuto che nel sistema della legge fallimentare, se l'art. 108 l.f. prevede il potere purgativo del giudice delegato, in conformità con il medesimo potere del giudice

---

<sup>73</sup> F. Lamanna, *La problematica cancellazione delle ipoteche iscritte in caso di subentro del curatore nel preliminare*, in *Il Fallimentarista.it*, 13 febbraio 2017.

dell'esecuzione *ex art. 586 c.p.c.*, è perché il curatore esercita il potere espropriativo nell'interesse del ceto creditorio.

Pertanto, tale effetto dovrebbe coerentemente essere escluso laddove il curatore si ponga come semplice sostituto del fallito nell'adempimento dei propri obblighi. Ciò in quanto, secondo il Tribunale di Lecce l'interpretazione sistematica delle disposizioni della legge fallimentare relative alla liquidazione dell'attivo, induce a ritenere che *“tale potere di cancellazione possa essere esercitato dal giudice delegato soltanto quando il trasferimento immobiliare sia stato disposto con le modalità di cui all'art. 107 l.f. e cioè, anche mediante contratto di diritto privato, ma all'esito di procedura competitiva, previa stima e adeguata pubblicità anche nel portale delle vendite pubbliche”*.

Da ciò è escluso che il subentro del curatore nel contratto preliminare pendente *ex art. 72* possa considerarsi come vendita giudiziale coattiva: il curatore dovrà rispettare la *lex contractus*, e il giudice delegato non potrà disporre alcuna cancellazione di ipoteche iscritte, quanto meno se il creditore ipotecario non dia a tal fine il suo assenso preventivo.

Il Tribunale di Lecce, compiendo un passo ulteriore, ritiene, inoltre, che anche nell'ipotesi del preliminare oggetto di una domanda giudiziale trascritta prima del fallimento debba escludersi un potere purgativo del giudice delegato, giacché *“il passaggio in giudicato della sentenza ex art. 2932 c.c. pone ormai la fattispecie al di fuori del tema dei contratti pendenti ex art. 72 e ss. l.f., in quanto la sentenza è costitutiva e come tale già tiene luogo del contratto traslativo non concluso. Pertanto, alla luce di quanto sopra non può ipotizzarsi, neanche in questo caso, che il giudice delegato possa ordinare la cancellazione dell'ipoteca, atteso che la sentenza costitutiva è già passata in giudicato e l'effetto traslativo dipende da un mero atto non negoziale, quale il pagamento”*<sup>74</sup>.

Quest'ultima pronuncia emessa dal Tribunale di Lecce nel recente 2019 risulta di notevole importanza dal momento che funge da testimone del fatto che, nonostante il quarto comma dell'art. 173 del nuovo Codice della crisi consolidi il potere purgativo del giudice delegato anche in caso di subentro del curatore nel preliminare immobiliare, sul punto la giurisprudenza è ancora fortemente divisa e il dibattito dottrinale aperto.

Diversamente, giurisprudenza e dottrina sono ormai unanimi in merito alle conseguenze cui il preliminare immobiliare va incontro nel caso in cui il curatore opti per lo scioglimento del contratto: non è, infatti, un caso che i primi due commi dell'art. 173 del nuovo Codice della crisi recepiscano perfettamente gli approdi giuridici ai quali si è pervenuti nel corso degli anni.

---

<sup>74</sup> I Termine, *Subentro del Curatore nel contratto preliminare: no all'effetto purgativo delle ipoteche*, dalla rivista *IusLetter - informazione aggiornamento giuridico*, 9/03/2020.

### 3.2 Scioglimento dal contratto preliminare.

I primi due commi dell'art. 173 del nuovo Codice della Crisi d'impresa disciplina l'ipotesi in cui il curatore decida di sciogliersi dal preliminare immobiliare di vendita. La normativa contenuta in queste disposizioni costituisce l'approdo di una lunga evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, oggi largamente condivisa.

Circa il potere di scioglimento del curatore dal preliminare immobiliare, nonché le sorti del credito del promissario acquirente, è opportuno evidenziare la sussistenza di tre distinte ipotesi <sup>75</sup>.

La prima di queste vede come protagonisti i contratti preliminari non trascritti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale: il rapporto contrattuale è qui in regime di sospensione, dato che il perfezionamento dell'acquisto dipende dalla scelta unilaterale del curatore (esecuzione o scioglimento – art. 172 C.c.r.i.) e il promissario acquirente, per il suo credito restitutorio, non gode in nessun caso di alcuna prelazione nel concorso fallimentare. Questo è purtroppo il caso più comune, data la ritrosia di molti ad avvalersi dell'ausilio dell'opera di professionisti che li assistano nella stipulazione del preliminare e la conseguente mancata trascrizione dello stesso.

La seconda ipotesi ha ad oggetto i contratti preliminari trascritti prima dell'apertura della procedura concorsuale e ancora efficaci, aventi ad oggetto immobili di qualsiasi specie nelle procedure aperte prima dell'1.1.2008 e immobili ad uso non abitativo e/o non destinati ad abitazione principale nelle procedure aperte dopo l'1.1.2008. Anche in tal caso opera il potere di scelta del curatore, ma qualora il preliminare venisse sciolto, il credito restitutorio godrebbe di prelazione nel concorso ex art. 2775-*bis* c.c.

In relazione a questa fattispecie, si ricorda che la trascrizione del preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis* è conquista assai recente: è grazie al D.l. 31 dicembre 1996, n. 669, che è stata prevista la possibilità di trascrivere anche i contratti preliminari che abbiano ad oggetto la stipulazione di definitivi che trasferiscono diritti reali relativi a beni immobili (si rimanda per un'analisi più specifica al paragrafo successivo).

Da ultimo, si accenna alla terza ipotesi che fa riferimento a contratti preliminari trascritti prima della dichiarazione di fallimento e ancora efficaci, aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo e destinati ad abitazione principale nelle procedure successive all'1.1.2008, o immobili destinati a

---

<sup>75</sup> Lucio A. de Benedictis, in *Preliminare di compravendita immobiliare e crisi del venditore*.

sede principale dell'attività d'impresa dopo la riforma del 2012. A tale peculiare fattispecie è dedicato il terzo comma dell'art. 173 C.c.i.i., il quale impedisce il potere discrezionale di scelta del curatore in nome della continuazione automatica *ope legis* del rapporto negoziale.

Mentre quest'ultima ipotesi sarà oggetto di specifica trattazione in un secondo momento, si deve ora concentrare l'attenzione sulle prime due fattispecie elencate.

Innanzitutto, il primo comma dell'art. 173 del Codice della crisi d'impresa non distingue tra preliminare immobiliare trascritto o meno, ma afferma semplicemente che il curatore possa sciogliersi dal medesimo *“anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile”*. Recependo l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 18131 del 2015) tale comma aggiunge, altresì, che lo scioglimento non sarà opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta. Questa pronuncia, risolvendo una questione assai controversa, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale per il quale il curatore del fallimento del promittente venditore non può sciogliersi dal preliminare ai sensi dell'art. 172 .l.f. con effetto verso il promissario acquirente, ove questi abbia trascritto prima del fallimento la domanda ex art. 2932 c.c. e la domanda stessa sia stata accolta con sentenza trascritta, in quanto, a norma dell'art. 2653 n. 2 c.c., la trascrizione della sentenza di accoglimento prevale sull'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese.

Sul punto, comunque, si tornerà nel successivo paragrafo, per meglio delineare le varie tappe che hanno portato a tale approdo normativo.

Ora, invece, preme sottolineare che, secondo la disciplina previgente, in caso di preliminare non trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., qualora il venditore fosse fallito prima di stipulare l'atto definitivo, sarebbe stata applicabile la norma che accorda al solo curatore la scelta se continuare o meno nel rapporto contrattuale, senza possibilità per il promissario acquirente di avere voce in capitolo. L'unico modo che questi avrebbe avuto per aspirare alla stipula del definitivo, sarebbe stato avere preventivamente agito ex art. 2932 c.c.

Orbene, è con l'approdo normativo inserito nel primo comma dell'art. 173 che si consolida un sistema di tutela per quei promissari acquirenti che, pur non avendo trascritto il proprio preliminare ex 2645-*bis* c.c., abbiano però preventivamente agito in giudizio depositando la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre il definitivo ex 2932 c.c.; infatti, come si tratterà più diffusamente in seguito, tale domanda, purché trascritta precedentemente all'apertura della liquidazione giudiziale, anche se accolta successivamente, diviene del tutto opponibile al curatore fallimentare, che dunque non potrà più presentare istanza di scioglimento del preliminare.

Sebbene con tale conquista giuridica il promissario acquirente di un preliminare non trascritto ai sensi della disciplina codicistica abbia guadagnato una forte tutela, resta una pesante conseguenza in caso di mancata trascrizione ex 2645-bis: l'eventuale credito restitutorio del promissario acquirente non potrà godere di alcuna prelazione.

Viceversa, al preliminare trascritto ex art. 2645-bis c.c., il secondo comma dell'art. 173 C.c.i.i. accorda il privilegio di cui all'art. 2775-bis c.c. sempreché gli effetti della trascrizione del medesimo contratto non siano cessati anteriormente alla data di apertura della liquidazione giudiziale. In ogni caso, pur avendo diritto a far valer nel passivo il proprio credito, oltretutto assistito dal privilegio di cui si è detto, il promissario acquirente, in conformità con la disciplina generale dei rapporti pendenti ex art. 172 del Codice, non ha diritto ad alcun risarcimento del danno. Questa seconda disposizione recepisce *in toto* il precedente comma settimo della legge fallimentare del 1942, nulla innovando.

Sulla funzione prenotativa e costitutiva della trascrizione del preliminare ex art. 2645-bis, nonché degli effetti prenotativi dell'azione giudiziale promossa ai sensi dell'art. 2932 c.c. ormai punti saldi della disciplina fallimentare, è opportuno comunque dedicare un'analisi mirata e dettagliata, che ne ripercorra le varie tappe e conquiste giurisprudenziali.

### **3.2.1 (Segue) La trascrizione: l'effetto prenotativo.**

In passato si è sempre ritenuto che il contratto preliminare di compravendita di un immobile non fosse assoggettabile a trascrizione in quanto non menzionato tra gli atti trascrivibili previsti nell'elenco tassativo di cui all'art. 2643 c.c.

Come già anticipato, è stato il D.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito dalla Legge 28 febbraio 1997, n. 30 a prevedere, ai sensi dell'art. 2645-bis, la possibilità di trascrivere anche i contratti preliminari, purché questi avessero ad oggetto la stipulazione di definitivi che, relativamente a beni immobili, trasferissero la proprietà, oppure costituissero diritti reali di godimento quali, usufrutto, superficie ed enfiteusi, servitù prediali, uso ed abitazione, nonché diritti di comunione - quindi di quei contratti previsti dai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643 c.c.

Naturalmente la trascrizione è stata ritenuta ammissibile solo se tali preliminari risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Conseguentemente, veniva diversamente disciplinata l'ipotesi del fallimento del promissario acquirente, aggiungendo all'art. 72 l.f. la seguente previsione: *“Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del*

*privilegio di cui all'art. 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento"* (r.d. 16.03.1972 n. 267).

Tale disposizione è confluita nel settimo comma dell'articolo 72 l.f. ed è stata riconfermata al primo comma dell'art. 173 C.c.i.i. Prima dell'introduzione della suddetta norma, non essendo gli atti ad effetti obbligatori menzionati dalla legge, accadeva che i promissari acquirenti, in virtù di un contratto preliminare, versassero caparra ed anticipi del corrispettivo e poi, in caso di fallimento del promittente alienante, la curatela considerasse tali preliminari inefficaci verso la massa dei creditori ai sensi dell'art. 45 l.f., apprendendo l'immobile ed ammettendo al passivo chirografario il credito per la restituzione del prezzo versato <sup>76</sup>.

L'estensione anche ai preliminari della disciplina della trascrizione, dunque, ha sanato i relevantissimi problemi derivanti a chi avesse in passato stipulato un preliminare e successivamente non avesse potuto perfezionare il contratto definitivo a causa della sopravvenuta dichiarazione di fallimento della controparte, vedendo sfumare il proprio credito (dal momento che questo, lo si ricorda, era classificato come chirografario) e perdendo, altresì, la possibilità di divenire proprietario dell'immobile di cui eventualmente avesse già avuto l'immediata disponibilità <sup>77</sup>.

La nuova legge, di immediata applicazione, è invece intervenuta a tutelare maggiormente il promissario acquirente e lo ha fatto sotto un duplice profilo: a) consentendogli di opporre alla massa il contratto preliminare stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e trascritta; b) attribuendo la qualifica di privilegiato al credito dovuto per la restituzione del prezzo versato.

Di quest'ultimo aspetto si tratterà meglio in seguito.

Sotto il primo profilo, invece, è bene evidenziare che lo scopo fondamentale della trascrizione del preliminare, non sia quello di realizzare una pubblicità compiuta, bensì quello di effettuare una sorta di prenotazione della data dell'iscrizione pubblicitaria, analogamente a quello che avviene, per effetto dell'art. 2652 n. 2 c.c., per le domande volte ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Eseguita la trascrizione, pertanto, al promissario acquirente sono inopponibili tutte le trascrizioni o iscrizioni successive verificatesi contro il promittente, retroagendo fino ad essa la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che ne tiene luogo. Con la prenotazione, in altre parole, si

---

<sup>76</sup> E. Serrao, *Preliminare e fallimento (e altre procedure concorsuali)*, in *Il contratto preliminare (Nuova Enciclopedia)*, Cedam, Padova 2011, pag. 274.

<sup>77</sup> A tal proposito, scrive L. A. De Benedectis, nel già citato articolo *Preliminare di compravendita immobiliare e crisi del venditore*: "Personalmente, come curatore di un fallimento, ho dovuto esperire le azioni di rilascio, dopo aver dichiarato di volermi sciogliere dal preliminare, dovendo purtroppo perseguire gli interessi della massa dei creditori, con effetti pesanti su decine di famiglie che non avevano fatto ricorso all'ausilio di professionisti prima di contrarre l'obbligo con la società fallita".

anticipa la data degli effetti della pubblicità ad un momento anteriore: ciò significa che la prenotazione non può reggere mai da sola, ma deve essere supportata dal secondo momento, che si concretizza in un negozio ad effetti reali, che a sua volta sia assoggettato alle formalità della pubblicità immobiliare. In tal modo i due momenti si saldano e la trascrizione del primo assolve al proprio compito di rendere inopponibili le iscrizioni o trascrizioni medio tempore verificatesi <sup>78</sup>.

La trascrizione del preliminare, in sostanza, consente di anticipare gli effetti della trascrizione del definitivo in modo tale da evitare che, nel tempo intercorrente fra le due trascrizioni, possano essere costituiti diritti di terzi opponibili al promissario acquirente. Pur rappresentando un episodio di pubblicità incompleta, infatti, la prenotazione è pur sempre una forma di pubblicità immobiliare e, in quanto tale, idonea a determinare la priorità dell'acquisto ex 2644 c.c. Ciò in virtù del principio che prevale chi per primo trascrive, principio che deroga all'ordinario criterio cronologico "*prior in tempore potior in iure*".

Si sottolinea, però, come precedentemente anticipato, che l'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare è limitata nel tempo: la legge prevede che l'effetto della trascrizione cessa se entro un anno dalla data pattuita per la stipulazione del definitivo e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare non venga trascritto l'atto che costituisce l'adempimento ovvero se non subentra un qualunque altro atto. Superato il termine massimo di tre anni, gli effetti della trascrizione si esauriscono e si presumono mai prodotti. La *ratio* di questi termini è dovuta al fatto che l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare sottopone il bene ad una sorta di vincolo di indisponibilità e il legislatore non vuole che tale vincolo sia perpetuo, ciò a tutela del promittente alienante e a salvaguardia dei creditori del promittente alienante.

\*\*\*

Prima della nuova normativa disposta dal D.l. 669/1996, il legislatore consentiva soltanto la trascrizione della domanda giudiziale preordinata ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, trascrizione anch'essa dotata di efficacia prenotativa degli effetti della trascrizione della successiva sentenza costitutiva (art. 2652 n. 2 c.c.).

Ebbene, oggi, all'effetto prenotativo della trascrizione dell'azione giudiziale ex art. 2932 c.c. è ormai riconosciuto il potere di bloccare la facoltà del curatore di sciogliersi dal preliminare qualora il giudizio, anche in seguito all'apertura della procedura giudiziale, sia successivamente accolto a favore del promissario acquirente; tale risultato normativo non è stato una conquista immediata, bensì oggetto di numerosi dibattiti e pronunce contraddittorie, che hanno trovato

---

<sup>78</sup> C. M. Bianca, *Il contratto preliminare*, in *Il contratto. Diritto Civile Vol. 3*, Giuffrè, Milano 1984, Capitolo XI

definitiva soluzione proprio nel primo comma del nuovo art. 173 C.c.i.i., recepite i più moderni orientamenti della Corte di Cassazione.

In materia, l'ultima pronuncia della Suprema Corte, alla quale si è ispirato proprio il primo comma del suddetto articolo, è contenuta nella Sentenza n. 18135 del 2015: essendo questa l'approdo di una copiosa giurisprudenza, risulta opportuno analizzare le varie tappe che hanno condotto all'ormai unanime principio per il quale l'accoglimento dell'azione giudiziale promossa ai sensi dell'art. 2932 c.c., anche se successivo all'apertura della liquidazione giudiziale, qualora la relativa domanda sia stata trascritta precedentemente all'apertura della liquidazione giudiziale stessa, è opponibile al curatore che, dunque, non potrà avanzare istanza di scioglimento del preliminare.

Si riporta, a conferma di ciò, il primo comma dell'art. 173 del nuovo Codice della Crisi: *“Il curatore può sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 del codice civile, ma lo scioglimento non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta”*.

Si procede, quindi, ad analizzare le varie pronunce giurisprudenziali che hanno condotto a tale approdo normativo.

### **(1) La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 239 del 1999.**

L'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre in costanza di fallimento era stata inizialmente esclusa sulla base della previsione dell'art. 51 l.f.. Tale articolo (attuale art. 150 C.c.i.i.) vieta, dal giorno della dichiarazione di fallimento, l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento. Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritenevano, perciò, che la relativa domanda fosse da respingere, sia quando la procedura concorsuale fosse stata dichiarata prima dell'inizio dell'azione (inammissibilità o infondatezza), sia quando l'azione fosse stata già proposta e trascritta, ex art. 2652 n. 2 c.c. prima della pronuncia di fallimento (improcedibilità). I giudici di legittimità, in particolare, ritenevano che la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., avvenuta prima del fallimento, non potesse avere l'efficacia di *“risolvere l'apprensione del curatore sul bene promesso in vendita”*, in quanto spiegante i suoi effetti in materia subordinata alla trascrizione della sentenza che avesse accolto la relativa domanda e tale sentenza non poteva essere pronunciata proprio in virtù dell'art. 51 l.f., il quale, come si è detto, bloccava non solo l'esperimento, ma anche la prosecuzione di tutte le azioni giudiziali <sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> E. Serrao, Preliminare e fallimento (e le altre procedure concorsuali), in *Il contratto preliminare* (nuova enciclopedia), Cedam, Padova 2011, pag. 285.

A riguardo, un punto fermo sembrava essere stato posto dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 239 del 1999, la quale aveva così affermato: *“Nel caso di pendenza del giudizio ex art. 2932 c.c., il curatore fallimentare conserva la facoltà di scelta tra l’esecuzione e lo scioglimento del contratto preliminare, con cui il fallito aveva promesso in vendita un bene, fino al passaggio in giudicato della sentenza traslativa della proprietà pronunciata ai sensi di detta norma, poiché l’art. 72 co. 4 considera che evento preclusivo di tale facoltà di scelta il passaggio della cosa in proprietà al compratore ed a tale evento non può essere assimilato l’effetto processuale che produce la sentenza di trasferimento, ove sia stata pronunciata e non ancora passata i giudicata”*<sup>80</sup>.

Da tale pronuncia si evinceva, dunque, che solo il passaggio in giudicato della sentenza emessa ai sensi dell’art. 2932 c.c. impedisse la facoltà di scioglimento in capo al curatore: finché ciò non fosse avvenuto, invece, la semplice trascrizione della domanda antecedentemente all’apertura della procedura non produceva alcun successivo effetto preclusivo di tale diritto di scelta.

Infatti, considerando che la dichiarazione di fallimento immobilizzava la situazione patrimoniale quale essa era alla data in cui veniva pronunciata ed impediva ogni mutamento della situazione stessa, soprattutto una diminuzione della massa attiva esistente, la Corte aveva affermato che durante il fallimento, a prescindere dalla dichiarazione di scioglimento del curatore, non era ammessa l’esecuzione specifica della promessa di vendita di un bene del fallito, neppure qualora la domanda fosse stata trascritta precedentemente all’apertura della procedura, poiché tale esecuzione avrebbe creato un effetto traslativo nonostante lo spossessamento prodotto dalla sentenza dichiarativa di fallimento.

E, infatti, procedeva così la pronuncia del 1999: *“ Se quanto precede è da condividere [...] e se cioè è inammissibile l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto in caso di fallimento del promissario venditore, la dichiarazione di scioglimento non può non avere un contenuto più ampio e quindi si deve ritenere che la stessa ha valore essenziale, assoluto, definitivo e opera con effetto retroattivo - con efficacia non solamente endofallimentare, ma con effetti anche qualora il fallito sia ritornato in bonis - facendo venir meno fin dall’origine la promessa di vendere, non esistendo alcun argomento logico o testuale che consenta di ammettere che lo scioglimento non incida sulla volontà negoziale manifestata. Il fallimento, cioè, impedisce l’emanazione della sentenza ex art. 2932 c.c., ma lascia inalterato il contratto [...]”*.

La dichiarazione di scioglimento del curatore, in sintesi, consentiva allo stesso di disporre del bene acquisito alla massa, agendo sulla manifestazione di volontà che aveva dato luogo al preliminare e caducandola fin dall’origine.

La scelta del curatore di recedere dal contratto determinava, chiarendo il punto, lo scioglimento *ex tunc* del rapporto contrattuale (pur se in tutto o in parte adempiuto), in quanto fatto idoneo ad

---

<sup>80</sup> Cass. Sez. U. 14.04.1999 n. 239.

impedire l'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica proposta, a nulla rilevando la sua anteriore trascrizione, il cui effetto prenotativo presupponeva – ex art. 2652 c.c., n. 2 – il suo accoglimento (con una sentenza che a norma dell'art. 2643 c.c., n. 14, deve essere a sua volta trascritta).

A conferma, nonché sintesi, di quanto finora espresso, si riporta un importante passo della medesima sentenza n. 239 del 1999: *“E’ da tenere presente che l’art. 2932 c.c., prevede l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto soltanto “qualora sia possibile”. Orbene, il fallimento del promissario venditore segna una fase di arresto nel processo di formazione del negozio, perché’ fa venire meno nel fallito il potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio. La dichiarazione di fallimento immobilizza la situazione patrimoniale quale era alla data in cui fu pronunciata ed impedisce perciò che possa integrarsi una fattispecie suscettibile di produrre un mutamento della situazione stessa e soprattutto una diminuzione della massa attiva esistente ai sensi della L. Fall., art. 42. Durante il fallimento rimane impedita l’esecuzione specifica della promessa di vendita di un bene del fallito, perché’ tale esecuzione creerebbe un effetto traslativo, nonostante lo spossessamento prodotto dalla sentenza dichiarativa. Ne’ la trascrizione della citazione diretta ad ottenere l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto, avvenuta ai sensi dell’art. 2652 c.c., n. 2, prima del fallimento, può’ avere l’efficacia di risolvere l’apprensione del curatore sul bene promesso in vendita; in quanto esso spiega i suoi effetti condizionatamente alla trascrizione della sentenza che accoglie la domanda e tale sentenza non può’ essere pronunciata”*<sup>81</sup>.

Se con suddetto passaggio, la Cassazione sembrava aver espresso chiaramente e coerentemente il proprio pensiero, il dibattito giurisprudenziale non era, però, venuto meno e la controversia non era stata del tutto risolta.

Tale rigida impostazione, infatti, veniva in seguito superata e ritenuta concordemente applicabile alla fattispecie di cui all'art. 72 l.f.

In particolare, si è ritenuto che il giudizio ex 2932 c.c. in corso debba essere interrotto a norma dell'art. 43 l.f. per poi essere riassunto e proseguito di fronte alla curatela: questa raggiunta consapevolezza ha permesso alla giurisprudenza di affermare che la pronuncia ex art. 2932 c.c. non diviene improcedibile per effetto dell'apertura della procedura fallimentare, ma semplicemente che diviene infondata a seguito dell'esercizio della facoltà di scioglimento da parte del curatore. In altre parole, il potere di scelta ex art. 72 l.f. spettante al curatore comporta che, una volta che questi abbia optato per lo scioglimento del preliminare, la domanda di esecuzione in forma specifica non possa essere accolta per infondatezza della stessa.

---

<sup>81</sup> Così, testualmente, in motivazione, Cass. 10 maggio 1958 n. 1542.

Ciò però vale fin tanto che non entrano in gioco le regole codicistiche relative alla trascrizione della domanda ex 2932 e della sua efficacia prenotativa: la tempestiva trascrizione di quest'ultima rende, infatti, opponibile al fallimento il contratto preliminare.

## **(2) La sentenza della Corte di Cassazione delle Sezioni Unite n. 1205 del 2004.**

Sebbene l'orientamento giurisprudenziale legato alla sentenza del 1999 fosse ben consolidato, si assiste agli inizi del 2000 ad un importantissimo *renvirement* della Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite nella celebre sentenza del 2004 n. 1205 hanno infatti negato al curatore la facoltà di scioglimento del preliminare nel caso in cui la domanda di cui all'art. 2932 c.c. fosse stata trascritta precedentemente alla dichiarazione di fallimento e successivamente accolta. La pronuncia infatti afferma 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, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l.f.”*<sup>82</sup>.

Mentre una parte della dottrina riteneva che, ai fini dell'opponibilità della sentenza passata in giudicato, fosse necessaria la trascrizione della relativa sentenza di accoglimento ex 2932 c.c., la tesi prevalente espressa dalle Sezioni Unite ha ritenuto sufficiente la sola trascrizione, antecedente al fallimento, della relativa domanda giudiziale.

Per maggior chiarezza, è bene riportare in sintesi il caso che ha dato origine alla questione oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite del 2004.

In data 28 maggio 1988 le parti sottoscrivevano un contratto preliminare, non trascritto, di permuta<sup>83</sup> di bene presente con bene futuro (in particolare, un terreno edificabile e uno degli edifici da costruirvi). Successivamente, con due distinti atti notarili, veniva trasferito il diritto di proprietà del terreno, ma il contratto preliminare restava inadempito quanto alla stipula del rogito per l'acquisto della palazzina. Con atto di citazione, trascritto il 31 agosto 1991, veniva pertanto promossa azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 c.c.*, domanda che risultava accolta con sentenza in data 17 febbraio 1998. Il 25 marzo 1999 interveniva la dichiarazione di fallimento del convenuto nel giudizio di primo grado, appena conclusosi.

A seguito del rigetto in appello della domanda della curatela *ex art. 72 co. 4 l.f.* di scioglimento dal contratto preliminare di permuta, promossa sull'assunto che per tale tipo contrattuale debba ricorrere il presupposto del totale inadempimento delle reciproche prestazioni, la curatela medesima

---

<sup>82</sup> Cass. Sez. U, 07.07.2004 n. 12505.

<sup>83</sup> L'art. 1552 del codice civile definisce la permuta come il contratto avente ad oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti da una parte all'altra.

proponeva ricorso per Cassazione, con un unico motivo incentrato sulla violazione e falsa applicazione proprio dell'art. 72 co. 4 l.f.: il giudice di appello avrebbe dovuto accogliere la domanda, non potendosi ritenere fattori preclusivi alla facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto né che si trattasse di un contratto preliminare di permuta, né l'avvenuta esecuzione della prestazione da parte del contraente *in bonis*, né l'antiorità della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. alla dichiarazione di fallimento.

Al contrario, la curatela argomentava che la facoltà ad essa accordata dalla legge dovesse intendersi preclusa esclusivamente dall'antiorità, rispetto alla dichiarazione di fallimento, dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà promesso in permuta, a seguito o della conclusione del contratto definitivo ovvero del passaggio in giudicato della sentenza costitutiva pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c.

La questione è stata, dunque, rimessa alla decisione delle Sezioni Unite che, sul punto, hanno sancito che la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., ai sensi dell'art. 2652 n.2 c.c., in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, rende opponibile alla procedura l'effetto traslativo della sentenza di accoglimento, a far tempo dalla trascrizione della domanda.

Procedendo con ordine, è opportuno soffermarsi sull'oggetto del giudizio qui analizzato.

Difatti, la causa verteva su un contratto di permuta e non su un contratto preliminare di vendita, ma la Corte, circa il quesito relativo alla possibilità di applicazione dell'art. 72 l.f. a tale tipologia contrattuale, ha confermato il costante orientamento giurisprudenziale <sup>84</sup> secondo il quale anche il contratto di permuta sia assoggettato alla disposizione di cui sopra, seppur con una peculiarità rispetto al contratto di vendita: non essendo rinvenibile a carico dei permutanti la distinzione di ruoli tra venditore e acquirente, non troverà applicazione la disciplina differenziata, a seconda che la dichiarazione di fallimento riguardi il venditore o l'acquirente.

Inoltre la Corte, alla luce dell'art. 72 l.f. e del raffronto tra i primi tre commi e il quarto, conclude ricavandone un principio generale, opportunamente applicabile al contratto di permuta: presupposto per l'esercizio della facoltà assegnata al curatore è il totale o parziale inadempimento, da valutarsi rispetto al comportamento di entrambe le parti. In dettaglio: *“Ciò equivale a dire che, per un contratto di permuta, la facoltà del curatore di sciogliersi è subordinata alla mancata o incompleta attuazione del contratto da entrambe le parti, mentre l'adempimento della prestazione di un contraente sarà sufficiente a paralizzarne l'iniziativa”*.

Risulta evidente che, già tale affermazione avrebbe coerentemente consentito alla Corte di escludere, nel caso di specie, l'esperibilità dello scioglimento del contratto da parte della curatela, dal momento che, a seguito del trasferimento del diritto di proprietà del terreno edificabile alla società costruttrice, poi fallita, il contratto preliminare non poteva più dirsi inadempito da

---

<sup>84</sup> Cass. 25 gennaio 1995; Cass. 3 giugno 1993 n.6207.

entrambe le parti. Tuttavia, dal tenore complessivo della pronuncia si evince il desiderio del giudice di legittimità di andare oltre ed offrire una soluzione al contrasto interpretativo sottoposto alla propria attenzione, ed oggetto della presente analisi. Per tale motivo, le Sezioni Unite, discostandosi dall'oggetto del caso di specie, procedevano alla trattazione del contratto preliminare e in tal senso lo assimilavano a quello di permuta nel suo rapporto con la disciplina ex art. 72 l.f.

La Cassazione, in particolare, ha ribadito l'applicazione analogica della norma al contratto preliminare di un contratto traslativo del diritto di proprietà.

Principale argomento a sostegno era che il contratto preliminare non dovesse più semplicemente intendersi come fonte del solo obbligo per le parti di prestare il consenso alla conclusione del definitivo, ma assumesse una propria autonomia nella sequenza negoziale diretta alla realizzazione di un'operazione economica, che si concludeva con il contratto definitivo, ma non si esauriva in esso. Superando il caso di specie, nel quale il contratto preliminare poteva dirsi in parte adempiuto mediante la compravendita dell'area, la Corte si è occupata proprio della differente ipotesi in cui al contratto preliminare si accompagnasse l'immissione del promissario acquirente nel godimento del bene, generalmente a seguito dell'avvenuto versamento, totale o parziale, del prezzo. È quest'ultima una figura di cui dottrina e giurisprudenza si sono occupate nel tempo, poiché assai frequente nella prassi, ovvero quella del c.d. preliminare ad effetti anticipati.

Per la Cassazione, è evidente che non si possa prescindere dalla ricostruzione della volontà delle parti che, pur avendo denominato il proprio accordo "contratto preliminare", abbiano voluto con esso anticipare l'esecuzione di prestazioni tipicamente dovute in forza di un contratto di compravendita (consegna del bene e pagamento del prezzo) e, al tempo stesso, differire l'effetto definitivo traslativo del diritto di proprietà.

Tale schema contrattuale, dunque, configura una peculiare applicazione del principio del consenso traslativo, in cui la separazione tra il contratto di alienazione ad effetti obbligatori e l'atto successivo idoneo a produrre l'effetto traslativo si sostituisce all'automatico e immediato effetto traslativo conseguente allo scambio del consenso tra le parti.

Si potrebbe ritenere che la sentenza in esame neghi se stessa, laddove sembra equiparare la consegna anticipata del bene al vero e proprio trasferimento del diritto di proprietà: se si seguisse alla lettera il ragionamento della Corte, infatti, si dovrebbe concludere che un contratto preliminare ad effetti anticipati equivalga ad un contratto definitivo e con ciò verrebbero a mancare sia l'interesse ad agire del promissario acquirente per una pronuncia ex art. 2932 c.c., sia i presupposti per la facoltà della curatela ex art. 72 l.f.

In ogni caso, sembra essere stata proprio l'equiparazione del contratto preliminare ad effetti anticipati al contratto definitivo - che peraltro non giunge (né potrebbe) a comprendere il vero e proprio effetto traslativo del diritto - a costituire il fondamento dell'anticipazione della tutela

dell'acquirente al tempo in cui riveste ancora la qualità di promissario acquirente. Tale anticipazione si sostanzia sia nell'ammissione ai rimedi contro i vizi del bene sia nell'espresso principio di opponibilità della sentenza costitutiva al fallimento, dal momento della trascrizione della domanda di adempimento del contratto preliminare.

La Corte concludeva così, per l'applicabilità delle regole in materia di trascrizione delle domande giudiziali, in base alle quali gli effetti della sentenza che accoglie una domanda adeguatamente trascritta sono opponibili ai terzi sin dal giorno della trascrizione della medesima. Nell'ipotesi di sentenza di natura costitutiva ex art. 2932 c.c., dunque, gli effetti tra le parti si producono *ex nunc*, ma l'opponibilità ai terzi opera dal giorno della trascrizione della domanda (ha quindi, nei confronti dei terzi, efficacia *ex tunc*). Pertanto, secondo le Sezioni Unite, una volta che la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare sia stata trascritta a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, prima della dichiarazione del fallimento, si determinerebbe un duplice effetto: a) il susseguente giudizio sarebbe opponibile al curatore, in quanto soggetto terzo a far data dalla trascrizione della domanda medesima; b) la sentenza di accoglimento, retroagendo ed escludendo, quindi, il bene immobile dal patrimonio del promittente venditore, poi fallito, fin dal momento della trascrizione della domanda, impedirebbe al curatore di avvalersi del potere previsto dall'art. 72 l.f. di determinare lo scioglimento del rapporto.

La Corte giungeva a tale principio innovativo sulla base di tre particolari argomentazioni, le quali facevano riferimento rispettivamente; (i) all'art. 2915 co. 2 c.c. in tema di pignoramento; (ii) agli articoli 2652-2653 c.c. in tema di trascrizione delle domande giudiziali; (iii) all'art. 45 l.f.

Sotto il primo profilo, in materia di pignoramento, la Cassazione sottolineava, come si desume *a contrario* dal tenore letterale dell'art. 2915 co. 2 c.c., che il conflitto tra creditore pignorante e terzi è risolto secondo i principi propri della disciplina della trascrizione della domanda giudiziale: quest'ultima, se anteriore alla trascrizione del pignoramento, è idonea a prenotare gli effetti della futura sentenza di accoglimento.

Ai sensi dell'art. 2652 c.c., n. 2, poi, gli effetti della pronuncia di accoglimento ex art. 2932 c.c., subordinati alla trascrizione della sentenza, retroagiscono alla data di trascrizione della domanda. E', quindi, l'adempimento di tale formalità che rileva ai fini dell'opponibilità ai terzi del trasferimento attuato con la pronuncia medesima e fa prevalere il diritto acquistato dall'attore, una volta trascritta la sentenza, sui diritti incompatibili intervenuti *medio tempore* in capo al terzo.

Infine, nell'ambito della procedura fallimentare, si richiamava l'applicazione degli intangibili principi dettati dal codice civile in materia di opponibilità del titolo ai creditori procedenti, decorrente dal giorno della trascrizione della domanda: l'opponibilità alla procedura di un titolo, seppur posteriore alla dichiarazione di fallimento, deriva, infatti, dall'antiorità della trascrizione della relativa domanda giudiziale rispetto al deposito della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'applicazione di tale disciplina alla procedura concorsuale è stata desunta, dalla Corte, *a contrario* dall'art. 45 l.f. per il quale: “*le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori*”.

Tale norma, pertanto, dimostra che tanto il principio dell'intangibilità del patrimonio del fallito, che il principio della *par condicio creditorum* non solo assoluti ma ammettono eccezioni.

In particolare, l'art. 72 l.f., coordinandosi con la disposizione di cui all'art. 45 l.f. secondo il quale vi sono atti idonei a rendersi opponibili alla facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto, non può che dover ammettere alcune eccezioni, tra le quali deve rientrare proprio l'opponibilità della sentenza ex 2932 c.c. accolta successivamente all'apertura della procedura, ma la cui domanda è stata trascritta in epoca anteriore ad essa, soddisfacendo l'esigenza prenotativa richiesta <sup>85</sup>.

Ovviamente, ciò avrà senso solamente se, trascritta preventivamente la domanda di esecuzione in forma specifica, la relativa azione venga poi accolta, successivamente alla dichiarazione di fallimento: qualora ciò non avvenisse e il promissario acquirente risultasse soccombente nel relativo giudizio ex 2932 c.c., la trascrizione della domanda verrebbe ad essere caducata e con essa perderebbe efficacia il suo effetto prenotativo, riaprendo la possibilità al curatore di avanzare istanza di scioglimento del preliminare.

Con il *renvirement* del 2004, dunque, le Sezioni Unite vollero ampliare la tutela del promissario acquirente che, trascritta la domanda giudiziale di adempimento coattivo del contratto preliminare, non potrà più vedersi opporre la facoltà di scioglimento del contratto dal curatore e, di conseguenza, non potrà più venirsi a trovare nelle condizioni di dover insinuare al passivo della procedura fallimentare il credito relativo alla restituzione del prezzo già versato, in caso risultasse vincitore nel relativo giudizio civilistico.

Nonostante la convincente soluzione elargita dalla Suprema Corte con la suddetta sentenza, non sono mancate negli anni successivi alcune pronunce discostanti <sup>86</sup>. A titolo esemplificativo si

---

<sup>85</sup> Gli artt. 44 e 45 l.f. regolano l'opponibilità ai creditori concorsuali degli atti e delle formalità compiute avendo riguardo alla data dell'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza dichiarativa di fallimento, momento dal quale essa produce i suoi effetti nei confronti dei terzi alla luce della modifica dell'art. 16 l.f. operata dal d.lgs. n. 5 del 2006 e che, dunque, assume la funzione di una vera e propria pubblicità dichiarativa. Ne discende, pertanto, la seguente conclusione: “*la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. in data anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento, rectius alla sua iscrizione nel registro delle imprese, non preclude al curatore l'esercizio del potere di sciogliersi dal contratto preliminare; tuttavia, l'accoglimento della domanda medesima fa sì che gli effetti traslativi del diritto oggetto del contratto preliminare si producano ex tunc e non siano dunque pregiudicati da detto esercizio da parte del curatore del potere di scioglimento ex art. 72 l.f.*” - si v. G. Battaglia, nota alla sentenza della Corte di Cassazione n.18131/2015, in *Riv. dir. Proc.*, novembre-dicembre 2016.

<sup>86</sup> Di nuovo G. Battaglia, nota alla sentenza della Corte di Cassazione n.18131/2015, in *Riv. dir. Proc.*, novembre-dicembre 2016: “*In forza del diverso orientamento è possibile sostenere che le motivazioni addotte dalle Sezioni Unite a supporto dei principi espressi incontrano un limite nella constatazione che la sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c. ha efficacia costitutiva, determinando l'effetto traslativo del bene al momento del suo passaggio in giudicato, ex nunc e non ex tunc dal momento della trascrizione della domanda giudiziale. Secondo questa impostazione, nelle fattispecie nelle quali è possibile l'esercizio da*

richiama una pronuncia emessa nel 2009 dalla Corte di Appello di Firenze (n.1520/2009), la quale ha nuovamente sancito l'inopponibilità al curatore della domanda ex art. 2932 c.c. in quanto *“l'importante funzione dell'art. 72 l.f. verrebbe facilmente vanificata dalla proposizione di una domanda giudiziale del promittente compratore seguita da trascrizione, unicamente finalizzata, per l'ipotesi di successivo fallimento del promittente venditore, a precludere al curatore l'esercizio della facoltà di scioglimento”*.

Altre sentenze discostanti che si sono conformate al precedente indirizzo sono: Cass. nn. 20451/05, 28479/05, 46/06, 542/06, 33/2008, 17405/09<sup>87</sup>.

In ogni caso, era ormai troppo tardi poter compiere un passo indietro: il principio espresso nel 2004, difatti, è stato dapprima ribadito dalla Cassazione del 2010 (Cass.8.07. 2010 n. 16160; Cass. nn. 15218/010, 16660/010 e 27093/011) e poi definitivamente confermato dalla Sezioni Unite nel 2015. Anche quest'ultima sentenza, Cass. n. 18131 del 2015, merita qualche approfondimento.

---

*parte del curatore della facoltà contemplata dall'art. 72 l.f. non assume rilievo il disposto dell'art. 45 l.f., perché non si discorre dei «diritti contrari o incompatibili» menzionati nell'art. 2652, n. 2, c.c.: il potere di scioglimento del contratto preliminare concesso al curatore prescinderebbe dalle questioni relative all'opponibilità alla massa degli atti Resterebbe dunque valido quanto già argomentato dalle Sezioni Unite nel 1999, dovendosi constatare che il fallimento del promittente venditore impedirebbe l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, poiché con l'effetto traslativo realizzato dalla sentenza ex art. 2932 c.c. si determinerebbe successivamente al fallimento un inaccettabile mutamento della situazione patrimoniale, che si è invece cristallizzata alla data della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, in ossequio al principio del così detto spossessamento”*.

<sup>87</sup> In ogni caso, è opportuno sottolineare come i citati orientamenti giurisprudenziali discostanti non sono stati in grado di offrire argomenti logici o profili giuridici aventi il carattere della novità.

Un primo argomento è di ordine testuale: il comma 7° dell'art. 72 l.f., escludendo espressamente il potere di scioglimento del curatore in determinate specifiche ipotesi di contratto preliminare, fa desumere che la regola generale debba ritenersi in senso opposto. A tale tesi, si può, però, agevolmente replicare che il criterio ermeneutico indicato è ambiguo e non risolutivo: non vi sono elementi per ritenere che i casi citati dall'art. 72 l.f. siano l'eccezione ad una regola opposta o non piuttosto un'applicazione specifica della regola stessa.

Una seconda argomentazione, invece, si basa sull'affermazione ricorrente secondo cui la dichiarazione di fallimento cristallizzerebbe il patrimonio del debitore fallito rendendolo insensibile alle vicende giuridiche successive. Essa sarebbe, però, confutata dal rilievo che, al momento della dichiarazione di fallimento, è trascritta una domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare: ciò significa che nella sfera giuridica del fallimento è cristallizzata una pretesa giuridica del promissario acquirente. Difatti, non appare persuasiva l'affermazione secondo cui, in caso di fallimento, la sentenza ex art. 2932 c.c., non potrebbe essere pronunciata in quanto creerebbe l'effetto traslativo della proprietà, impedito dallo spossessamento del debitore. Sul punto, infatti, in una nota alla sentenza n. 18131/2015 si può leggere quanto segue: *“Tale affermazione dissimula una petizione di principio perché inverte le premesse con la conclusione: invero, prima occorrerebbe dimostrare che nessuna norma consente in caso di fallimento la pronuncia ex art. 2932 c.c., e poi dedurre che il patrimonio del fallito rimane integro. Va poi detto che l'argomento esibito presenta intrinseci profili di perplessità: semmai fosse valida la tesi, il fallimento determinerebbe una preclusione processuale, non l'infondatezza della domanda che trova nel valido preliminare stipulato tra le parti il suo fondamento”*.

- Sul punto si v. sempre G. Battaglia, nota alla sentenza della Corte di Cassazione n.18131/2015, in Riv. dir. Proc., novembre-dicembre 2016.

### **(3) La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18131 del 2015.**

La questione riproposta era la medesima fin qui esamina: “... *se il curatore possa o meno esercitare la facoltà concessagli dalla l. fall., art. 72, di sciogliersi dal contratto preliminare con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile a un terzo, anche nel caso in cui il terzo promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda ex art. 2932 c.c., volta ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito*”.

Ebbene, conscia de mutamento giurisprudenziale avvenuto con la sentenza del 2004, la Corte ha voluto riconfermare il medesimo innovativo principio: “*la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c., avvenuta prima della iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento del promittente venditore nel registro delle imprese, non impedisce al curatore di esercitare il potere di sciogliersi dal contratto preliminare accordatogli dall'art. 72 l.fall. Tuttavia, a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., lo scioglimento non è opponibile nei confronti del promissario acquirente che abbia proposto la domanda ex art. 2932 c.c., qualora quest'ultima venga accolta e la sentenza di accoglimento venga parimenti trascritta; di modo che il giudice può accogliere la domanda ex art. 2932 c.c. pur a fronte della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare, con una sentenza che, a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., se trascritta, retroagisce alla trascrizione della domanda stessa e sottrae, in modo opponibile al curatore, il bene alla massa attiva del fallimento*”.

Prima di giungere a tale massima, però, la Corte si è nuovamente cimentata in una lunga analisi della disciplina e degli articoli coinvolti.

In caso di fallimento del promittente venditore quando, anteriormente all'apertura della relativa procedura, il promissario compratore abbia proposto, a norma dell'art. 2932 c.c., la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita immobiliare, due sono le ipotesi prospettabili: (i) il promissario acquirente ha proposto, prima del fallimento, la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare a norma dell'art. 2932 c.c., ma non l'ha trascritta, ovvero l'ha trascritta, a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, ma successivamente al fallimento del promittente venditore; (ii) il promissario acquirente ha proposto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare a norma dell'art. 2932 c.c., e l'ha trascritta a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, prima del fallimento del promittente venditore.

Nel primo caso la soluzione non presenta particolari problemi: il curatore, anche se il giudizio è stato riassunto nei suoi confronti ex art. 43 l.f. - e fino a quando non si sia concluso con il passaggio in giudicato della relativa sentenza di accoglimento - può efficacemente avvalersi, in ogni momento, della facoltà di scelta accordatagli dall'art. 72 l.f.

Ne caso in cui il promissario acquirente abbia non solo proposto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, ma l'abbia anche trascritta prima del fallimento del promettente venditore, la questione diviene più complessa. Essa dà luogo a due problemi: da un lato, si tratta di stabilire se, sul piano sostanziale, il curatore conservi o meno il potere di dichiarare lo scioglimento del contratto preliminare; dall'altro (ove si risponda affermativamente al primo interrogativo), quali siano, in caso di scioglimento, gli effetti sulla domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.<sup>88</sup>.

Le Sezioni Unite del 2015, per esaminare tali quesiti, ripercorrono tutto l'iter giurisprudenziale susseguitosi negli anni.

Dapprima, dunque, analizzano nuovamente quello che era l'orientamento prevalente prima del *renvirement* del 2004, secondo il quale il curatore del fallimento del promettente venditore rimaneva titolare del potere di provocare lo scioglimento del contratto preliminare anche in caso di domanda ex 2932 c.c. trascritta precedentemente all'apertura della procedura.

La sentenza n. 12505/2004, come più volte ribadito, ha stravolto tale modo di pensare e ha consacrato il principio della prevalenza del regime di pubblicità immobiliare: qualora la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre venga legittimamente trascritta prima dell'apertura del fallimento, la sua eventuale fondatezza, pur se successiva, prevarrebbe sulla facoltà di scioglimento della curatela in virtù dell'effetto retroattivo della trascrizione della sentenza costitutiva al momento della trascrizione della domanda stessa.

A tale conclusione si era potuti pervenire in seguito all'introduzione della trascrizione della domanda diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2652 co. 1 n. 2 c.c.): il regime della trascrizione ha così consentito di prenotare gli effetti della trascrizione della relativa sentenza ex art. 2932 c.c., conferendo in sostanza al contratto preliminare lo stesso effetto, sia pure differito, del contratto definitivo. Più semplicemente, così facendo, il contratto preliminare trascritto veniva circondato da una serie di garanzie volte ad assicurare l'effetto traslativo *ex tunc* qualora fosse intervenuta la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.

Sull'esempio di quanto dettato in occasione della pronuncia in questione, la Cassazione del 2015 ha voluto porre la parola fine al dibattito giurisprudenziale e confermare tale orientamento innovativo.

Ha così sottolineato come la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda ex art. 2932 c.c., è necessaria unicamente per ottenerne l'effetto retroattivo nei confronti dei terzi. Nei rapporti tra attore e convenuto, infatti, la sentenza ex art. 2932 c.c. ha piena efficacia costitutiva anche senza la sua trascrizione, ma solo dalla data della sua emanazione.

È stato proprio per rafforzare la posizione del promissario acquirente che è stata introdotta nel sistema la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione

---

<sup>88</sup> M. Sandulli, *Il Fallimento*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano, dicembre 2015.

del contratto preliminare, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica, così che tali trascrizione potessero prevalere sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promettente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare stesso o della sentenza tenuta in suo luogo.

In sintesi, il legislatore è stato chiamato ad effettuare un bilanciamento di interessi configgenti, entrambi meritevoli di tutela: da una parte quello del promissario acquirente a vedersi prestare tutela processuale con il riconoscimento del suo diritto; dall'altra quello della massa dei creditori ad escludere, con l'esercizio della scelta da parte del curatore, che chiunque altro potesse contrastare l'assoggettamento del bene al concorso fallimentare.

Ebbene, il legislatore ha risolto il conflitto richiamando il fondamentale principio (di cui l'art. 45 l.f. è puntuale applicazione) secondo il quale la durata del processo non possa mai andare a danno di chi ha ragione (c.d. principio della ragionevole durata del processo). Ciò è stato reso possibile proprio dall'introduzione del meccanismo binario *trascrizione della domanda giudiziale - trascrizione della sentenza di accoglimento*: il curatore, nell'ipotesi di domanda di esecuzione in forma specifica proposta anteriormente alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore e riassunta nei confronti del curatore, mantiene senza dubbio la titolarità del potere di scioglimento dal contratto art. 72 l.f., ma - ed è questo il punto saliente - se la domanda è stata trascritta prima del fallimento, l'esercizio del diritto di scioglimento da parte del curatore non è opponibile, a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, nei confronti di quell'attore promissario acquirente vittorioso nel relativo giudizio, per effetto proprio del meccanismo delle trascrizioni.

Con ciò si vuole confermare che, la domanda ex art. 2932 c.c. trascritta prima della iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese, non impedisce al curatore di recedere dal contratto preliminare: gli impedisce, piuttosto, di recedere con effetti nei confronti del promissario acquirente che abbia proposto tale domanda. Tutto ciò, lo si ribadisce, se la sentenza viene accolta e trascritta a sua volta: è la trascrizione della sentenza di accoglimento che retroagisce alla trascrizione della relativa domanda giudiziale, confermandone la posizione prenotativa.

Diversamente, se la domanda trascritta non viene accolta, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda cessa, con la conseguente opponibilità all'attore della sentenza dichiarativa di fallimento. In tal modo, è resa efficace nei suoi confronti la scelta del curatore di sciogliersi dal rapporto. In merito, infatti, la pronuncia del 2015 così recita: *“Se la domanda ex art. 2932 c.c. trascritta dal promissario acquirente prima della dichiarazione di fallimento del promittente venditore non viene accolta, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda cessa, rendendo così opponibile all'attore la sentenza dichiarativa di fallimento del promittente venditore iscritta*

*nel registro delle imprese, e rendendo altresì efficace, nei suoi confronti, la scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare formulata sulla base dell'art. 72 l.fall".*

A conferma e chiusura di quanto detto finora, si evidenzia come le pronunce successive al 2015 siano state tutte concordi <sup>89</sup> nel ritenere ormai consolidata la disciplina di opponibilità al curatore della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. la cui relativa domanda sia stata trascritta in epoca anteriore all'apertura della procedura fallimentare. A tal fine si riportano due casi esemplificativi.

#### **(4) L'art. 173 co. 1 del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.**

Dapprima si richiama la recente pronuncia della Corte di Cassazione del 10 marzo 2016, n. 4734. La controversia riguardava un contratto preliminare inadempito per il perfezionamento del quale il promissario acquirente aveva agito in giudizio sperando il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo. In caso di sopravvenienza del fallimento del promittente venditore, i giudici hanno ricordato che, seppur *"il curatore può esercitare, nell'ambito del processo non ancora esaurito (sia nel giudizio di primo grado che in quello di appello), il potere di recedere dal contratto, a norma dell'art. 72 ult. comma l.fall."*, tuttavia, ove il promissario acquirente avesse correttamente provveduto a trascrivere la propria domanda giudiziale

---

<sup>89</sup> Una parte della dottrina, comunque, continua a ravvisare nell'interpretazione a cui è pervenuta la Corte una forzatura, laddove si pretenda di ricondurre nell'ambito di applicazione del n. 2 dell'art. 2652 c.c. l'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza dichiarativa di fallimento. La suddetta iscrizione - sottolineano tali interpreti - pare del tutto diversa rispetto alle iscrizioni di cui si occupa la norma, vale a dire quelle effettuate sull'immobile oggetto della domanda di trasferimento della proprietà contro il promittente venditore convenuto in giudizio.

Una seconda forzatura, poi, è indicata nel collegare l'inefficacia dell'iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento, ai sensi del n. 2 dell'art. 2652 c.c., con l'inefficacia nei confronti del promissario acquirente dell'esercizio da parte del curatore del potere di scioglimento del contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 l.f. Sotto questo profilo, si è sostenuto che, se si impedisce al curatore di sciogliere il contratto preliminare con effetti opponibili al promissario acquirente quando abbia proposto e trascritto la domanda ex art. 2932 c.c. prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese, si va al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2652, n. 2, c.c. e non si interpretano correttamente i principi che regolano gli effetti della trascrizione: il potere di scioglimento del contratto preliminare concesso al curatore dall'art. 72 l.f. non si inserisce, infatti, in alcun modo tra le regole dettate per dirimere il conflitto tra l'attore e i terzi titolari di trascrizioni e iscrizioni effettuate in pregiudizio del convenuto; e solo quest'ultimo dunque, e non anche il conflitto che dovesse nascere dall'esercizio di quel potere, può essere risolto applicando i principi propri dell'istituto.

Sulla base di tali considerazioni, pertanto, è stato sostenuto quanto si riporta *"Sebbene si comprenda la necessità di preservare il promissario acquirente attore, che risulti vittorioso nel giudizio ex art. 2932 c.c., dal pre- giudizio cui resta esposto per il tempo necessario per ottenere l'attuazione del suo diritto, e si condivide sotto questo profilo la scelta interpretativa delle Sezioni Unite, la decisione in commento non può andare esente da critiche in assenza di una disposizione normativa che contempra l'inefficacia dello scioglimento del contratto, provocato dal curatore ai sensi dell'art. 72 l.f., nei confronti del promissario acquirente che abbia agito ex art. 2932 c.c., trascritto la domanda prima della sentenza dichiarativa di fallimento e trascritto successivamente la sentenza costitutiva a lui favorevole"* - v. G. Battaglia, nota alla sentenza della Corte di Cassazione n.18131/2015, in *Riv. dir. Proc.*, novembre-dicembre 2016.

prima della iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese, “*il recesso esercitato dal curatore non vale ad impedire l'accoglimento della domanda proposta ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., ove sussistano i presupposti di legge, e la relativa sentenza è opponibile non solo al curatore, ma anche alla massa dei creditori, purché l'attore, dopo il suo passaggio in giudicato, abbia provveduto alla sua trascrizione*”<sup>90</sup>.

In secondo luogo, si cita la sentenza della Suprema Corte n. 26641 del recente 2018, la quale ribadisce l'inopponibilità al promissario acquirente che, prima del fallimento del promittente, abbia trascritto una domanda ex art. 2932 c.c., poi accolta.

Nella conclusione della Corte, i giudici di legittimità riconfermano quanto ormai è largamente condiviso: il curatore conserva il potere di sciogliersi dal contratto previsto dall'art. 72 l.f., ma l'esercizio di detto potere resta inopponibile nei confronti del promissario acquirente che abbia trascritto la domanda ex art. 2932 c.c. prima del fallimento, grazie all'effetto prenotativo contemplato dall'art. 2652 c.c., comma 1, n. 2), il cui meccanismo pubblicitario si articola in una duplice fase, quella iniziale (trascrizione della domanda) e quella finale (trascrizione della sentenza di accoglimento della domanda). Di conseguenza, il giudice può accogliere la domanda ex art. 2932 c.c. pure a fronte della scelta del curatore di recedere dal contratto, con una sentenza che, se trascritta, retroagisce alla trascrizione della domanda stessa e sottrae, in modo opponibile al curatore, il bene della massa attiva del fallimento<sup>91</sup>.

L'analisi di tutte queste pronunce giurisprudenziali si è resa necessaria al fine di comprendere la grande importanza che riveste il primo comma dell'art. 173 del nuovo Codice della Crisi: esso, infatti, costituisce il primo testo normativo in cui è espressamente consolidato il principio esaminato in questo paragrafo.

Il primo comma del suddetto articolo, infatti, recepisce *in toto* l'orientamento della Cassazione di cui alla Sentenza n. 18131 del 2015, così recitando: “*Il curatore può sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile, ma lo scioglimento non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta*”.

---

<sup>90</sup> M. Limone, *La trascrizione. La domanda giudiziale e il contratto preliminare nell'ipotesi di fallimento del promittente venditore*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 25 aprile 2017.

<sup>91</sup> G. Gabassi, *Corte di Cassazione (26641/2018) – Scioglimento da parte del curatore da un preliminare di vendita: inopponibilità al promissario acquirente, che abbia, prima del fallimento del promittente, trascritto una domanda ex art. 2932 c.c., poi accolta*, in [www.ilCaso.it](http://www.ilCaso.it), 8 gennaio 2019.

### 3.2.2 (Segue) La trascrizione: l'effetto costitutivo e il privilegio speciale ex art. 2775-bis.

Si è in precedenza anticipato che la trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645- bis c.c. introdotta con la riforma del 2006, oltre ad esplicare un effetto prenotativo in relazione a successivi atti di alienazione del bene oggetto del rapporto preliminare, in caso di susseguente apertura della liquidazione giudiziale produce, altresì, un effetto di natura costitutiva assai rilevante ai fini della tutela del promissario acquirente.

In caso di scioglimento del preliminare da parte della curatela, infatti, il promissario acquirente ha diritto (seppur senza alcun risarcimento del danno) ad insinuarsi nel passivo fallimentare per il credito corrispondente al prezzo già versato in occasione della stipula del preliminare: ebbene, tale credito è sopraelevato a rango di privilegiato ai sensi dell'art. 2775-bis, solo ed unicamente nel caso in cui il preliminare sia stato trascritto ex art. 2645-bis antecedentemente alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore<sup>92</sup>. Qualora ciò non si fosse verificato, invece, il promissario acquirente avrebbe comunque diritto a far valere il proprio credito nel passivo, ma questi - lo si è già precisato precedentemente - sarebbe trattato al pari di qualsiasi altro credito chirografario.

La possibilità di garantire il proprio credito con il privilegio di cui all'art. 2775-bis c.c.<sup>93</sup>, peraltro possibile solo a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente all'apertura della procedura fallimentare, è confermata, ad oggi, al secondo comma dell'art. 173 C.c.i.i., il quale recepisce totalmente il precedente comma settimo dell'art. 72 l.f. Esso, infatti, ribadisce che “ *In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile, il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e, gode, del privilegio di cui all'art. 2775-bis, del codice civile, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale*” (art. 173 co. 2 C.c.i.i.).

Si è anticipato che tale previsione normativa ricalca il comma settimo dell'art. 72 l.f, il quale a sua volta costituisce l'approdo di una serie di riforme normative.

---

<sup>92</sup> Sul punto, i giudici di merito non hanno mancato di osservare che il privilegio speciale immobiliare *de quo*, accordato ai crediti del promissario acquirente in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. ha come primo ed indefettibile presupposto la trascrizione del contratto preliminare, con la conseguenza che la prelazione non spetta qualora la trascrizione non abbia riguardato il contratto preliminare, ma la successiva domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica.

<sup>93</sup> Ai sensi dell'art. 2775-bis c.c.: “*Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi*”.

Infatti, è stato l'art. 3 del D.l. 31.12.1996, n. 669, convertito nella L. 28.2.1997, n. 30, ad inserire nel codice civile alcune nuove disposizioni allo scopo di apprestare maggiori tutele ai crediti del promissario acquirente di un bene immobile. La novità introdotta dal n. 1 del suddetto art. 3 è già stata oggetto di precedente trattazione, ma è opportuno ribadirla in questa sede: esso ha inserito, dopo l'art. 2645 c.c., l'art. 2645-*bis* c.c., il quale ha imposto l'obbligo della trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto taluno dei contratti indicati nei nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c., purché risultanti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata. Si ricorda, altresì, che l'articolo in questione ha limitato gli effetti della suddetta trascrizione alla durata di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo o comunque di tre anni dalla predetta trascrizione.

Il n. 4 dello stesso art. 3 ha aggiunto, invece, dopo l'art. 2775 c.c., la disposizione normativa che ai fini di questo paragrafo interessa maggiormente, vale a dire l'art. 2775-*bis* c.c.. Tale articolo ha accordato ai crediti del promissario acquirente, nascenti dall'insecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del preliminare medesimo, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in essere al momento in cui si verificano gli eventi che costituiscono la causa del credito<sup>94</sup>.

Giova, poi, ricordare il n. 6 del medesimo art. 3 della L. n. 30/1997, il quale ha aggiunto all'art. 72 l.f., allora vigente, un comma 5, attraverso il quale si è voluto coordinare la disciplina fallimentare con la nuova previsione codicistica ex art. 2775-*bis*: l'innovativo quinto comma dell'art. 72 l.f. ha infatti previsto che, in caso di fallimento del promittente venditore, i crediti del promissario acquirente che da esso derivino, debbano godere del privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempreché gli effetti della trascrizione non siano cessati anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Da ultimo, con le riforme del biennio 2006 - 2007, il suddetto comma 5 dell'art. 72 l.f., è divenuto il comma 7 del medesimo articolo ed oggi, a seguito dell'ultima riforma del 2019, è stato riportato nel comma 2 dell'art. 173 del Codice della crisi, già sopra menzionato.

Orbene, è proprio in materia di privilegio speciale immobiliare ex art. 2775-*bis* c.c., che soccorre il credito vantato dal promissario acquirente, che si assiste ad un altro importante *renvirement* della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Con la sentenza del primo ottobre 2009 n. 21045, la Suprema Corte ha, infatti, posto fine al precedente orientamento secondo il quale, il privilegio accordato al promissario acquirente di un

---

<sup>94</sup> AA.VV., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag. 819.

contratto preliminare trascritto, in caso di sua risoluzione, dovesse prevalere anche rispetto alle ipoteche precedentemente iscritte sullo stesso immobile.

L'assoluta prevalenza del privilegio speciale era stato sancito dalle stesse Sezioni Unite con la pronuncia n. 17197 del 2003, la quale aveva fatto leva sull'art. 2748 co. 2 del codice civile. Infatti, secondo tale disposizione codicistica, i creditori che vantano un privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari, *“se la legge non dispone diversamente”*.

A sua volta, l'art. 2775-bis – che, come detto, prevede, in caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto, la costituzione di un privilegio speciale a favore del promissario acquirente - puntualizza, al secondo comma, due ipotesi di inopponibilità del privilegio, stabilendo, dunque, alcune eccezioni al principio di cui al primo comma.

In particolare, la norma precisa che il privilegio non sia opponibile: (i) ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile; (ii) ai creditori garantiti da ipoteca a garanzia del credito edilizio, ex art. 2825 bis c.c.

Ebbene, sulla base di una lettura combinata dei due articoli sopra citati, i giudici di legittimità del 2003 avevano ritenuto che, in caso di fallimento del promittente venditore, dovesse operare il secondo comma dell'art. 2748 c.c. - prevalenza del privilegio immobiliare sulle ipoteche sia posteriori che anteriori - dal momento che l'eventuale apertura della procedura fallimentare non era eccezione contemplata né dal secondo comma dell'art. 2775-bis, né dalla legge fallimentare o da qualsivoglia altra disposizione normativa espressa.

La prevalenza del privilegio speciale rispetto alle ipoteche di cui all'art. 2748 c.c., comma 2, era da sempre spiegata con il fatto che il privilegio immobiliare di regola assiste crediti normalmente incidenti sul processo di produzione o valorizzazione di una cosa e, quindi, non può che essere anteposto all'ipoteca, la quale, invece, incide (negativamente) sul valore di scambio del bene gravato<sup>95</sup>.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2745 c.c. è la legge ad accordare ad un credito il privilegio, in considerazione della causa del credito medesimo; si sottolineava, quindi, come l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2748 c.c., ivi inclusa la prevalenza sulle ipoteche anteriori e posteriori, sarebbe stata diretta conseguenza della volontà del legislatore di configurare un vero e proprio privilegio speciale immobiliare anche in caso di contratto preliminare trascritto; ciò nonostante il fatto che la natura del credito de quo si discostasse da quella degli altri crediti privilegiati.

Una parte della dottrina, però, aveva fin da subito rilevato la necessità di leggere nell'ipotesi di credito concorsuale privilegiato una deroga al secondo comma dell'art. 2748 e ciò sulla base di una serie di argomentazioni.

---

<sup>95</sup> Tidona & Associati - Studio legale, *Fallimento del promittente venditore e conflitto del privilegio ex art. 2775 bis c.c. con l'ipoteca anteriormente iscritta*, in [www.tidona.com](http://www.tidona.com), 18 aprile 2013.

In primo luogo, secondo tale interpreti, l'efficacia temporale del privilegio doveva essere ricollegata con la trascrizione del preliminare, individuando un legame inscindibile tra privilegio e pubblicità immobiliare. Infatti, il privilegio non si collega ad un qualsiasi preliminare, bensì solo ed esclusivamente ad un preliminare trascritto in quanto risultante da atto pubblico o autenticato.

Da ciò si doveva, dunque, desumere il principio per il quale la trascrizione del contratto preliminare avesse funzione di vera e propria pubblicità costitutiva del privilegio e che, conseguentemente, quest'ultimo si dovesse realizzare solamente qualora l'effetto prenotativo fosse venuto in essere: ne sarebbe derivato, allora, che il conflitto tra esso e i diritti dei terzi non dovrebbe essere disciplinato dal 2748 comma 2, bensì dalla priorità della trascrizione.

In sintesi, se la legge richiede per la costituzione del privilegio la trascrizione, si è ragionevolmente ritenuto che abbia inteso affidare alla pubblicità immobiliare anche il ruolo di criterio per la soluzione dei diversi possibili conflitti tra il creditore privilegiato e i terzi titolari di posizioni incompatibili, le cui vicende siano soggette allo stesso regime pubblicitario. La trascrizione del preliminare, nel suo ruolo di segnalazione pubblicitaria del privilegio, andrebbe trattata alla stessa stregua di una iscrizione ipotecaria, con conseguente applicazione, per la soluzione dei conflitti, di regole analoghe a quelle dettate dagli artt. 2644 e 2852 c.c., ed in deroga all'art. 2748, comma 2, c.c. e basate sulla prevalenza della segnalazione pubblicitaria di data antecedente<sup>96</sup>.

Infine, la dottrina ha argomentato che, la ragione storica della prevalenza del privilegio sull'ipoteca è legata alla "causa" del credito: nel momento in cui, però, il legislatore ha collegato suddetto credito ad una convenzione liberamente trascrivibile, "*esso comincerebbe a mostrare forti somiglianze con l'ipoteca legale e nel contempo sminuirebbe il valore stesso della "causa". Quest'ultima, infatti, se avesse un valore assorbente e assoluto, dovrebbe comportare di per sé l'esistenza del privilegio anche in presenza di un preliminare non trascritto, mentre così non è*"<sup>97</sup>.

Da un punto di vista meramente pratico, inoltre, si è evidenziato come il principio di prevalenza del privilegio immobiliare, cui è assistito il credito del promissario acquirente, anche nei confronti delle ipoteche iscritte in epoca anteriore al preliminare, avrebbe legittimato comportamenti di natura fraudolenta.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi di voler sottrarre l'immobile alle garanzie ipotecarie: sulla base di suddetto principio sarebbe sufficiente stipulare un contratto preliminare e trascriverlo. A quel punto, in caso di risoluzione del contratto, il bene sarebbe stato destinato a garantire

---

<sup>96</sup> Dott. ssa. M. B. Cavallo, giudice civile e delle esecuzioni immobiliari presso il tribunale di Tempio Pausania, in *La trascrizione del contratto preliminare*, Olbia 18 aprile 2008.

<sup>97</sup> A. Luminoso, *Il privilegio speciale*, in *La compravendita*, settima edizione, Giappichelli, Milano 2011.

dapprima l'acquisto, sebbene simulato, del promissario acquirente, eludendo le garanzie portate dalle ipoteche iscritte anche anteriormente alla trascrizione del preliminare <sup>98</sup>.

Alla luce di queste considerazioni dottrinali, la Cassazione a Sezioni Unite del 2009 ha dunque capovolto il precedente orientamento.

In particolare, i giudici di legittimità hanno preso le mosse dalla constatazione che la clausola “*se la legge non dispone diversamente*”, contenuta nell'art. 2748 co. 2 c.c., non fa necessariamente riferimento ad una deroga contenuta in un esplicito precetto, bensì ad una deroga “*che può o deve essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso, attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dell'istituto in trattazione con l'intero sistema*”. Nel caso in questione, prosegue la Corte, “*un'espressa norma derogatoria al precetto stabilito dalla prima parte dell'articolo 2748, comma 2, non esiste, ma come si vedrà dall'intera analisi del quadro normativo disciplinante la materia, consente di affermare che i creditori muniti dello speciale privilegio di cui trattiamo non sono preferiti ai creditori muniti di ipoteca iscritta precedentemente al sorgere del privilegio stesso secondo una ricostruzione che, come si è detto, prescinde da una specifica ipotesi (disciplinata dall'articolo 2775-bis secondo comma c.c. in relazione all'articolo 2825-bis c.c.) del privilegio che assiste il credito per il finanziamento dell'intervento edilizio*”.

La Corte prosegue, poi, sostenendo che, assumendo il privilegio in questione caratteristiche diverse da tanti altri privilegi speciali immobiliari, la cui nascita non è collegata ad un adempimento pubblicitario avente efficacia costitutiva “*è avulso da una visione sistematica dell'istituto, fare una formalistica applicazione della regola del conflitto dettata dall'articolo 2748 c.c. co. 2 ed ammettere che qualunque genere di privilegio speciale immobiliare (compreso quello previsto a favore del promissario acquirente) prevalga sull'ipoteca benché antecedentemente trascritta*”.

Infatti, in tale ottica, affermare la prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare comporterebbe, per la Suprema Corte, un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il preliminare abbia o meno esecuzione: tali ipoteche, infatti in caso di stipulazione del definitivo sarebbero opponibili all'acquirente (in base al principio dell'anteriorità stabilito dall'art. 2644 c.c.), mentre in caso di inadempimento dell'obbligo di stipulare il definitivo o di scioglimento preventivo del medesimo, la regola applicabile sarebbe quella opposta di inopponibilità delle ipoteche trascritte.

Inoltre, la Cassazione compie un'altra semplice, seppur rilevante riflessione: nel momento in cui il promissario acquirente trascrive il preliminare, egli è ben conscio, grazie al regime della pubblicità

---

<sup>98</sup> D. Mammani e P. Pesando, *Il Privilegio speciale del promissario acquirente, Fine di un orientamento molto particolare.*

immobiliare, dell'ipoteca gravante sul bene immobile oggetto del contratto stesso, ma ciononostante, applicando meccanicamente il secondo dell'art. 2648 c.c., il creditore ipotecario vedrebbe il suo credito postergato in sede di eventuale riparto concorsuale.

È da tali considerazioni, dunque, che le Sezioni Unite, capovolgendo - lo si è detto - il precedente indirizzo, hanno concluso la pronuncia del 2009 in tal senso: *“il privilegio speciale sul bene immobile che assiste 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, dall'articolo 2748 c.c., comma 2 e soggiace agli ordinari principini tema di pubblicità degli atti”*. La Corte giunge alla suddetta conclusione sulla base dell'accertamento che il privilegio del credito derivante dal contratto preliminare sia di natura privata, assunto, questo, da leggersi congiuntamente al principio generale della prevalenza della trascrizione anteriore (*“prior in tempore potior in jure”*).

In tal modo, sempre secondo la Suprema Corte, il contratto preliminare e il privilegio da esso scaturente si andrebbero ad inserire armoniosamente nell'intero ordinamento, evitando sia un'ingiusta disparità di trattamento tra preliminare eseguito e preliminare risolto, sia quei possibili abusi che sono già stati commentati.

Riassumendo, è da tale pronuncia che, oggigiorno, nel caso in cui il curatore del fallimento del promittente venditore opti per lo scioglimento del preliminare, vale la disciplina secondo la quale il conseguente credito del promissario acquirente, benché assistito da privilegio speciale, debba essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto ai crediti correlati a quelle ipoteche gravanti sull'immobile stesso e trascritte in epoca anteriore al contratto preliminare.

L'innovativo principio stabilito con la pronuncia del 2009, alla luce del quale bisogna ora interpretare l'articolo 173 co. 2 C.c.i.i., è stato da ultimo confermato da talune recenti sentenze, rendendo ormai lo stesso un punto saldo della disciplina civilistica.

Tra le altre, giova ricordare, a titolo d'esempio, la sentenza della Cassazione n. 20974, del 27 novembre 2012, la cui conclusione, ispirandosi alla precedente massima delle Sezioni Unite del 2009, è di seguito riportata *“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 – dall'art. 2748 c.c. comma 2, e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli*

*atti (art. 2644 c.c.). Ciò comporta l'applicazione della regola del prior in tempore, potior in jure che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità, facendone conseguire che l'ipoteca iscritta prima della costituzione del privilegio debba su quest'ultimo prevalere".*

### **3.3 Diritti fondamentali e crisi d'impresa: l'immobile destinato ad uso abitativo.**

Fin a questo momento, il capitolo in questione, in tema di fallimento del promittente venditore, si è limitato ad analizzare le conseguenze derivanti dalla scelta del curatore tra subentro e scioglimento, quando il rapporto pendente coinvolto nella disciplina fallimentare è rappresentato da un ordinario contratto preliminare di compravendita trascritto o meno ai sensi dell'*art. 2645-bis c.c.*, avente ad oggetto un determinato bene immobile. È ormai noto che tale ipotesi, nel panorama del nuovo Codice della Crisi d'impresa, è disciplinata dai primi due commi dell'articolo 173 C.c.i.i., in recepimento del comma settimo dell'*art. 72 l.f.*

Ebbene, è opportuno sottolineare nuovamente, come la disciplina generale dettata da suddette norme sia applicabile quando il bene oggetto del preliminare sia costituito da un immobile già costruito e non destinato ad uso abitativo.

Infatti, si delineano altre due importanti fattispecie che, in ragione delle peculiarità ed esigenze a cui rispondono, sono soggette ad una specifica e diversificata disciplina.

Si tratta dei casi in cui (i) il contratto preliminare trascritto abbia ad oggetto un immobile destinato ad uso abitativo (o a sede principale dell'impresa) e (ii) l'immobile oggetto del negozio preliminare sia ancora in costruzione.

Si procede, in questa sede, all'analisi della prima fattispecie, mentre la trattazione della seconda è rimandata interamente al capitolo successivo, in quanto meritevole di uno studio più approfondito.

Qualora il contratto preliminare coinvolto nel fallimento del promittente venditore avesse ad oggetto la compravendita di un bene immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'attività d'impresa, l'ordinamento sottrae al curatore la facoltà di scelta tra subentro e scioglimento del medesimo, imponendo *ope legis* la sua continuazione nel rapporto contrattuale.

Tale specifica previsione, contenuta nel terzo comma dell'*art. 173 C.c.i.i.*, trova la sua origine nel il D.l.gs. 169/2007 (in particolare nell'*art. 4, n. 6, lett. c)*, il quale ha inserito, all'epoca, un comma ottavo all'*art. 72 l.f.*, introduttivo della deroga in questione<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> La scintilla dalla quale è scaturita l'eccezione in commento risale alla pronuncia delle Sezioni Unite del 22 dicembre 2005, n. 28480, grazie alla quale sono emersi i limiti cui soggiaceva la tutela giuridica concessa al promissario acquirente di un immobile. La relativa controversia, infatti, coinvolgeva un promissario acquirente di bene immobile da destinare ad abitazione e il fallimento del promittente venditore. Nella pendenza del processo instaurato dal promissario acquirente per ottenere una sentenza che determinasse il trasferimento della proprietà in luogo del contratto definitivo, il promittente venditore era stato dichiarato fallito. Parte attrice aveva riassunto il processo nei confronti del fallimento. Il curatore, costituitosi in

Tale eccezione, in particolare, consisteva, inizialmente, nella sola sottrazione del preliminare avente ad oggetto un immobile destinato ad uso abitativo dalla disciplina di cui al primo comma dell'art. 72 medesimo: “*Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado*”. L'estensione della regola derogatoria anche all'ipotesi di preliminare avente ad oggetto un immobile destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente *in bonis*, invece, è stata inserita successivamente, con il D.l. 83/2012.

Su quest'ultimo inciso si ritornerà in seguito, ora invece è opportuno soffermarsi sull'ipotesi principale dell'immobile destinato ad uso abitativo, evidenziandone la *ratio* e l'evoluzione giuridica.

Tale tipologia di contratto preliminare, come già accennato, pur qualificandosi a tutti gli effetti come contratto pendente ancora inseguito o non compiutamente eseguito da entrambi le parti, non è soggetto alla disciplina generale della sospensione automatica con scelta rimessa al curatore, bensì è per legge soggetto al subentro del curatore e in definitiva opponibile alla massa dei creditori.

Il preliminare, dunque, prosegue, ma affinché ciò sia possibile, due sono le condizioni da soddisfare: l'immobile deve essere già costruito (altrimenti troverebbe applicazione l'art. 174 C.c.i.i. - corrispondente all'attuale art. 72-bis l.f.) e deve essere stato trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis prima dell'apertura della liquidazione giudiziale (si delinea, così, un'altra fattispecie in cui l'istituto della trascrizione risulta necessario, perché senza di essa il contratto non sarebbe in ogni caso opponibile al curatore).

Inoltre, si sottolinea che per tale particolare fattispecie, il promissario acquirente debba necessariamente essere una persona fisica.

L'ordinamento ha inserito il preliminare di immobile destinato a costituire l'abitazione dell'acquirente *in bonis* (o di suoi parenti e affini) tra il novero dei contratti pendenti oggetto di una disciplina speciale - prevedendo, in tal caso, la necessaria continuazione - al fine di garantire una maggior tutela del promissario acquirente, stante l'oggetto stesso del preliminare in questione.

La norma, infatti, costituisce il punto di arrivo di una politica legislativa che, a cominciare dal 1996 fino al luglio del 2007, ha perseguito l'obiettivo di rafforzare la posizione del promissario

---

giudizio, aveva eccepito l'intervenuto scioglimento del contratto per esercizio della facoltà rimessagli dall'art. 72 l. fall. Il promissario acquirente aveva nondimeno insistito nella domanda, che il tribunale prima e la corte di appello poi, ritenuto l'avvenuto scioglimento del contratto, avevano respinto. Anche la Suprema Corte ha giudicato fondate le ragioni della curatela, senza considerare la situazioni di precarietà cui era costretto il promissario acquirente, stante la destinazione ad uso abitativo cui era rivolto l'immobile oggetto del preliminare controverso.

- In merito si v. F. Di Marzio, *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile*, in *Fallimento*, 2006, pag. 801.

acquirente in caso di fallimento del promittente venditore. Prima di una serie di interventi normativi finalizzati ad una sua maggior tutela, infatti, il promissario acquirente occupava una posizione particolarmente debole e precaria, in quanto esposto sia al rischio di perdere l'affare stipulato a causa dell'inadempimento dell'altra parte, sia, soprattutto, di perdere la somma molto spesso pagata in anticipo a titolo di acconto del prezzo <sup>100</sup>.

In quest'ottica, lo si ricorda, dapprima è stato emanato il D.l. 669/2006, introduttivo dell'art. 2645-bis c.c., in materia di trascrivibilità anche dei contratti preliminari nonché della disciplina relativa al riconoscimento per il credito vantato dal promissario acquirente di un privilegio speciale ex art. 2775-bis 125.

L'aggiunta del comma 8 all'art. 72 l.f., operata dal decreto correttivo del 2007, poi, ha completato le misure di rafforzamento del promissario acquirente, nell'ipotesi precipua di preliminare di compravendita di immobili destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti.

Con tale novità, in particolare, il decreto correttivo del 2007 ha voluto favorire l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, ai sensi dell'art. 47 Cost. A spiegazione di ciò, volendo procedere nella ricerca della *ratio* della deroga in esame dal generale principio della *par condicio creditorum*, si deve tenere presente che il coerente svolgimento di quest'ultimo principio richiede necessariamente che situazioni diverse siano trattate diversamente. Ebbene, essendo ben chiaro che la diversità è insita nella ragione del credito e nella qualità soggettiva del creditore <sup>101</sup>, si deve considerare che, in alcuni casi, l'interesse di taluni creditori non risiede nella prestazione per equivalente, bensì si sostanzia nel ricevere la specifica prestazione per la quale si erano vincolati attraverso la stipulazione del negozio contrattuale.

Caso emblematico è proprio quello del promissario acquirente di bene immobile destinato alla sua dimora. A tal soggetto, infatti, non importa di avere indietro il denaro eventualmente già versato al fallito, bensì di ricevere la precipua prestazione per la quale aveva stipulato il preliminare, ovvero acquisire la proprietà dell'immobile concordato. Questo individuale interesse è evidentemente in conflitto radicale con quello della massa dei creditori, appagato, invece, dalla conservazione dell'immobile nella massa attiva fallimentare per la sua successiva vendita forzata. Propendere, però, per la sospensione automatica del contratto preliminare e l'eventuale ammissione al passivo del corrispondente credito - seppur privilegiato - del promissario acquirente, costituisce una soluzione oltremodo insoddisfacente nel momento in cui il preliminare abbia ad oggetto un

---

<sup>100</sup> G. Schiano di Pepe, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato, appendice di aggiornamento* a cura di G. Schiano di Pepe, CEDAM, Padova 2008, pag. 49 ss.

<sup>101</sup> F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento, la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*; L. Panzani, *La riforma Fallimentare*, vo.l. 1 a cura di Fabrizio Di Marzio, Ipsoa, Milano 2007, pag. 64 ss.

immobile destinato a divenire abitazione principale dell'acquirente medesimo. Dal punto di vista economico, sociale ed esistenziale, infatti, è chiarissimo come per il promissario acquirente di un siffatto preliminare, il fallimento del promittente venditore si risolva nella perdita dell'acquisto dell'immobile e, dunque in un vero e proprio danno. Ciò è avvalorato dal fatto che la Costituzione incarica la Repubblica di tutelare il risparmio popolare al fine di salvaguardare i diritti fondamentali dei consociati, nella proiezione verso un'uguaglianza sociale dei cittadini che sia ragionevole e rafforzi il vincolo di appartenenza (art. 47 e 3 Cost). In tal senso, il comma secondo dell'art. 47 Costituzione parla proprio di "*tutela del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione*".

A tal fine, dunque, la disciplina fallimentare deve necessariamente essere coordinata con i principi costituzionali dell'ordinamento in questione, soprattutto se si considera che nella società odierna, stanziata e non nomade, la corsa all'accumulazione del risparmio sia rivolta proprio ad assicurarsi l'acquisto di una casa di abitazione.

La previsione di una disciplina specifica a maggior tutela del promissario acquirente di un immobile destinato a costituire la sua principale dimora, era altresì auspicata dall'ingiustificata disparità di trattamento che la legge fallimentare prevedeva a seconda che l'immobile fosse già costruito o meno. In quest'ultimo caso infatti, in attuazione del d.lgs. 122/2005, era stata prevista una normativa *a hoc* (art 72-bis l.f.) a tutela del promissario acquirente che vedeva fallirsi il costruttore, controparte del preliminare avente ad oggetto un immobile ancora in costruzione e destinato, nella maggioranza dei casi, proprio a costituire la futura abitazione dell'acquirente medesimo. Non si comprendeva, dunque, per quale motivo non dovesse ricevere una specifica protezione anche il promissario acquirente di un immobile, parimenti destinato a soddisfare esigenze primarie di natura abitative, sebbene già costruito e completato.

È in risposta a tutte queste esigenze che il decreto correttivo del 2007 ha introdotto l'ottavo comma all'art. 72 l.f.

Come anticipato inizialmente, la deroga era limitata alla sola ipotesi in cui il preliminare, purché trascritto, avesse ad oggetto un bene immobile destinato a costituire abitazione principale del promissario acquirente o di un suo parente o affine entro il terzo grado.

All'esigenza di coordinare la disciplina fallimentare con il principio costituzionale del diritto di abitazione, in ossequio al rispetto della tutela del risparmio popolare, nel 2012 il legislatore ha previsto un'ulteriore estensione, prevedendo la correlata esigenza di combinare la medesima disciplina concorsuale anche con il diritto all'iniziativa economica privata e al lavoro. Il D.l. 83 del 2012 - convertito nella legge n. 134 del 2012, recante "*Misure urgenti per la crescita del Paese*" - ha, dunque, esteso la disciplina speciale di cui all'ottavo comma anche al caso di contratto preliminare avente ad oggetto un immobile destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente.

Come appare evidente, tale estensione ha in comune con l'originaria deroga apportata dal D.l. 2007 la volontà del legislatore di rafforzare la tutela del promissario acquirente *in bonis*, permettendo la continuazione automatica del rapporto pendente; ma se ne discosta, naturalmente, per la ragione giustificatrice sottesa.

La prima, infatti, - come già sottolineato - soddisfa l'esigenza di favorire l'acquisto della casa destinata a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o di suoi stretti parenti o affini, tutelando a certe condizioni quest'ultimo contro il rischio che, per la sua debolezza contrattuale, egli perda, in caso di fallimento del promittente venditore, oltre la concreta possibilità di procurarsi un alloggio, anche quella di recuperare parte o tutto il prezzo spesso versato in anticipo.

La seconda, invece, in linea con l'obiettivo della crescita economica del Paese, cui mirano tutte le disposizioni del d.l. n. 83/2012 e della relativa legge di conversione, ha inteso agevolare la ripresa economica ed incentivarne lo sviluppo "sostenibile", spianando la strada alla creazione di nuove imprese o favorendo lo sviluppo ulteriore di quelle già esistenti. Tale obiettivo è stato perseguito, tra gli altri, proprio mediante la concessione di un privilegio che consenta a chi abbia deciso di intraprendere una nuova attività economica, o di espandere quella in corso, ed abbia a tal fine stipulato un contratto preliminare di acquisto di un immobile da destinare a sede principale dell'impresa, la possibilità di pretendere ed ottenere l'esecuzione del contratto preliminare e la stipulazione del contratto definitivo secondo le regole del diritto comune in deroga alla regola generale del c. 1 dell'art. 72 <sup>102</sup>.

In relazione alle caratteristiche che il preliminare deve possedere per godere dell'applicazione di tale disciplina speciale, si afferma che: (i) il contratto preliminare deve - anche in questo caso - essere stato trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. in data anteriore al fallimento del promittente venditore; (ii) l'immobile oggetto del negozio non deve essere destinato ad uso abitativo, bensì a sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente.

Se nessun dubbio sorge in applicazione del primo requisito da soddisfare (si rimanda, infatti, alla trattazione precedente), qualche perplessità interpretativa sorge in relazione al secondo.

Si è, infatti, discusso circa la troppo vaga e generica espressione adoperata dal legislatore: l'esclusione del solo immobile destinato ad uso abitativo potrebbe legittimare un'interpretazione estensiva della deroga, includendo non solo gli immobili destinati ad uso commerciale propriamente detto, ma anche quelli destinati all'esercizio di un'attività professionale. Si tratterebbe, però, secondo la dottrina maggioritaria, di un'interpretazione estensiva che il contesto in cui si colloca la

---

<sup>102</sup> AA.VV. *Preliminare di compravendita di immobile ad uso non abitativo destinato a sede principale dell'attività d'impresa*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag. 833 ss.

nuova disposizione non consente. La *ratio* della norma suggerisce, piuttosto, di limitarne l'ambito di applicazione ai preliminari di compravendita che abbiano per oggetto immobili destinati ad essere la sede delle sole attività indicate nell'art. 2195 c.c., e, forse, di quelle artigianali <sup>103</sup>. Sul punto, però, la questione non è ancora stata risolta.

Inoltre, per quanto concerne la limitazione dettata dall'inciso "*immobile ... destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente*", un punto controverso riguarda l'interpretazione del termine "*sede principale*": esso sembrerebbe da intendere, più propriamente, nel senso di "*sede effettiva*" dell'impresa e non già di quella statutaria se non coincidente con la prima.

Infine, in merito all'ambito di applicazione dell'eccezione in questione, la genericità della previsione, nonché le finalità economiche perseguite dal d.l. 83/2012, inducono a ritenere che il riferimento della norma non si limiti ad una attività nuova, ancora da iniziare e dunque bisognosa di una sede, bensì comprenda anche l'ipotesi di un'attività commerciale già in corso che voglia svilupparsi mediante la dotazione di una sede nuova, più idonea all'aumento delle dimensioni. E ciò in base alla consapevolezza che l'economia di un paese, infatti, cresce non soltanto con l'avvio di nuove imprese ma anche con l'aumento della produttività di quelle già esistenti.

Da ultimo, sembra opportuno esprimere un breve commento circa l'effettiva incidenza pratica apportata dall'eccezione in analisi.

Infatti, la nuova disposizione introdotta dal d.l. n. 83/2012, nonostante sia da considerare ammirevole per la sua volontà di spronare la crescita economica del Paese in un momento di drammatica crisi finanziaria, non manca di suscitare qualche perplessità.

Innanzitutto, da un punto di vista meramente pratico, tale previsione non sembra del tutto idonea ad adempiere al prefissato scopo economico atteso che gli imprenditori, al giorno d'oggi, dimostrano una scarsa propensione ad acquistare la proprietà dell'immobile da destinare a sede principale della loro impresa. Molto più spesso, infatti, gli essi si procurano la disponibilità dell'immobile mediante il ricorso a contratti di affitto o di *leasing* immobiliare, evitando eccessive immobilizzazioni e garantendosi una più vantaggiosa iscrizione a bilancio del costo supportato per l'utilizzo dell'immobile stesso.

In secondo luogo, la suddetta disciplina sembra scontrarsi con le altre norme di revisione della legge fallimentare, contenute nel medesimo D.l. n. 83/2012 e introdotte dal legislatore allo scopo di "*favorire la continuità aziendale*" delle imprese in stato di crisi.

Tutte le nuove disposizioni, infatti, mirano alla ricerca di soluzioni legislative o concordate che privilegino la conservazione e la continuità dell'attività d'impresa, e ciò sia che l'esercizio di questa resti all'imprenditore insolvente, sia che l'impresa passi sotto la guida di un altro soggetto. Orbene,

---

<sup>103</sup> v. nota 30.

se si considera che, per il raggiungimento di tale obiettivo è stata data prevalenza alla tutela degli interessi dei creditori concorsuali e di quelli generali della collettività a discapito dell'interesse dei terzi, è ben evidente come la disposizione dell'ultimo inciso del c. 8 dell'art. 72, si sia discostata da tale indirizzo. Esso, infatti, prevedendo la prosecuzione automatica del preliminare di acquisto di un immobile destinato a sede principale dell'impresa del promissario acquirente, ha privilegiato l'interesse del terzo promissario *in bonis*, a scapito dell'interesse della procedura, così ponendosi in una posizione di incoerenza sistematica.

Tale osservazione non può essere obiettata dall'assunto che la legge fallimentare aveva già riconosciuto analoga prevalenza agli interessi del promissario acquirente di immobile destinato ad uso abitativo e, ciò, sulla base del diverso valore sociale che riveste l'interesse della persona fisica all'acquisto della sua abitazione rispetto a quello dell'imprenditore di procurarsi un immobile da adibire a sede principale dell'attività commerciale: il primo è un interesse di rilevante valore etico-sociale avente per oggetto il soddisfacimento di un bisogno primario dell'uomo, quale quello dell'abitazione e, dunque, ben meritevole, di una tutela superiore a quella di cui godono gli interessi coinvolti in una procedura concorsuale. Viceversa, quello dell'imprenditore promissario acquirente di un immobile da destinare a sede principale dell'impresa è certamente meritevole di tutela nella misura in cui può agevolare la nascita o la crescita dell'organismo produttivo, ma non è certo meritevole di una tutela superiore a quella apprestata a favore delle imprese insolventi che lottano non per crescere, bensì per sopravvivere. E ciò, a maggior ragione, se si considera il fatto che l'imprenditore *in bonis* è in grado di soddisfare il bisogno di un immobile commerciale con strumenti giuridici meno impegnativi dell'acquisto della proprietà, quali quelli che ne assicurano il solo e sufficiente godimento.

In terzo ed ultimo luogo, dubbi e perplessità suscita anche la mancata previsione delle misure da adottare, a tutela degli interessi della procedura, nel caso in cui il promissario acquirente, dopo avere neutralizzato il potere del curatore di sciogliere il preliminare di acquisto con la dichiarazione della sua intenzione di destinare l'immobile a sede della propria impresa, non traduca poi nei fatti il suo dichiarato proposito e destini ad altro uso il diritto di proprietà ormai parte del suo patrimonio. Sul tema, la dottrina<sup>104</sup> recentemente si è occupata di simili ipotesi di abuso del diritto e dei rimedi contro la malafede dei contraenti nell'esercizio dei loro diritti, ricollegandovi, anche in campo fallimentare, i principi enunciati in tema di buona fede oggettiva e di correttezza nei rapporti contrattuali.

---

<sup>104</sup> AA.VV., *Del fallimento*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, IV ediz. 2017, pag. 901.

Al di là delle perplessità riportate, la previsione della continuazione *ex lege* del contratto preliminare avente ad oggetto un immobile destinato a sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente, nonché l'ipotesi originaria di immobile destinato ad abitazione principale del medesimo acquirente o di un suo stretto parente è stata confermata dal nuovo Codice della Crisi, il quale disciplina tale fattispecie al terzo comma dell'art. 173.

Tale disposizione, però, nel porre lo stesso principio secondo il quale questi contratti non si sciolgono, introduce due importanti condizioni affinché la disciplina speciale possa operare: il contratto preliminare di vendita trascritto ex art. 2645-*bis* c.c. non si scioglie se ha ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa del promissario acquirente *“sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale e il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione nel termine e secondo le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura”*. In sostanza, affinché tali contratti preliminari siano opponibili al curatore, è ulteriormente necessario che (i) gli effetti della trascrizione del contratto non siano cessati anteriormente alla data di apertura della procedura concorsuale; (ii) il promissario acquirente presenti domanda di esecuzione del contratto ex art. 2932 c.c., in sede di liquidazione giudiziale. In questo modo viene attribuita allo stesso promissario acquirente la scelta se dare esecuzione o meno al contratto preliminare che abbia le caratteristiche citate: solamente lui può chiederne l'esecuzione oppure non agire e permettere che il contratto venga sciolto, comportando, dunque, una completa esautorazione del curatore. Il Codice ha, così, configurato una situazione ben diversa da quella oggi vigente per effetto della l.f. 267/42: ex art. 72 co. 8 l.f., infatti, il curatore non poteva avvalersi della facoltà di scelta tra subentro e scioglimento, proseguendo *ope legis* il preliminare, ma allo stesso modo neanche il promissario acquirente aveva alcuna voce in capitolo, vincolando il preliminare entrambe le controparti contrattuali.

Riassumendo, quindi, dal momento in cui la riforma del 2019 entrerà in vigore, il promissario acquirente, qualora volesse optare per l'esecuzione del preliminare avente ad oggetto un immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'impresa, dovrà necessariamente formulare la domanda ex art. 2932 c.c. avanti al giudice delegato con le modalità previste in tema di accertamento del passivo. Così facendo, il curatore diventerà parte del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 2932 c.c. e, quindi, oltre a verificare che il preliminare presenti quelle caratteristiche che

giustificano l'applicazione della norma in esame, potrà sollevare tutte quelle eccezioni che in una ordinaria controversia ex art. 2932 c.c. potrebbero impedire la stipula del definitivo <sup>105</sup>.

Problemi, tuttavia sorgono ove il promissario acquirente rimanesse inerte perché la norma prevede che il contratto non si scioglie “*sempre che ..... il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione*”, sicché si dovrebbe ritenere che il medesimo debba sciogliersi ove questi non ne chieda l'esecuzione. A tal fine, però, nulla viene detto in relazione al un termine entro il quale il promissario acquirente debba prendere tale iniziativa e, come è noto, le insinuazioni al passivo possono essere fatte anche in via tardiva. In armonia con il sistema, si dovrà, però, propendere per la seguente interpretazione della norma: siccome il disposto prevede espressamente che il promissario acquirente debba proporre la domanda “*nel termine*” (e non “*nei termini*”) per la presentazione delle richieste di accertamento del passivo, è legittimo ritenere che costui può presentare la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto solo nel termine di trenta giorni prima dell'udienza di verifica, ossia solo in via tempestiva, con decadenza dalla possibilità di usufruire delle altre forme di insinuazione.

Ad ogni modo, questa possibilità offerta al promissario acquirente induce a ritenere che il curatore debba fare la comunicazione di cui all'art. 200 C.c.i.i.<sup>106</sup> (corrispondente al precedente art. 92 l.f.), anche ai promissari acquirenti di preliminari aventi le caratteristiche indicate dalla norma.

Sul punto si attendono, comunque, future formulazioni da parte di dottrina e giurisprudenza.

---

<sup>105</sup> Zucchetti Software giuridico S.r.l., *Il Curatore - compiti e funzioni*, in [www.fallco.it](http://www.fallco.it), ediz. 7, gennaio 2020, pag. 22.

<sup>106</sup> Ai sensi dell'art. 200 C.c.i.i.: “*1. Il curatore comunica senza indugio a coloro che, sulla base della documentazione in suo possesso o delle informazioni raccolte, risultano creditori o titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del debitore compresi nella liquidazione giudiziale, per mezzo della posta elettronica certificata, se l'indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, mediante lettera raccomandata indirizzata alla sede, alla residenza o al domicilio del destinatario: a) che possono partecipare al concorso trasmettendo la domanda con le modalità indicate nell'articolo 201, anche senza l'assistenza di un difensore; b) la data, l'ora e il luogo fissati per l'esame dello stato passivo e il termine entro cui vanno presentate le domande; c) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda e con l'avvertimento delle conseguenze di cui all'articolo 10, comma 3, nonché della sussistenza dell'onere previsto dall'articolo 201, comma 3, lettera e); d) il domicilio digitale assegnato alla procedura.*  
*2. Se il creditore ha sede o risiede all'estero, la comunicazione può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente”.*

## CAPITOLO 4 - IL CASO SPECIFICO: IL FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE

SOMMARIO: 4.1 La tutela accordata dal legislatore al promissario acquirente: il D.lgs. 122/2005 - 4.2. (Segue) Il contratto preliminare nel D.lgs. 122/2005 - 4.3 La tutela del promissario acquirente di immobile da costruire nella crisi d'impresa - 4.4. Preliminare di vendita di cosa futura.

### 4.1 La tutela accordata dal legislatore al promissario acquirente: il D.lgs. 122/2005.

Proseguendo nell'analisi degli interventi normativi messi in campo dal legislatore al fine di garantire una sempre maggior tutela alla figura del promissario acquirente di un bene immobile, non si può non soffermarsi su quello che è uno dei decreti più incisivi in tal senso: il D.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, recante *Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*.

Tale decreto, in attuazione della legge n. 210/2004, offre, infatti, una mirata tutela organica dei "diritti" dell'acquirente, limitata, però, ai soli immobili ancora da costruire o in corso di costruzione: esso, infatti, fa riferimento "ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore" del decreto.

Il D.lgs 122/2005 si colloca, pertanto, al centro di quella classe di interventi legislativi che, a partire dall'ormai noto D.l. 669 del 1996 (introduttivo della trascrivibilità del preliminare <sup>107</sup> e di un privilegio ex art. 2775-bis c.c. a garanzia del credito del promissario acquirente deluso), fino all'apice delle riforme del biennio 2006-2007, hanno concentrato la loro attenzione sulla tutela del soggetto contrattualmente più debole in un rapporto negoziale di compravendita di immobile, vale a dire il promissario acquirente.

Per questo motivo, l'analisi del suddetto decreto legislativo risulta fondamentale ai fini del presente elaborato: appare, infatti, evidente come una siffatta normativa in materia di tutela del promissario acquirente di immobili in costruzione venga ad intrecciarsi necessariamente con l'intera normativa

---

<sup>107</sup> A tal proposito, per consentire la trascrizione dei preliminari anche in caso di immobile ancora da costruire o in corso di costruzione, si è stabilito che il contratto debba indicare la superficie utile della porzione di edificio, nonché la quota millesimale del diritto spettante al promissario acquirente in rapporto all'intero immobile.

fallimentare <sup>108</sup>, ed in particolare con la disciplina relativa alle sorti dei contratti preliminari pendenti, nel momento in cui ad essere dichiarato fallito sia il promittente-costruttore.

E così, infatti, al recepimento del D.lgs. 122/2005, è stato fin da subito dedicato un intero articolo dalla disciplina fallimentare. Ad onor del vero, è il medesimo decreto, all'art. 11, ad aver previsto l'introduzione nella precedente legge fallimentare del 1942 di una vera e propria disposizione *ad hoc* - l'art. 72-bis - in deroga alla disciplina generale dettata per i contratti pendenti ex art. 72 l.f., e in attuazione del decreto medesimo. L'art. 11, infatti, ha disposto che: “*Dopo l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è inserito il seguente: “72-bis. (Contratti relativi ad immobili da costruire)”*”.

Oggi giorno, in seguito alla riforma accordata dal D.l. 14/2019, benché ancora in attesa di dispiegare i propri effetti, la specifica disciplina è stata traslata nell'art. 174 del nuovo Codice della Crisi d'impresa: quest'ultimo non apporta alcuna modifica al vigente testo di cui all'art. 72-bis, seppur comunque adottando le opportune modifiche ed integrazioni che il D.lgs. 122/2005 ha subito in conseguenza della stagione delle riforme 2017-2019.

Circa l'evoluzione, nonché il contenuto, della disciplina fallimentare correlata alla tutela accordata al promissario acquirente dall'intervento legislativo del 2005 si tratterà analiticamente nel successivo paragrafo.

Ora, invece, prima di procedere all'analisi dell'ultima ipotesi rimasta da affrontare nel percorso intrapreso in questo elaborato, ovvero il caso peculiare di fallimento del promittente costruttore - fulcro di questo quarto capitolo - è opportuno soffermarsi su un'indagine esaustiva proprio del D.lgs. 122/2005, vagliandone ambito di applicazione e istituti giuridici introdotti proprio ai fini di una maggior tutela del promissario acquirente disilluso.

In particolare, l'analisi verrà condotta articolo per articolo, cogliendo quelle che sono le nozioni e gli strumenti essenziali apportati dal decreto.

### **I soggetti: l'acquirente e il costruttore.**

Emblematico, a riguardo, è il primo articolo del decreto, dedicato interamente alle definizioni e, dunque, delimitante l'ambito di applicazione delle norme in esso contenute.

---

<sup>108</sup> Sono principalmente tre le esigenze di tutela che possono in astratto prospettarsi in caso di fallimento del costruttore: (I) una tutela per così dire reale o acquisitiva, che mira a consentire il compimento del programma contrattuale con l'acquisto della proprietà da parte del promissario; (II) una tutela obbligatoria o recuperatoria o restitutoria che salvaguardi quest'ultimo (almeno) dal rischio di perdere le somme versate in anticipo e che costituiscono una forma di finanziamento dell'attività d'impresa; (III) una tutela che potremmo chiamare conservativa, per l'ipotesi in cui il programma contrattuale si sia realizzato in epoca prefallimentare ed il rischio sia quello dell'assoggettabilità dell'acquisto pur intervenuto all'azione revocatoria fallimentare, con la conseguente perdita del bene da parte dell'acquirente - sul punto si veda F. P. Toffolo, *La tutela dell'acquirente di immobili: problematiche fallimentari*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 20 dicembre 2007.

Tale disposizione, infatti, regola tanto i requisiti soggettivi che oggettivi necessari ai fini dell'ammissione alla specifica tutela prevista nel testo normativo. Inoltre disciplina quelle che sono le c.d. situazioni patologiche, ovvero di dissesto, nelle quali può trovarsi il promittente costruttore durante lo svolgimento del rapporto negoziale e dunque le operazioni economiche alle quali si dirige il previsto apparato di rimedi.

Procedendo con ordine nell'analisi dell'art. 1, le prime due lettere del medesimo identificano i soggetti coinvolti nella disciplina dettata dal D.lgs. 122/2005, in completa attuazione delle previsioni adottate dalla legge delega del 2004.

In particolare, la lett. a) definisce "acquirente" la *"persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su un immobile da costruire"*; nonché *"colui il quale ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su un immobile da costruire per iniziativa della stessa"*.

Dal tenore letterale della disposizione, si evince come la nozione di "acquirente" presa in considerazione in tale sede, non coincida con quella di "consumatore" dettata dal coetaneo Codice del consumo<sup>109</sup> di matrice europea (D.lgs. 06/09/2005 n. 206).

Ai sensi della l. 210/2004, infatti, è "acquirente" *"qualsiasi persona fisica che negozi con un costruttore l'acquisto di un immobile da costruire o in corso di costruzione, sia nel caso in cui agisca per scopi estranei alla sua attività professionale, sia che contratti in veste di professionista o di imprenditore"*<sup>110</sup>.

Inoltre, per espressa previsione normativa, la nozione di "acquirente" prevista dalla legge delega 210/2004 comprende il non socio di una cooperativa edilizia purché abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima in vista dell'acquisto della proprietà o di un diritto reale di godimento su un immobile da costruire per iniziativa della stessa e, a maggior ragione, seppur non espressamente menzionato, il socio della cooperativa.

---

<sup>109</sup> Ex art. 7 della legge delega del 29 luglio del 2003 n. 229, per consumatore si intende *"la persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"*.

<sup>110</sup> Non manca comunque interpretazioni dottrinali contrarie: a favore della coincidenza della nozione di acquirente di immobili da costruire con quella di consumatore è sottolineata, ad esempio, la circostanza che la legge delega fa riferimento al concetto di imprenditore solo nella definizione di costruttore e non anche in quella di acquirente.

*Sul punto v. Costola, Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (Prima parte), SI, 2004, pag. 1489 ss.*

Altresi, il decreto include esplicitamente tanto l'acquisto destinato a prodursi in capo all'acquirente che quello rivolto ad un suo parente di primo grado (quindi figlio o genitore): il legislatore ha voluto così estendere l'ambito di applicazione della disciplina in esame ai casi più diffusi nella pratica degli acquisti immobiliari compiuti dai genitori a favore dei figli <sup>111</sup>. Ciò significa che, verosimilmente, il parente in primo grado, qualora nominato prima della stipulazione definitiva, potrà avvalersi di tutte le tutele previste per l'acquirente fin dal momento iniziale del rapporto con il costruttore e, quindi, anche della fideiussione (Art. 3 D.lgs. 122/2005). Inoltre, egli potrà ugualmente beneficiare della garanzia indennitaria decennale (art. 4 D.lgs. 122/2005) e degli altri strumenti protettivi introdotti, anche qualora venisse nominato in sede di stipulazione del definitivo, pur acquistando un immobile ormai completato e non più "in costruzione": il legislatore ha, così, creato un nesso di continuità nell'intera operazione negoziale.

A contrario, non sembra potersi estendere tale concessione al terzo nominato, persona fisica, non parente in primo grado dell'acquirente. In tal caso sarà necessario distinguere a seconda che la nomina avvenga prima o dopo la stipulazione definitiva: nel primo caso, il terzo nominato subentra nella posizione dell'originario acquirente di un preliminare avente ad oggetto un immobile ancora da costruire e dunque potrà invocare l'applicazione della disciplina protettiva prevista dal legislatore del 2005; diversamente, nel secondo caso, assumendo la posizione di parte in un contratto definitivo di acquisto immediato di un immobile "già costruito", non potrà avvalersi dei rimedi di nuova introduzione. Ciò proprio perché privo di quei vincoli di parentela che il legislatore ha assunto come necessari per la conservazione della maggior tutela.

Infine, si rende necessario sottolineare, in relazione sempre alla nozione di "acquirente", che quest'ultima fa espresso richiamo alle sole persone fisiche, escludendo implicitamente dalla normativa del 2005 le associazioni, le società e tutti gli enti collettivi in generale.

La lett. b) dell'art. 1 del D.lgs. 122/2005, invece, limita l'ambito di applicazione della disciplina in esso contenuta ai soli casi in cui l'acquirente contratta con un costruttore.

---

<sup>111</sup> Generalmente si ricorre all'istituto del contratto per persona da nominare (art. 1401 e ss. c.c.) e del contratto a favore di terzi (art. 1411 e ss. cc.), entrambi considerate tecniche negoziali rientranti nella disciplina prevista dal D.lgs. 122/2005. In particolare, quest'ultimo, accordando una posizione privilegiata al contratto preliminare, prevede che l'eventuale clausola di riserva di nomina in esso inserita possa assumere molteplici configurazioni giuridiche. Più precisamente, come ha spesso ribadito la Corte di Cassazione, la clausola con la quale il promissario acquirente acquista per sé o per persona da nominare può comportare la configurabilità sia di una cessione del contratto ex art. 1406 ss. cc. - con il preventivo consenso del contraente ceduto - sia di un contratto a favore di terzi, sia di un contratto per persona da nominare, potendo la clausola, in quest'ultima ipotesi, essere riferita allo stesso preliminare o al contratto definitivo. Ed è quest'ultima la prassi generalmente seguita, in cui i genitori trattano, quindi, direttamente con il venditore, pagando l'intero prezzo e facendo per assegnare l'immobile in capo ai figli.

- Sul punto v. A. Re e G. Scaliti, *L'ambito soggettivo e oggettivo della nuova disciplina*, in *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire: D.lgs del 20 giugno 2005 n. 122*, Utet giuridica, 2006, Capitolo 2, pag. 15.

Ebbene, sulla base di quanto disposto dall'art. 2, lett. b) della legge delega del 2004, per "costruttore" si intende *"l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing che abbia o possa avere per oggetto la cessione o il trasferimento non immediato a favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi"*.

Da tale disposizione normativa si ricava come la controparte contrattuale dell'acquirente, debba necessariamente essere un soggetto che assuma un rilevante impegno edificatorio, vale a dire un'obbligazione di costruire o far costruire un determinato bene immobile.

La definizione di costruttore, in particolare, si incentra sulle qualità professionali che il soggetto deve possedere per potersi considerare tale. A tal riguardo, egli deve essere corrispondere alla nozione di imprenditore dettata dal codice civile ai sensi dell'art. 2082 (*"persona fisica o giuridica che esercita professionalmente un'attività economica organizzare al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi"*) o deve essere una cooperativa edilizia. Si sottolinea come solo in questa seconda ipotesi il legislatore del 2005 impone un limite di natura settoriale, richiedendo che la cooperativa operi nel campo edilizio, mentre nessuna limitazione è prevista per quanto attiene agli imprenditori diversi dalle cooperative.

Da ciò si ricava come "costruttore" ai sensi del D.lgs. 122/2005 non sia solamente l'imprenditore che operi in via esclusiva o principale nel settore della costruzione di immobili - rispetto al quale il contratto stipulato con l'acquirente si collocherebbe nell'ambito dell'esercizio della propria attività d'impresa - ma altresì l'imprenditore che operi, esclusivamente o prevalentemente, in altri settori e che in via del tutto occasionale effettui un'operazione di natura immobiliare. Sulla base di tale argomentazione, sarebbe da escludere dal campo di applicazione della disciplina in esame il privato costruttore, non imprenditore, che compia sporadicamente una siffatta operazione edificatoria, in quanto non soddisfacente i requisiti della professionalità previsti dalla medesima. Ciò, evidentemente a meno che l'operazione immobiliare intrapresa non sia tale da far assumere allo stesso costruttore privato le vesti di vero e proprio imprenditore <sup>112</sup>.

Per quanto attiene, infine, alle modalità di costruzione del bene, si evidenzia come la disciplina detta dal legislatore nel 2005 comprenda tanto l'ipotesi di esecuzione diretta del bene da parte del costruttore, che quella affidata in appalto o comunque eseguita da terzi. In entrambi i casi, però è

---

<sup>112</sup> A. Re e G. Scaliti, *L'ambito soggettivo e oggettivo della nuova disciplina*, in *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire: D.lgs del 20 giugno 2005 n. 122*", Utet giuridica, 2006, Capitolo 2, pag. 17.

evidente che gravano sull'imprenditore stesso, in quanto costruttore, gli specifici obblighi posti a suo carico dalla normativa in esame.

### **L'oggetto: l'immobile da costruire.**

L'oggetto in merito al quale trova applicazione la normativa dettata dal decreto del 2005 è disciplinato dall'art. 1 lett. d) del medesimo: deve trattarsi di beni immobili da costruire. In particolare, con tale perifrasi si deve intendere gli immobili *“per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità”*.

Il primo requisito necessario previsto dal legislatore è dunque quello della potenziale regolarità urbanistica dell'immobile, assicurata dalla sussistenza, al momento della stipulazione del contratto, della richiesta (e non anche dell'effettivo rilascio) del permesso di costruire o di altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione (come si desume dall'art. 6 co. 1 *lett. i* dello stesso Decreto), che deve oltretutto essere menzionato nel documento contrattuale.

Qualora non fosse soddisfatto tale requisito, l'acquirente non potrà avvalersi né delle garanzie previste nel decreto, né tanto meno degli strumenti di tutela da esso offerti <sup>113</sup>.

A tal fine si sottolinea come non siano considerati idonei ad abilitare l'esecuzione della costruzione eventuali convenzioni urbanistiche o semplici predisposizioni del progetto di costruzione non ancora presentato per l'approvazione agli uffici comunali competenti. Da ciò consegue che non rientrano nell'ambito della disciplina in esame le c.d. contrattazioni “sulla carta” di immobili da costruire o in corso di costruzione per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o la denuncia di inizio attività.

L'esclusione dalla disciplina del D.lgs. 122/2005 degli acquirenti di immobili da costruire “irregolari”, pur rappresentando i casi forse più pericolosi per gli acquirenti, è coerente con l'impegno, assunto da tempo dal legislatore, di voler combattere il fenomeno dell'abusivismo edilizio, e ciò anche con strumenti di natura privatistica.

Essendo, però, sufficiente, ai fini dell'applicazione della disciplina del D.lgs. 122/2005, che il permesso di costruire sia stato semplicemente richiesto e non anche rilasciato al momento della conclusione del contratto, pare condivisibile l'interpretazione secondo la quale la tutela

---

<sup>113</sup> La definizione adottata dal legislatore è qui diversa da quella prevista dall'art. 2645-*bis* per la trascrizione del preliminare, la quale fa riferimento all'avvenuta esecuzione del rustico - comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità - e della copertura. Il motivo è evidente: nel caso della trascrizione si intende anticipare il momento della tutela, considerando esistente un edificio completato soltanto nelle sue parti essenziali; nel caso invece della fideiussione si intende assicurare la copertura della garanzia a tutti gli obblighi assunti dal costruttore in ordine alla finitura dell'immobile - v. L. Panzani, *I fallimenti immobiliari*, in *Fallimento*, 2006, pag. 253.

sussisterebbe anche nel caso in cui l'edificio venisse realizzato in totale difformità dal progetto presentato a corredo della richiesta di permesso di costruire. In tal modo, la protezione predisposta a favore degli acquirenti risulterebbe quanto mai opportuna, data la nullità a cui andrebbe incontro l'atto di acquisto dell'immobile. Infatti, in virtù dell'art. 46 del TU in materia di edilizia (D.p.r. 380 del 2011), l'ordinamento italiano sancisce l'invalidità e l'incommerciabilità degli immobili c.d. "abusivi", ovvero costruiti in spregio alle prescrizioni urbanistiche previste dalla legge. La sanzione della nullità sarebbe però, secondo la giurisprudenza maggioritaria, limitata ai soli contratti ad effetti reali: viene, dunque, escluso il contratto preliminare. Quest'ultimo anche se avente ad oggetto la costruzione di un immobile abusivo avrebbe piena efficacia tra le parti, ma ne sarebbe impedita l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. e il relativo definitivo sarebbe colpito comunque da invalidità. In ragione, però, dell'esclusione del preliminare dalla disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 46 TU 380/2011, una parte della dottrina ha ritenuto che la previsione del D.lgs. 122/2005, richiedendo l'indicazione della richiesta del permesso di costruire anche ai contratti preliminari stessi ex art. 6 lett. i), abbia in quale modo modificato la disciplina edilizia in auge e aggiunto una nuova ipotesi di nullità e incommerciabilità. Tale nuova previsione di invalidità avrebbe ad oggetto proprio i preliminari di edifici da costruire non corredati da regolare titolo abilitativo all'edificazione.

In realtà, una siffatta interpretazione muove le fila da un'errata valutazione delle finalità a cui è diretto il decreto del 2005. Quest'ultimo, infatti, non ha come scopo principale quello di prevenire e scoraggiare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, bensì quello di "assicurare un'equa e adeguata tutela dei diritti dell'acquirente" e in questa direzione si muovono tutte le disposizioni in esso contenute. Conseguentemente, si esclude la volontarietà di attribuire alla normativa in questione un effetto innovativo e dirompente, incidente sul TU del 2011. Eventualmente, in maniera più condivisibile, riguardo alle disposizioni in esame si può solo parlare di un "effetto puramente indiretto" volto ad assicurare una più esplicita presa di posizione al fine di contrastare fenomeni di abusivismo edilizio, stimolando in tal modo anche la responsabilizzazione dell'acquirente <sup>114</sup>.

Spostando l'attenzione sulla consistenza materiale che deve avere il bene immobile per la sua ammissione alla disciplina qui trattata, è opportuno evidenziare come la lett. d) del primo articolo del decreto non considera "da costruire" solo gli immobili ancora interamente da edificare, ma anche quelli in corso di costruzione e non ancora ultimati, purché versino in uno stato tale "da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità" <sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Rizzi, *Decreto legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, in *Studi e materiali*, 2005, Capitolo 2, pag. 1033.

<sup>115</sup> Si deve notare che la norma comporta la necessità di differenziare in modo netto il campo di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 72 (che si riferisce agli immobili ad uso abitativo) da quello dell'art. 72- bis (che

L'intervallo di tempo preso in considerazione dal D.lgs. 122/2015 è, dunque, quello che va dal momento in cui è stata fatta richiesta del titolo abilitativo alla costruzione e il momento di completamento dei lavori, comprese le rifiniture e gli accessori, considerati dall'art. 25 del TU in materia edilizia indispensabili ai fini del rilascio del certificato di agibilità. Inoltre, è proprio all'ultimazione dell'immobile che è collegata la garanzia indennitaria decennale prevista dall'art. 4 del decreto 122/2005 e sulla quale si tornerà in seguito.

Diversamente, invece, la normativa non può riferirsi anche all'acquisto della proprietà del bene, la quale segna, per giunta, la cessazione degli effetti della fideiussione imposta al costruttore: il passaggio della proprietà è infatti evento esterno alla normativa in esame, che avviene o nel momento della stipula del contratto definitivo, successiva necessariamente al completamento dell'immobile, qualora si fosse ricorsi allo schema negoziale del preliminare-definitivo, oppure in caso di stipula immediata di un contratto definitivo ad effetti reali, nel momento in cui il bene sia venuta ad esistenza (e quindi ultimato) in conformità con la disciplina codicistica che regola ex art.1472 c.c. il contratto di compravendita di bene futuro.

Dubbi sorgono, poi, circa la possibilità di far rientrare nell'ambito di applicazione del decreto 122/2005 anche un immobile da ristrutturare o in corso di ristrutturazione.

Dall'analisi dei lavori preparatori si evince, però, l'intento del legislatore di limitare l'applicazione del decreto ai soli interventi di ristrutturazione consistenti nella demolizione ricostruzione di un edificio preesistente. Solo rispetto ad essi, infatti, sorgono le medesime esigenze di tutela dell'acquirente di un immobile da costruire *ex novo*.

In realtà la previsione è ulteriormente da interpretare nel senso che esigenze assimilabili emergono *ogniquale volta la ristrutturazione di un edificio, pur non essendo profondamente radicale, comporti interventi urbanistici complessi, volti ad una vera e propria trasformazione dell'immobile*<sup>116</sup>. Si tratta, più da vicino, delle ristrutturazioni previste nel combinato disposto degli articoli 3, comma 1, lett. d) e articolo 10, comma 1, lett. c) del D.p.r. 380/2011 rivolte a *“trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente e che comportino aumento di unità, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici”*. La citata estensione interpretativa è avvalorata oltretutto

---

fa riferimento agli immobili da costruire), anche alla luce del fatto che la realizzazione del programma contrattuale è pressoché impossibile per una procedura concorsuale in relazione ad immobili che non siano già ultimati. In sostanza, per gli immobili da costruire vale quanto disposto dall'art. 72- bis, per quelli già ultimati vale quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 72 l.f.. Il discrimine può ritenersi dato dalla sussistenza dei presupposti per il rilascio del certificato di agibilità, secondo il limite oggettivo-temporale offerto dal decreto legislativo n. 122 del 2005, di cui l'art. 72- bis l.f. è espressione - v. F. P. Toffolo, *La tutela dell'acquirente di immobili: problematiche fallimentari*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 20 dicembre 2007.

<sup>116</sup> A. Re e G. Scaliti, *L'ambito soggettivo e oggettivo della nuova disciplina*, in *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire: D.lgs del 20 giugno 2005 n. 122*”, Utet giuridica, 2006, Capitolo 2, pag 22.

dall'espressa previsione del D.lgs. 122/2005 di assoggettare alla disciplina speciale anche gli immobili in corso di ristrutturazione, i quali pur se parzialmente già realizzati, sono ancora privi delle caratteristiche concordate dalle parti nel programma contrattuale. Non mancano comunque orientamenti più restrittivi <sup>117</sup>.

In riferimento, infine, alla destinazione d'uso dell'immobile da costruire, l'art 1 lett. d) del D.lgs. 122/2005 non pone limiti: da ciò deriva che l'immobile può essere adibito a qualsiasi topologia negoziabile. Vi rientrano, pertanto, sia gli edifici destinati ad uso abitativo, comprese le seconde abitazioni, che quelli adibiti a qualsiasi altra attività industriale, commerciale, professionale e via dicendo.

Alla sola destinazione di abitazione dell'immobile ad uso proprio o di un genitore o figlio, si riferisce, però, la previsione contenuta nell'articolo 9 del decreto relativa al diritto di prelazione. Un'ulteriore restrizione è individuata, infine, dall'art. 10 del medesimo atto normativo: questi, infatti, limita l'esenzione della revocatoria fallimentare degli atti a titolo oneroso relativi ad immobili da costruire alla sola ipotesi di immobili destinati ad abitazione propria o di un parente o affine entro il terzo grado.

Da ultimo, si sottolinea come, essendo previsto in capo al costruttore l'assunzione di un impegno edificatorio volto alla costruzione di un immobile avente le caratteristiche pattuite e non ancora esistenti al momento della formazione del programma contrattuale, debba essere escluso dall'ambito della normativa in esame, un immobile in corso di costruzione o di ristrutturazione non ancora ultimato che venga dedotto in un contratto nello stato in cui si trova, senza la previsione di obblighi di completamento da parte del costruttore; e ciò anche nel caso in cui questi goda delle caratteristiche materiali indicate dal legislatore.

### **Presupposto contrattuale: le fattispecie giuridiche soggette alla normativa.**

In relazione alle fattispecie giuridiche coinvolte dal D.lgs. 122/2005, il legislatore conscio della varietà di strumenti giuridici adoperati nella prassi di settore, evita di fornire alcuna tipizzazione e preferisce avvalersi della generica tecnica del "gruppo di contratti" o della "operazioni economica". Dal combinato disposto dei primi due articoli, i quali rispettivamente parlando di "*contratti che abbiano o possano avere come effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento*" (art. 1) e "*contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà e gli atti aventi le medesime finalità*" (art. 2), si evince

---

<sup>117</sup> In dottrina si cita a titolo esemplificativo Ticozzi, *Applicabilità della disciplina*, in *La tutela agli acquirenti d'immobili da costruire*, Sicchiero, Padova, 2005, pag. 120 ss.

la possibilità di far rientrare, nella disciplina in esame, tutte le operazioni economico-giuridiche relative ad immobili da costruire che si adoperano nella pratica degli affari immobiliari. Tali operazioni, in particolare, possono consistere sia nel ricorso a contrattazioni tipiche (contratto di compravendita, di permuta etc.) sia nell'impiego di figure atipiche, spesso caratterizzate dalla combinazione di elementi dei contratti tipici (c.d. contratti misti), sia infine nel ricorso alla tecnica del collegamento negoziale, al quale le parti affidano la realizzazione dei propri interessi, sulla base di una serie concatenata di accordi da stipulare.

Volendo riassumere, la normativa in commento trova applicazione solo in caso di i) *contratti ad effetti obbligatori nonché contratti ad effetti reali "differiti" che comunque non comportino l'immediato trasferimento della proprietà* (es. preliminare di vendita; vendita di fabbricato da costruire; vendita di fabbricato da costruire di proprietà di terzi ex art. 1478 c.c.; compravendita con riserva di proprietà ex articolo 1523 e segg. c.c.; compravendita soggetta a condizione sospensiva; compravendita con previsione di termini); ii) *contratti che abbiano comunque la finalità di far acquisire all'acquirente la proprietà di un fabbricato da costruire* (esempio emblematico è qui il contratto di permuta di area edificabile con una o più unità immobiliari da realizzare sulla stessa area: in tal caso lo scambio si realizza tra un bene presente - l'area - e un bene futuro - l'unità immobiliare da costruire - e la proprietà dell'area si trasferisce immediatamente ex art. 1376 c.c. mentre l'effetto traslativo relativo all'immobile da realizzare è posticipato al momento in cui suddetto edificio verrà completato).

In sostanza, sembra che il legislatore del 2005 abbia voluto subordinare l'applicazione della normativa in questione al fatto che il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo <sup>118</sup> (che può essere, a sua volta, costituito dal trasferimento immediato della proprietà o altro diritto reale di un bene) non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale) del fabbricato da costruire o in quanto non sia stato ancora stipulato il negozio traslativo (come nel caso del preliminare), oppure, infine, in quanto pur essendovi il titolo, in realtà manchi ancora l'oggetto della proprietà (o di altro diritto reale) non essendo il fabbricato ancora venuto ad esistenza nella consistenza voluta dalle parti (come nel caso di vendita di cosa futura ex art. 1472 c.c.).

Una volta constatato che qualsiasi tipologia contrattuale a titolo oneroso idonea a far acquisire la proprietà o altro diritto reali sull'immobile da costruire rientra potenzialmente nell'alveo di

---

<sup>118</sup> Il profilo della necessaria onerosità degli acquisti di immobili da costruire, sull'assunto che l'acquirente sia tenuto a corrispondere al costruttore un corrispettivo in denaro o natura, con conseguente esclusione dal D.lgs. 122/2005 delle donazioni, è sottolineato dalla dottrina maggioritaria. Sul punto v. G. Petrelli, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente* (D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122), collana diretta da G. Laurini, Ipsoa, Milano 2005, capitolo 2 pag. 55 ss.

applicazione del D.lgs. 122/2005, è opportuno concentrare l'attenzione su quell'operazione negoziale che risulta di maggiore interesse ai fini del presente elaborato.

Tra le fattispecie preparatorie espressamente considerate dal decreto, particolare rilievo assume proprio il contratto preliminare: il promissario acquirente di un immobile da costruire è considerato, infatti, il destinatario per antonomasia della tutela in esame, in quanto soggetto maggiormente esposto ai rischi della contrattazione immobiliare. In particolare, l'art. 6 del D.lgs. 122/2005 è interamente dedicato proprio al contratto preliminare e al contenuto minimo che questi deve necessariamente avere. Sul punto si tornerà in maniera analitica nel paragrafo successivo; ora, invece, è sufficiente anticipare come la tipologia di preliminari adottati come principali referenti dalla tutela in esame siano i *c.d. contratti preliminari ad effetti anticipati*: è su di essi che si modellano, infatti, le misure protettive predisposte a favore del promissario acquirente, prima fra tutti la fideiussione, volta a far recuperare quanto anticipatamente corrisposto al costruttore ai fini del successivo acquisto della proprietà o altro diritto reale sull'immobile oggetto del preliminare.

È evidente che, seppur la garanzia della fideiussione si azzera con riferimento ai *contratti preliminari c.d. "puri"*, quest'ultimi godono, in ogni caso, delle altre misure disposte dal decreto a favore dell'acquirente.

Tra gli altri, nell'ampia formulazione legislativa sono da inglobare anche i *contratti preliminari unilaterali*.

### **Le misure di tutela del promissario acquirente offerte dal decreto.**

Compiuta l'analisi dell'ambito di applicazione soggettivo, oggettivo e giuridico del D.lgs. 122/2005, è ora il momento di mettere a fuoco gli strumenti che tale decreto ha introdotto ai fini di assicurare una maggior tutela dell'acquirente di un immobile da costruire o in corso di costruzione. La delega al governo per la precipua tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, ha infatti introdotto nel nostro ordinamento un vero e proprio "*pacchetto*" articolato di tutele.

*La fideiussione (cenni): art. 2 e 3 D.lgs. 122/2005.*

Il primo grande strumento di tutela previsto dal legislatore del 2005 consiste nel rilascio obbligatorio da parte del costruttore al promissario acquirente di una garanzia fideiussoria al momento della stipula del contratto.

A tal fine, infatti, l'art. 2 del D.lgs. 122/2005 impone che: "*all'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta*

*valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione”.*

Come si evince dal citato dettato normativo, la mancata concessione della garanzia fideiussoria comporta la nullità del contratto: si tratta, però, di una nullità relativa in quanto passibile di essere sollevata solamente dal soggetto a beneficio del quale è disposta, ossia il promissario acquirente, che dunque potrà optare per la soluzione che sia per lui maggiormente conveniente.

Il primo comma dell'articolo in questione si occupa, altresì, di regolare puntualmente l'ammontare della fideiussione. Essa infatti deve essere *“di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento”*. La garanzia pertanto dovrà coprire: (i) le somme che il costruttore abbia già riscosso o i valori che il costruttore abbia già acquisito al momento della stipula del contratto (ii) le somme che, in base al contratto, il costruttore debba riscuotere o i valori che il costruttore debba acquisire dopo la stipula del contratto ma prima che si verifichi il trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento.

La suddetta garanzia non dovrà, invece, contemplare le somme e valori che il costruttore è destinato a riscuotere e/o acquisire solo nel momento successivo in cui si verifichi il trasferimento della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso.

Per espressa previsione normativa sono, altresì, escluse *“le somme per le quali e' pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia”*.

Inoltre, nel caso in cui sia previsto *un accollo del mutuo - o di quota frazionata del mutuo -* stipulato dal costruttore, si deve distinguere: la garanzia non riguarderà quelle somme che l'acquirente si è impegnato a pagare mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore qualora l'accollo sia da perfezionare nel momento in cui si verifichi il trasferimento della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso a favore dell'acquirente; qualora, invece, l'accollo venga perfezionato in un momento precedente a quello in cui è previsto il trasferimento a favore dell'acquirente della proprietà dell'edificio o di altro diritto reale sullo stesso (con assunzione da parte del “costruttore” della veste di “terzo datore di ipoteca”), la garanzia dovrà inglobare anche le relative somme che l'acquirente abbia pagato mediante il suddetto accollo <sup>119</sup>.

Al secondo comma, l'articolo 2 specifica che nel caso in cui il costruttore sia una società cooperativa *“l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere*

---

<sup>119</sup> Notai Rizzi e Trentin, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, articolo pubblicato il 4 febbraio 2017.

*l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa*".

Il primo comma dell'art. 1, infine, prevede espressamente che la fideiussione possa essere rilasciata *"anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c."*, a norma del quale la *"fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione in quest'ultimo caso dell'importo massimo"*. Il testo dell'art. 1938 c.c. è stato modificato con la legge 17 febbraio 1992, n. 154, che ha imposto l'obbligo, in caso di fideiussione per obbligazioni future, di indicare l'importo massimo <sup>120</sup>. Scopo del disposto in commento è quello di consentire il rilascio di polizze fideiussorie a contenuto *"progressivo"*, volte cioè a garantire gli importi via via effettivamente riscossi dal costruttore entro il limite massimo costituito dall'intero importo che lo stesso costruttore dovrà incassare prima del trasferimento della proprietà o del diritto reale (la garanzia, infatti, in caso di escussione riguarda il rimborso solo di quanto effettivamente versato dall'acquirente); ciò al fine di contenere i costi della polizza medesima. Infatti appare inutile garantire, da subito, somme non ancora incassate materialmente dal costruttore e che pertanto, in caso di *"situazione di crisi"* comunque non andranno rimborsate all'acquirente.

Si ritiene, infine, che sulla base di una lettura congiunta dell'art. 2, primo comma, e dell'art. 3, ultimo comma, del Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, la fideiussione debba essere rilasciata con durata fissata sino al momento del trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento, in quanto questo è il momento sino al quale, in base alla normativa in commento, l'acquirente deve essere tutelato e garantito.

Il successivo art. 3 del D.lgs. 122/2005, in virtù della modifica predisposta dall'art. 385 del Codice della Crisi, a sua volta, prevede che l'autorizzazione possa oggi essere rilasciata solo *"da una banca o da un'impresa esercente le assicurazioni"*. Prima della riforma del 2019, invece, autorizzati al rilascio della medesima garanzia erano altresì gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385: tale possibilità è, invece, oggi venuta meno.

Il D.lgs. 14/2019 ha, inoltre previsto, che con decreto del Ministro della giustizia sia stabilito il modello standard di fideiussione da utilizzare (art. 3, comma 7-bis del d.lgs. n. 122 del 2005), così come il modello standard di polizza assicurativa (art. 4, comma 1-bis, d.lgs. n. 122 del 2005).

A norma sempre del primo comma dell'art. 3 del decreto in esame, la fideiussione deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 2, la restituzione delle

---

<sup>120</sup> Prima di tale riforma, infatti, si era molto discusso in dottrina ed in giurisprudenza circa la validità delle cd. *"fideiussioni omnibus"* prestate a garanzie di tutte le obbligazioni presenti e future. Con la riforma del 1992 il dibattito è venuto meno, in quanto è stato affermato che la validità delle fideiussioni a garanzia di obbligazioni future deve necessariamente essere sottoposta alla condizione che nel contratto venga precisato l'importo massimo.

somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata.

In merito, l'art. 1, lett. c), Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, fornisce la definizione di "situazione di crisi", precisando che per essa debba intendersi *"la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa."*

Circa l'operatività dell'escussione della fideiussione in caso di situazione di crisi del costruttore si tratterà più precisamente nel successivo paragrafo, relativo proprio alla disciplina dettata in caso di fallimento del promittente-costruttore.

Si anticipa fin da subito, però, che il D.lgs. tace completamente sulla eventualità che l'immobile in corso di costruzione sia stato oggetto di sequestro conservativo previsto dagli artt. 2905 e ss. del codice civile e 671 e ss. del codice di procedura civile; misura cautelare questa che costituisce, come ben noto, una sorta di "anticipazione del pignoramento", poiché non hanno alcun effetto in pregiudizio del creditore sequestrante le alienazioni e tutti gli altri atti di disposizione che abbiano ad oggetto il bene sequestrato. Considerato, dunque, che a seguito del giudizio di merito, il sequestro conservativo si può convertire in pignoramento, si è sollevato da più parti il dubbio se, nell'ambito della tutela dell'acquirente, sia consentito prevedere determinati effetti di tutela anche per le ipotesi in cui il costruttore imprenditore sia stato destinatario della citata misura cautelare. Tuttavia, la scelta legislativa è chiara: essa è fondata su esigenze prudenziali di contenimento della tutela dell'acquirente e, pertanto, è da escludere la fattispecie dall'ambito di applicazione della norma.

Dubbi analoghi, inoltre, potrebbero sorgere anche per l'attuazione delle misure cautelari (in particolare di provvedimento d'urgenza o di altro provvedimento anticipatorio) aventi ad oggetto somme di denaro. Per la soluzione di questo secondo quesito, si deve rilevare che dopo il 1° gennaio 2006 sono entrate in vigore nuove norme in tema di efficacia dei provvedimenti cautelari e il comma 6° dell'art. 669octies prevede che per i provvedimenti d'urgenza e per gli altri provvedimenti cautelari anticipatori sia possibile il permanere di effetti indipendentemente dal giudizio di merito o anche nel caso di sua estinzione. Questa nuova disciplina fa sì che l'immobile oggetto della misura cautelare possa effettivamente essere oggetto di "attuazione" come se si trattasse di espropriazione; attuazione in forme che possono essere definitive se alla misura cautelare non fa più seguito alcun giudizio di merito. Le considerazioni appena esposte, pertanto, inducono a concludere che in questa fattispecie, diversamente dal sequestro, possa effettivamente trovare applicazione estensiva l'art. 3.

Infine, il D.lgs. in esame non contiene alcun coordinamento e non fa cenno alcuno al Regolamento del Consiglio n. 1346 del 2000 in materia di procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea. Il decreto, infatti, nel richiamarsi alla "situazione di crisi", sembra ignorare che il Regolamento n. 1346 presuppone procedure di spossessamento, aperte in uno Stato membro dell'Unione e fondate sulla insolvenza del debitore se questi abbia nel territorio stesso il "centro degli interessi"<sup>121</sup>.

*Polizza assicurativa indennitaria: art. 4 D.lgs. 122/2005.*

Proseguendo nello studio delle misure adottate dal decreto n. 122 del 2005, l'art. 4 impone l'obbligo in capo al costruttore di contrattare e consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale a beneficio dell'acquirente.

A rafforzamento di tale dovere, il D.lgs. 14/2019 ha introdotto, in caso di violazione del medesimo, la sanzione della nullità del contratto, la quale - come in caso di mancata prestazione della fideiussione - può essere fatta valere solo dall'acquirente. Quest'ultimo, quindi, può scegliere se agire in giudizio per far valere la nullità della compravendita, oppure mantenere valido il contratto stipulato, pur in assenza della garanzia assicurativa, e ciò qualora ritenga di averne maggiore interesse.

Inoltre, sempre grazie ad una novità apportata con la stessa riforma del 2019 (la quale ha introdotto ben 3 commi all'art. 4 del D.lgs. 122/2005), è oggi previsto che *"l'atto di trasferimento della proprietà dell'immobile deve contenere la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa, e della sua conformità al modello standard"*.

È importante evidenziare l'operatività della polizza in questione.

Essa, infatti, deve avere effetto *"dalla data di ultimazione dei lavori, e deve coprire i danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, che il costruttore sia tenuto a risarcire ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione"*.

A tal proposito, si ricorda che l'art. 1669 del codice civile prevede la responsabilità dell'appaltatore per dieci anni dal compimento dell'opera, se questa si rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, per vizio del suolo o per difetto della costruzione. La denuncia deve essere fatta entro un anno dalla scoperta, e il diritto al risarcimento si prescrive in un anno dalla denuncia medesima.

---

<sup>121</sup> C. Ferri, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 4, 1287

Mentre il concetto di “rovina totale o parziale” è di pronta interpretazione, maggiori dubbi presenta l’individuazione dei “*gravi difetti costruttivi delle opere*”: tale individuazione risulta più che mai necessaria se si considera che dei suddetti gravi difetti si deve tenere conto nella formulazione della polizza assicurativa, soprattutto in relazione alle eventuali esclusioni da essa previste.

In merito, si è espressa la Corte di Cassazione, la quale ha affermato che per “*gravi difetti*” dell’opera, rilevanti ai fini dell’art. 1669 c.c., non si intendono necessariamente i vizi influenti sulla staticità dell’edificio, bensì essi possono anche riguardare elementi secondari ed accessori (come impermeabilizzazioni, rivestimenti, infissi) purché tali da compromettere la funzionalità globale dell’opera stessa e che, senza richiedere opere di manutenzione straordinaria, possono essere eliminati solo con interventi di manutenzione ordinaria <sup>122</sup>. Sono da considerare, altresì, “*gravi difetti*” quei vizi idonei ad arrecare un apprezzabile danno alla funzione economica dell’immobile o una sensibile menomazione della normale possibilità di godimento del bene stesso, tenuta conto dell’utilità a cui l’opera è destinata <sup>123</sup>.

Un’ulteriore innovazione apportata dal D.lgs. 14/2019 riguarda l’imposizione di un modello standard di polizza assicurativa: essa deve, infatti, essere rilasciata in conformità del modello base fornito con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell’Economia e delle Finanze <sup>124</sup>.

In sintesi, nel rispetto di quanto oggi previsto dall’art. 4 del D.lgs. 122/2005, come modificato dalla riforma del 2019, la polizza assicurativa deve avere le seguenti caratteristiche:

- 1) l’assicurato/beneficiario della polizza deve essere l’acquirente dell’immobile;
- 2) deve avere durata decennale con effetto dalla data di ultimazione dei lavori;
- 3) deve coprire i danni materiali e diretti all’immobile, compresi i danni ai terzi, che il costruttore sia tenuto a risarcire ai sensi dell’articolo 1669 del codice civile, derivanti da (i) rovina totale o parziale dell’immobile; (ii) gravi difetti costruttivi delle opere; (iii) per vizio del suolo o per difetto della costruzione;
- 4) deve coprire i danni manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione.

---

<sup>122</sup> Sul punto v. Cass. 8140/2004; Cass. 11740/2003; Cass. 81/2000; Cass. 14449/1999; Cass. 456/1999; Cass. 3301/1996; Cass. 1256/1995 e Cass. 1164/1995.

<sup>123</sup> Sono stati dunque considerati rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 1669 c.c. i gravi difetti riguardanti, per esempio: la pavimentazione interna ed esterna (Cass. 2238/2012); le infiltrazioni d’acqua, l’umidità nelle murature e i problemi rilevanti d’impermeabilizzazione (Cass. 84/2013; Cass. 21351/2005; Cass. 117/2000); l’inefficienza di un impianto idrico (Cass. 3752/2007); l’impianto centralizzato di riscaldamento (Cass. 5002/1994; Cass. 7924/1992); il crollo o il disfacimento degli intonaci esterni dell’edificio (Cass. 6585/1986; Cass. 4369/1982).

<sup>124</sup> Vale la pena ricordare che le nuove norme introdotte dal D.lgs. 14/2019 si applicano ai contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente al 16 marzo 2019 (art. 5, comma 1-ter, d.lgs. 122/2005).

Il riferimento a quest'ultima caratteristica - *danni manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione* - consente di escludere dal risarcimento i vizi palesi, già evidenti prima della stipula e, probabilmente, anche i vizi occulti, se già noti anche all'assicurato-acquirente oltre che al costruttore.

Sembrano invece in contrasto con la finalità del decreto in questione, la possibilità di prevedere eventuali clausole che escludano il risarcimento in presenza di vizi noti al solo contraente-costruttore e sconosciuti all'assicurato, essendo quest'ultimo, infatti, il contraente debole da tutelare.

Parimenti, si devono ritenere invalide le clausole che subordinino l'efficacia della polizza alla condizione essenziale che l'immobile sia realizzato "*a regola d'arte*" e "*in conformità al progetto e al capitolato*", così escludendo dalla copertura proprio le situazioni che la legge intende garantire<sup>125</sup>.

Infine, in caso di violazione da parte del costruttore dell'obbligo in esame, è previsto che l'acquirente, che abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto preliminare, abbia diritto di escutere la fideiussione per ottenere la restituzione delle somme versate al costruttore (art. 4, comma 1-ter, d.lgs. 122/2005). In tal caso la fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data dell'attestazione del notaio di non aver ricevuto, per la data dell'atto di trasferimento della proprietà, la polizza assicurativa conforme al modello standard (art. 3, comma 3, lettera b, d.lgs. 122/2005).

*Il diritto di prelazione dell'acquirente: art. 5 D.lgs. 122/2005.*

Ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo del 2005, "*qualora l'immobile sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado, all'acquirente medesimo, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, è riconosciuto il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'articolo 584 del codice di procedura civile*".

Oggetto del diritto di prelazione è, dunque, l'immobile consegnato all'acquirente e tuttavia assoggettato alla vendita forzata. Condizione, però, per il riconoscimento del suddetto diritto è che l'immobile costituisca (o abbia costituito) l'abitazione principale dell'acquirente o di un suo parente di primo grado<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> P. Tonalini, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire nel d.lgs. 122/2005, a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 14/2019*, Pavia, 19 marzo 2019.

<sup>126</sup> L'estensione del diritto prelazione al coniuge o ad un parente di primo grado è stata introdotta dal D.l. 28 marzo 2014 n. 47.

Inoltre, poiché interesse dell'acquirente non è di rientrare nel possesso delle somme pagate al costruttore-venditore, bensì di accedere alla proprietà dell'immobile, l'art. 9 prevede espressamente che il diritto di prelazione possa essere esercitato anche dall'acquirente che abbia già escusso la fideiussione: nella pratica, infatti, è proprio con le somme così recuperate che egli potrà in concreto permettersi di partecipare alla vendita all'incanto ed esercitare il diritto di prelazione di cui gode.

Ai sensi dell'art. 9 co. 2, poi, è previsto che *“ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile provvede a dare immediata comunicazione all'acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario, della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa e l'invito ad esercitare la prelazione”*.

Dalla data di ricezione della suddetta comunicazione, l'acquirente che voglia avvalersi del diritto di prelazione, deve esercitarlo, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni, *“offrendo, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli”* (art. 9 co. 3 D.lgs. 122/2005).

Il quarto comma prescrive, inoltre, che *“qualora l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione, la differenza deve essere restituita al fideiussore, qualora l'immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore. Ove non ricorra tale condizione, l'eventuale eccedenza da restituire al fideiussore deve risultare da apposita stima”*.

Infine, è espressamente escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario.

Da ultimo, è bene sottolineare che il riconoscimento del suddetto diritto introduce un'importante eccezione nel regime normativo delle vendite fallimentari, giustificata dal rilievo ordinamentale dell'interesse dell'acquirente ad aggiudicarsi la casa da lui stesso o da un suo parente abitata <sup>127</sup>.

*I divieti di stipula: art. 8 D.lgs. 122/2005.*

L'art. 8, recante *Obbligo di cancellazione o frazionamento dell'ipoteca antecedente alla compravendita*, dispone che *“il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile”*.

---

<sup>127</sup> F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale. La riforma fallimentare*, L. Panzani, vol. 1 a cura di F. DI Marzio, Ipsoa, Milano 2007, Cap. 3, pag. 77 ss.

Tale norma, in breve, vieta al notaio la stipula dell'atto definitivo di compravendita in assenza della cancellazione dei pignoramenti, ovvero della cancellazione o frazionamento delle ipoteche gravanti sull'immobile.

Si deve ritenere che la disposizione in questione, nonostante la sua apparente formulazione, comprenda qualsiasi contratto definitivo e non solo quello di compravendita (es. contratto di permuta, ecc.), con esclusione dei soli contratti preliminari.

Essa, inoltre, deve essere collocata nel contesto del decreto in esame, e quindi deve riguardare solo i contratti - ad effetti reali differiti - stipulati tra costruttore ed acquirente persona fisica, aventi ad oggetto immobili da costruire o da ultimare. Di conseguenza, il divieto di stipula non comprende i contratti definitivi con effetti traslativi immediati e neanche i contratti relativi ad immobili già ultimati, o quelli stipulati tra soggetti diversi da costruttore e acquirente persona fisica.

Sul punto, vale la pena di ricordare la sentenza del primo dicembre 2016 n. 24535 con cui la Corte di Cassazione ha definitivamente chiarito come tale divieto di stipula si riferisca esclusivamente agli atti aventi ad oggetto immobili da costruire e non, come diversamente era stato sostenuto, in generale a tutti gli atti aventi ad oggetto immobili gravati da ipoteca o pignoramento, a prescindere dal fatto che siano ancora da costruire o meno.

Con tale pronuncia, in particolare, la Corte ha voluto esaltare la necessità di adoperare un'interpretazione sistematica e teleologica del D.lgs. 122/2005. Il divieto, poi, riguarda qualsiasi tipo di ipoteca, sia fondiaria che ordinaria.

La tutela garantita dall'art. 8 è imperativa: non è quindi ammissibile una rinuncia dell'acquirente ad avvalersene.

Per stipulare il contratto definitivo, è sufficiente che sia stato formato il titolo, in forma autentica (atto di consenso; decreto o sentenza) che legittima la cancellazione o il frazionamento, restando irrilevante a tal fine la materiale esecuzione della formalità nei registri immobiliari. Non è invece sufficiente una dichiarazione del creditore in forma non autentica (lettera di assenso, o simili)<sup>128</sup>.

La violazione del divieto comporta responsabilità disciplinare del notaio, ex art. 28 l.n. <sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> G. Petrelli, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Prospetto riassuntivo*, 31 dicembre 2005.

<sup>129</sup> E' discussa, invece, la questione della validità, o meno, del contratto stipulato in violazione del divieto: per la nullità (relativa) farebbe propendere l'esigenza di non discriminare i contratti conclusi per scrittura privata (non autenticata), che in mancanza potrebbero essere validamente conclusi, e quindi trascritti previo accertamento giudiziale delle sottoscrizioni, con elusione della tutela imperativa di legge.

- Sul punto v. Dott. G. Petrelli, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Prospetto riassuntivo*, 31 dicembre 2005.

*Il Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire: art. 12 ss. D.lgs. 122/2005.*

Infine, a completamento dell'analisi degli istituti giuridici apportati a tutela dell'acquirente di beni immobili da costruire o in corso di costruzione, si menziona la creazione di un Fondo di solidarietà da costruire presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

In particolare, tale istituto è stato previsto *“al fine di assicurare un indennizzo, nell'ambito delle risorse del medesimo Fondo, agli acquirenti che, a seguito dell'assoggettamento del costruttore a procedure implicanti una situazione di crisi, hanno subito la perdita di somme di denaro o di altri beni e non hanno conseguito il diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento su immobili oggetto di accordo negoziale con il costruttore ovvero l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su immobili da costruire per iniziativa di una cooperativa”* (art. 12 co. 1 D.lgs. 122/2005).

La disciplina relativa al suddetto Fondo è regolata dagli articoli 12 e seguenti del D.lgs. 122/2005.

A chiusura di questo primo paragrafo, è opportuno sottolineare come l'art. 5 del D.lgs. 122/2005, così come modificato dal D.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con L. 23 maggio 2014, n. 80, sancisce l'assoluto divieto per l'acquirente di poter rinunciare alle tutele previste dal decreto medesimo.

#### **4.2 (Segue) Il contratto preliminare nel D.lgs. 122/2005.**

Prima di giungere all'analisi della disciplina dettata dal legislatore in caso di fallimento del promittente-costruttore, è necessario completare lo studio del D.lgs. 122/2005, concentrandosi sullo schema negoziale oggetto principale di questo elaborato: il contratto preliminare.

Infatti, come più volte ribadito, il contratto preliminare risulta essere la tipologia negoziale maggiormente adoperata nella prassi immobiliare, soprattutto nel caso in cui si propenda per l'acquisto di un immobile futuro, ancora da costruire o in corso di costruzione.

Inoltre e correlativamente a ciò, risulta essere l'acquirente, controparte di un preliminare, il soggetto considerato maggiormente “debole” contrattualmente e bisognoso di una maggior tutela.

Per questo motivo, il D.lgs. 122/2005 non poteva non dedicare a tale figura contrattuale, quando abbia ad oggetto un immobile da costruire, un intero articolo all'interno del decreto medesimo.

In particolare, è l'art. 6 del D.lgs. 122/2005 che si occupa di dettare il contenuto minimo che deve necessariamente avere un preliminare avente ad oggetto il trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale su un immobile da costruire, ai fini della sua validità. Più precisamente, tale

disposizione prevede l'obbligo di conformare il contratto preliminare <sup>130</sup>, ad un contenuto "minimo" allo scopo di assicurare all'acquirente una corretta e completa informazione sul contenuto del contratto che è chiamato a stipulare. Tale volontà legislativa è ben evidente nella Relazione illustrativa al decreto, ove si afferma che "[...] *allo scopo di rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente una completa rappresentazione, così da porsi al riparo da possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale, in attuazione dell'articolo 3 lettera m) della legge delega, sono stati compiutamente disciplinati i contenuti del contratto ed i relativi allegati [...]*".

Procedendo allo studio analitico dell'art. 6 in esame, si nota come lo stesso operi una distinzione tra informazioni che devono essere contenute all'interno del contratto preliminare (comma 1) e documenti che devono essere allegati al medesimo contratto (comma 2).

In ordine, si analizza il primo comma, il quale impone che il preliminare debba necessariamente contenere, ai fini della sua validità:

a) *"Le indicazioni previste all'articolo 2659, primo comma, n. 1) <sup>131</sup> e all'articolo 2826, primo comma <sup>132</sup>, del codice civile"*.

Si tratta delle norme dettate in tema di trascrizioni ai fini dell'individuazione dei soggetti coinvolti nel rapporto contrattuale (art. 2659 co. 1 c.c.) e di iscrizione ipotecaria, ai fini, invece, dell'individuazione del bene immobile oggetto del negozio (art. 2826 co. c.c.).

b) *"La descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto"*.

A tal proposito, proprio perché l'immobile non è ancora venuto ad esistenza e richiede ancora una successiva attività edificatoria a carico del promittente-costruttore prima di raggiungere la consistenza voluta dalle parti, è richiesto che, per la sua descrizione, non ci si possa limitare alla

---

<sup>130</sup> L'art. 6 D.lgs. 122/2005 assimila espressamente al contratto preliminare *"qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento"*.

<sup>131</sup> Ai sensi dell'art. 2659 co. 1, n. 1) c.c.: *"Chi domanda la trascrizione di un atto tra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati:*

1) *il cognome ed il nome, il luogo e data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti, nonché il regime patrimoniale delle stesse, se coniugate, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nel titolo o da certificato dell'ufficiale di stato civile; la denominazione o la ragione sociale, la sede e il numero di codice fiscale delle persone giuridiche, delle società previste dai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto e delle associazioni non riconosciute, con l'indicazione, per queste ultime e per le società semplici, anche delle generalità delle persone che le rappresentano secondo l'atto costitutivo. Per i condominii devono essere indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale.*

<sup>132</sup> Ai sensi dell'art. 2826 co. 1 c.c.: *"Nell'atto di concessione dell'ipoteca l'immobile deve essere specificatamente designato con l'indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, nonché dei dati di identificazione catastale; per i fabbricati in corso di costruzione devono essere indicati i dati di identificazione catastale del terreno su cui insistono"*.

sola indicazione della natura e dei dati identificativi del terreno su cui lo stesso insiste: piuttosto, è necessaria una descrizione più completa e precisa dell'immobile da trasferire e delle relative pertinenze, che dia conto di quello che è il bene effettivamente voluto dalle parti, ovvero di quello che dovrà essere il risultato finale dell'immobile al momento della consegna dello stesso e dell'acquisto definitivo della proprietà o di altro diritto reale. Non è escluso, a tal fine, che per la completa ed esatta descrizione dell'immobile, ci si avvalga degli elaborati grafici di progetto e del capitolato delle caratteristiche dei materiali da utilizzare, la cui allegazione al contratto è, peraltro, prescritta dall'art. 6 in commento <sup>133</sup>.

c) *“Gli estremi di eventuali atti d’obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l’ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l’elencazione dei vincoli previsti”*.

La menzione nel preliminare di vincoli, obblighi e altre limitazioni che possano discendere dalle convenzioni urbanistiche risponde all'interesse sia del *promittente venditore* a non vedersi sollevate in futuro contestazioni circa i vincoli gravanti sull'immobile da trasferire e non comunicati al momento del preliminare, che all'interesse del *promissario acquirente*, affinché quest'ultimo sia messo a conoscenza degli eventuali obblighi in cui potrebbe subentrare per effetto della disciplina urbanistica.

d) *“Le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti.”*.

Si ritiene, in tal senso, che le *“caratteristiche tecniche”* debbano risultare da apposita relazione redatta da tecnico abilitato, in possesso pertanto delle necessarie competenze professionali per descrivere con precisione ed esattezza suddette caratteristiche <sup>134</sup>.

e) *“I termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione”*.

E', infatti, tangibile l'interesse dell'acquirente a conoscere la data prevista per il completamento dei lavori e quindi per la consegna dell'immobile. Del tutto eventuale, invece, può essere l'indicazione dei termini relativi ai cd. *“stati di avanzamento lavori”* ai quali, spesso, nella prassi, è collegato l'obbligo da parte del promissario acquirente di versare acconti di prezzo.

---

<sup>133</sup> P. Tonalini, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire nel d.lgs. 122/2005, a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 14/2019*, Pavia, 19 marzo 2019.

<sup>134</sup> E' evidente che non sia preclusa alle parti alcuna possibilità di apportare successive varianti al preliminare. Scopo della previsione in esame, infatti, non é certo quello di *“vincolare”* le parti in maniera definitiva a quelle che sono le descrizioni contenute nel contratto, bensì quello di assicurare al *promissario acquirente* una rappresentazione il più completa possibile di quello che è l'oggetto del contratto che è chiamato a sottoscrivere, nel momento in cui il contratto stesso viene sottoscritto. Pertanto le parti sono assolutamente libere di concordare, successivamente, ogni tipo di variante, arrivando sino allo *“scambio”* dell'immobile da trasferire. Ovviamente varianti radicali dovranno essere contenute in accordi integrativi da allegare all'originale patto stipulato.

f) *“L’indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione dell’importo di eventuali somme a titolo di caparra; le modalità di corresponsione del prezzo devono essere rappresentate da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell’avvenuto pagamento”*.

Scopo di quest’ultima prescrizione relativa alle modalità di pagamento del prezzo è di *“consentirne la successiva documentazione in caso di escussione della garanzia fideiussoria”*.

g) *“Gli estremi della fideiussione di cui all’articolo 2 del Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, e l’attestazione della sua conformità al modello contenuto nel decreto di cui all’art 3 comma 7bis”*.

Si tratta di una menzione che assume particolare rilievo alla luce della nuova disciplina introdotta dal decreto in commento, posto che la mancata prestazione della garanzia fideiussoria comporta la nullità relativa del contratto.

Inoltre, si evidenzia come l’obbligo di fornire anche l’attestazione della conformità della garanzia fideiussoria prestata al modello contenuto nel decreto di cui all’art 3 comma 7-bis, è di recentissima introduzione: è, infatti, opera del D.lgs. 14/2019, il quale ha per l’appunto previsto un che il Ministro della Giustizia pubblicasse un modello standard di garanzia fideiussione al quale attenersi.

h) *“L’eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull’immobile con l’indicazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, in particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita”*.

Ciò significa che nel preliminare si deve dare atto dello *“stato di diritto”* in cui si trova l’immobile ossia se l’immobile da trasferire risulti gravato da formalità pregiudizievoli (*pignoramenti, sequestri, domande giudiziali, servitù passive, oneri o vincoli urbanistici, ecc...*).

i) *“Gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione”*.

La norma in commento prevede, dunque, l’obbligo di citare gli estremi del permesso di costruire se rilasciato. Se si tratta invece di fabbricato ancora da iniziare, per il quale non sia stato neppure rilasciato il permesso di costruire, devono essere indicati gli estremi della richiesta di rilascio del permesso stesso.

A riguardo, si ricorda che si è sempre esclusa la necessità, ai fini della validità del contratto preliminare, di menzionare gli estremi dei titoli edilizi abilitativi, non ritenendosi applicabili al

preliminare (in quanto contratto ad effetti obbligatori) le disposizioni di cui all'art. 46 del Testo Unico in materia di edilizia (D.lgs. 380/2001).

1) *“L'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici con la specificazione dei relativi dati identificativi”.*

Disposizione, questa, volta ad appagare l'interesse del promissario acquirente di conoscere quale sia l'impresa o quali siano le imprese incaricate di costruire materialmente il fabbricato ovvero di realizzare gli impianti o le opere di finitura.

Terminata l'analisi delle informazioni che il primo comma dell'art. 6 prescrive, si passa ad elencare i documenti da allegare al contratto preliminare a norma del secondo comma del medesimo articolo. Quest'ultimo, infatti, dispone che *“agli stessi contratti devono essere allegati:*

- a) *il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco delle rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;*
- b) *gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali”.*

In conclusione, la riforma, insinuata ad opera del D.lgs. 14/2019 ed attualmente in cantiere, introduce un ulteriore requisito obbligatorio che il contratto preliminare - o qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento - deve possedere ai sensi dell'art. 6 co. 1 D.lgs. 122/2001: tale riforma richiede espressamente che esso sia stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata.

L'art. 6 in esame non chiarisce, però, quali siano le conseguenze dell'inosservanza nel preliminare di taluno degli elementi sopra indicati (nullità, annullabilità, facoltà per l'acquirente di recedere, risoluzione del contratto, etc.). Sul punto, dunque, si sono sviluppate varie opinioni dottrinali.

In particolare, secondo una prima tesi, la violazione del disposto di cui all'art. 6 costituirebbe violazione di una norma imperativa, in quanto posta a tutela di un interesse a carattere generale, ovvero il diritto costituzionalmente garantito dell'accesso al risparmio popolare alla proprietà di abitazione, nonché quello del buon funzionamento del mercato immobiliare. La sanzione sarebbe, dunque, quella che l'ordinamento prevede tipicamente in caso di inosservanza di interessi indisponibili, vale a dire quella della nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c. Quest'ultima disposizione, infatti, comprende una sorta di norma di chiusura, mirando a sanzionare qualsiasi atto contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

In merito, però, si è obiettata proprio la insussistenza, nel caso in esame, di una norma imperativa di ordine pubblico, in quanto l'art. 6 del D.lgs 122/2005 non sottintende un interesse pubblico generale, bensì quello individuale di una sola parte del contratto. Inoltre, si è sottolineato che in tutti i casi in cui il legislatore abbia voluto prevedere la sanzione della nullità virtuale, lo ha espressamente comunicato e ciò anche nel decreto del 2005.

Per questi motivi è opportuno escludere la possibilità di prevedere una nullità virtuale ex art. 1418 c.c. come sanzione prediletta in caso di inosservanza delle prescrizioni contenute nell'art. 6.

Di nullità si potrà parlare solo con riferimento al secondo comma dell'art. 1418 in caso di completa indeterminatezza dell'oggetto del preliminare: ciò significa che solo la mancanza di una qualsiasi descrizione dell'oggetto del contratto ne comporti l'invalidità (ad es. assoluta incompletezza degli elementi indicati dalle lettere a) e b) dell'art. 6 co. 1 D.lgs. 122/2005).

Si ritiene, allora, che l'inosservanza del suddetto articolo 6 preveda solamente un obbligo di rinegoziare il contratto così da adeguare il suo contenuto alle prescrizioni di legge. In altre parole, il costruttore - parte contrattuale forte - sarebbe obbligato, qualora il promissario acquirente - parte contrattuale debole - ne facesse richiesta, a ricominciare una nuova fase di trattative a stipulare un nuovo negozio conforme a quanto previsto dall'art. 6.

Infine, un'altra parte della dottrina ritiene che la mancanza delle prescrizioni richieste dall'articolo in esame non comportino alcun tipo di invalidità: piuttosto il preliminare dovrebbe essere colmato, nelle sue lacune, dalla previsione di una apposita norma suppletiva, nonché da un'operazione di integrazione ex art. 1374 c.c. e 1375 c.c. (secondo i principi generali di buona fede e di equità delle clausole). Vale a dire, cioè, che sarebbe possibile integrare il contratto attraverso l'aiuto dei generali principi offerti dal nostro ordinamento in materia di contratti e obbligazioni; salvo sempre la necessaria previsione della sanzione della nullità nel solo caso di mancanza totale degli elementi essenziali del negozio <sup>135</sup>.

#### **4.3 La tutela del promissario acquirente di un immobile da costruire nella crisi d'impresa.**

Conclusa la trattazione generale relativa al Decreto legislativo n. 122 del 2005, è giunto il momento di comprendere come tale normativa si raccordi alla disciplina fallimentare ed in particolare quali tutele siano previste in capo all'acquirente di un immobile da costruire quando in capo al costruttore venga avviata una procedura di liquidazione giudiziale.

---

<sup>135</sup> A. Ferrucci, C. Ferrentino, A. Amoresano, *Le varie forme di tutela*, in *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Manuali delle lezioni di G. Capozzi, Giuffrè, Milano 2008, capitolo 4, pag. 158 ss.

A tal proposito, è stato direttamente il decreto legislativo in esame ad offrire una possibilità di coordinamento con l'allora legge fallimentare, introducendo l'apposito articolo 72-bis all'interno della disciplina concorsuale; disposizione, quella dell'art. 72-bis, che, come ormai bene noto, configura un'altra fattispecie derogatoria al principio generale di materia di sorte dei contratti pendenti.

In particolare, il D.lgs. 122/2005 compie tale operazione di coordinamento all'art. 11, recante *“Introduzione dell'articolo 27-bis del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267”*, il quale esattamente dispone che dopo l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, venga inserito il seguente: *“72-bis. (Contratti relativi ad immobili da costruire). In caso di situazione di crisi del costruttore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 2 agosto 2004, n. 210, il contratto si intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto”*.

Quanto disposto dall'articolo 72-bis, così come introdotto dal decreto del 2005, corrisponde esattamente alla normativa che sarà dettata, in materia di liquidazione giudiziale e contratti relativi ad immobili da costruire, dall'art. 174 del nuovo Codice della Crisi d'impresa: la riforma del 2019, dunque, non introduce alcuna novità in relazione a suddetta fattispecie, bensì si limita a recepire *in toto* quanto dettato dal decreto del 2005. E in tal senso, infatti, l'art. 174 C.c.i.i. fa esplicito riferimento, nel determinare l'oggetto dell'ipotesi da esso disciplinata, ai *“contratti di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122”*.

Prima di procedere ad un'analisi dettagliata del contenuto del futuro articolo 174 del Codice della Crisi d'impresa (corrispondente in tutto e per tutto, lo si ribadisce, all'attuale art. 72-bis l.f.), sembra opportuno ripercorrere in breve il percorso giuridico che ha portato a prendere una specifica linea di condotta in caso di fallimento del costruttore di beni immobili.

Si deve sottolineare, infatti, che la tutela dell'acquirente di immobili da costruire non rappresenta, nel nostro ordinamento, una novità introdotta dal D.lgs. 122/2005.

Una specifica considerazione di tale fattispecie era già stata avviata dalla normativa che aveva previsto la trascrivibilità del contratto preliminare anche qualora esso fosse relativo ad edifici da costruire o in corso di esecuzione (art. 2645-bis c.c. come introdotto dall'art. 3 co. 1 del D.l. 3 dicembre del 1996, n. 669). Con tale normativa, il legislatore aveva, dunque, compiuto un primo passo nel rafforzamento della tutela del promissario acquirente di beni immobili, proteggendolo da eventuali doppie alienazioni o di sopravvenuti pignoramenti e/o sequestri del bene oggetto del preliminare trascritto. Un limite concreto a tale tutela era però dettato dalla necessità che il

preliminare, per poter essere trascritto, risultasse da atto pubblico o scrittura privata autenticata; prassi in realtà desueta.

Inoltre, subordinata alla trascrizione del preliminare era - ed è tuttora - l'altra novità introdotta dal D.l. del 1996, ovvero la previsione di un privilegio speciale in capo al credito del promissario acquirente deluso dall'inadempimento della controparte contrattuale (art. 2775-*bis* c.c.). In merito, si era sottolineata la scarsa efficienza della suddetta garanzia, a causa sia della lunghezza delle procedure fallimentari e di quelle esecutive individuali, sia per la consolidata soggezione del promissario acquirente - nella procedura fallimentare - alla scelta del curatore di subentrare o sciogliersi dal contratto preliminare, lasciando totalmente privo di tutela l'interesse del promissario acquirente di intestarsi il bene (piuttosto che a recuperare le somme eventualmente anticipate al promittente venditore poi fallito) <sup>136</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, si era giunti alla consapevolezza che la tutela prevista dal legislatore in capo al promissario acquirente risultava incompleta e parziale. Ciò ha portato alla necessità di giungere ad una disciplina organica dei "diritti" dell'acquirente di immobili da costruire: entra qui in gioco il D.lgs. 122/2005, in attuazione della già menzionata legge delega n. 210 del 2004, il quale, per quel che riguarda specificatamente la protezione del promissario acquirente in sede fallimentare, ha introdotto il famoso art. 72-*bis* l.f.

Quest'ultimo è stato oggetto di molteplici interventi normativi durante il biennio di riforme 2006-2007.

In particolare, il D.lgs. 5/2006 ha aggiunto al preesistente unico comma introdotto dal decreto del 2005, altri due commi. Questi, però, non si riferivano ai contratti relativi ad immobili da costruire: il primo nuovo comma, infatti, riguardava il contratto di vendita in generale e confermava la regola - contenuta in precedenza dal quarto comma dell'art. 72 l.f. - secondo la quale in caso di fallimento del solo venditore, se il bene venduto, oggetto del contratto, era già passato in proprietà, il negozio non si scioglieva. Il secondo comma introdotto nel 2006, invece, riproduceva, a sua volta, la regola generale sul preliminare di vendita trascritto contenuta nel settimo comma dell'art. 72 (privilegio speciale accordato al credito del promissario acquirente), senza peraltro che quest'ultimo venisse eliminato e quindi producendo un'inspiegabile ripetizione.

L'art. 4 del decreto correttivo del 2007 n. 169 è intervenuto a ristabilire lo *status quo*, abrogando i due commi introdotti dal previgente decreto del 2006 e riproponendo una versione dell'articolo 72-

---

<sup>136</sup> G. D'Amico, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale. La riforma fallimentare*, L. Panzani, vol. 1 a cura di F. Di Marzio, Ipsoa, Milano 2007, Cap. 2., pag. 25 ss.

*bis* che contenesse un unico comma, relativo alla sola ipotesi di fallimento del promittente-costruttore.

L'intervento operato dal decreto del 2007 ha, inoltre, apportato una più appropriata indicazione della situazione assunta come presupposto per l'applicazione della norma stessa. Inizialmente, infatti, il D.lgs. 122/2005 aveva individuato come ambito di applicazione del nuovo articolo 72-*bis* l'ipotesi di "*situazione di crisi*" in cui avrebbe potuto trovarsi il costruttore ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c), della legge 2 agosto 2004, n. 210, vale a dire quella situazione che ricorre nei casi in cui "*il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa*".

Il citato decreto correttivo, invece, nel delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 72-*bis* ai contratti di cui all'art. 5, D. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, individua esplicitamente i contratti "*aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del decreto*". La Relazione al decreto, a tal proposito, chiarisce espressamente che sono stati volutamente eliminati i richiami al concetto di "*crisi di impresa*" - come tale comprendente situazioni eterogenee, dal pignoramento immobiliare all'amministrazione straordinaria - in quanto estraneo alla materia dei rapporti pendenti nel fallimento<sup>137</sup>.

Il D.lgs. 122/2005, come anticipato in precedenza, è stato oggetto di ulteriori rivisitazioni nel 2014 (D.l. 28/03/2014 n. 47)<sup>138</sup> e da ultimo nel 2019 (D.l. 12/01/2019 n. 14), in conformità con le novità introdotte nella disciplina fallimentare dalla nuova riforma delle procedure concorsuali.

Come già commentato in precedenza, il nuovo Codice della Crisi d'impresa non ha apportato alcuna modifica e ha recepito *in toto* il contenuto normativo dell'art. 72-*bis* (art. 174 C.c.i.i.).

\*\*\*

Oggi giorno, dunque, la particolare ipotesi di fallimento del promittente-costruttore è regolata dall'art. 72-*bis* l.f., in base al quale: "*i contratti di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, si sciolgono se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto*

---

<sup>137</sup> G. Schiano di Pepe, *Il diritto fallimentare riformato*, in *Commento sistematico. Appendice di aggiornamento*, a cura di G. Schiano di Pepe, CEDAM, Padova 2000, pag. 50 ss.

<sup>138</sup> Tale decreto non ha apportato alcuna novità in merito alla disciplina qui in esame, precisamente all'art. 11 del D.lgs. 122/2005 e dunque dell'art 72-*bis* l.f. Piuttosto, con riferimento alla disciplina fallimentare, l'unica modifica introdotta dal D.l. 47/2014 coinvolge l'art. 10 in tema di esenzioni dall'azione revocatoria.

*versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto*". Tale disposizione, peraltro, è stata fedelmente riprodotta all'art. 174 C.c.i.i. del nuovo Codice della Crisi d'impresa

A differenza dell'opzione di subentro nel contratto preliminare, la quale resta nella esclusiva disponibilità del curatore fallimentare, la facoltà di sciogliersi dal preliminare, in via eccezionale, è attribuita anche al promissario acquirente di un immobile da costruire.

Il promissario acquirente, infatti, può sciogliersi dal rapporto contrattuale sia prima che successivamente all'apertura della liquidazione giudiziale: nel primo caso non vi è alcuna modifica sostanziale rispetto alla disciplina comune; nel secondo caso, invece, si registra l'eccezione alla regola dettata dall'art. 72 l.f. (art. 172 C.c.i.i.).

Condizioni affinché il promissario acquirente possa esercitare legittimamente tale volontà di sciogliersi dal rapporto preliminare, ai sensi dell'art. 174 del futuro Codice, è che il curatore non abbia ancora deliberato circa la propria scelta tra le due possibili opzioni: il promissario acquirente, dunque, avrà la possibilità, comunicando tale volere al curatore stesso, di anticipare l'organo della procedura e optare immediatamente per lo scioglimento del negozio.

Oltre alle suddette condizioni, requisito ancora più importante affinché possa verificare tale ipotesi di scioglimento del preliminare è che il promissario acquirente abbia escusso la fideiussione che ai sensi dell'art. 2 co. 1 del D.lgs. 122/2005 il costruttore deve obbligatoriamente rilasciare al momento della stipula del rapporto contrattuale.

Con l'escussione della fideiussione, l'acquirente recupera le somme che aveva versato al costruttore fallito al momento della conclusione del negozio; ciò, naturalmente, esclude che possano trovare applicazione altre forme di tutela, soprattutto quelle predisposte a salvaguardia del promissario acquirente (insinuazione al passivo per un credito garantito dal privilegio speciale ex art. 2775-bis). Appare interessante, in proposito, aprire una breve parentesi circa i profili di inefficienza che anche un istituto fortemente garantistico come la fideiussione porta con sé.

Infatti, si deve tenere in considerazione che essa offre una tutela che presuppone sempre e comunque lo scioglimento del rapporto negoziale (l'escussione della fideiussione avviene o seguito della scelta di sciogliersi effettuata dal curatore oppure effettuata autonomamente dall'acquirente in caso di situazione di crisi del costruttore). Da ciò si evince che la fideiussione opera solo con riguardo a fattispecie ormai venute meno e in tal senso esplica la sua funzione di garante degli adempimenti degli obblighi restitutori conseguenti allo scioglimento del rapporto. Per tale motivo, essa esclude la garanzia dell'adempimento dell'obbligazione di ultimare i lavori (e di farne conseguire il godimento all'acquirente); garanzia invece prevista nel caso delle c.d. vendite di "multiproprietà", allorquando l'immobile oggetto del contratto sia proprio in corso di costruzione

(art. 76 Codice del Consumo)<sup>139</sup>. A maggior ragione, infine, la fideiussione non copre altri casi di inadempimento del costruttore, rispetto ai quali la tutela va ricercata in rimedi differenti, sia di diritto comune che settoriali.

Al di là di tali considerazioni, si deve ora concentrare l'attenzione sull'analisi della operatività della garanzia fideiussoria in esame. In particolare modo, si tratta nuovamente di operare un raccordo tra la disciplina dettata dall'art. 174 C.c.i.i. in tema di liquidazione giudiziale e la normativa generale dettata dal D.lgs. 122/2005.

Quest'ultima, infatti, prevede che la fideiussione possa generalmente essere escussa solo al subentrare di una situazione di crisi del costruttore. Ebbene, la nozione di "*situazione di crisi*" presa in considerazione dall'art. 3 del suddetto decreto, riflette una fattispecie più ampia di quella del solo fallimento del costruttore (che per giunta consiste nel culmine della crisi in cui lo stesso è incorso).

In particolare, è il co. 2 dell'art. 3 a sancire il momento al giungere del quale debba intendersi verificata una situazione di crisi; ovvero al ricorrere "*di una delle seguenti date*:"

- c) *di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;*
- d) *di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;*
- e) *di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;*
- f) *di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria".*

Pertanto, sono da considerare come "*situazioni di crisi*", tanto le fattispecie di insolvenza giudizialmente o amministrativamente accertate (quali ad esempio l'apertura della liquidazione giudiziale, il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, l'avvio della procedura di concordato preventivo); quanto ipotesi di semplice trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto (purché il pignoramento sia relativo esattamente all'immobile del contratto concluso con il costruttore in acclamato stato di insolvenza).

Da ciò si evince come la gamma di fattispecie ricomprese dal legislatore nella nozione di "*situazione di crisi*" ex art. 3 co. 2 del D.lgs. 122/2005 sia molto ampia, garantendo così una tutela quanto mai estesa al promissario acquirente, soprattutto in termini di possibilità di non dover aspettare la dichiarazione di fallimento del costruttore prima di poter agire a salvaguardia delle somme già versate.

Dalla nozione in questione, in ogni caso, si devono escludere tutte quelle ipotesi in cui non si sia giunti ad un'acclarata insolvenza del costruttore o comunque non si siano verificate una serie di

---

<sup>139</sup> G. D'amico, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale. La riforma fallimentare*, L. Panzani, vol. 1 a cura di F. Di Marzio, Ipsoa, Milano 2007, Cap. 2., pag. 51 ss.

presupposti: tali situazioni, pur essendo tali da far sorgere nell'acquirente un fondato timore circa le sorti del proprio contratto e quindi la volontà di sganciarsi dallo stesso il prima possibile, non giustificano ancora l'applicazione del D.lgs. 122/2005.

In tali esclusioni si ravvisa la volontà del legislatore tutelare anche l'interesse dell'impresa "*non irrecuperabilmente in crisi*" - evidentemente opposto a quello dell'acquirente - a non vedere depotenziata la propria strategia di risanamento dal venir meno di una serie di contratti che, per effetto della previsione normativa, potrà quindi cercare di adempiere.

Si arriva, ora, ad analizzare da vicino la disciplina di escussione della fideiussione. Essa è regolata dall'art. 3 del D.lgs. 122/2005.

Come già riportato in precedenza, l'articolo in questione impone che la fideiussione possa essere rilasciata solo da una banca o da un'impresa esercente le assicurazioni e che debba garantire la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata.

La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 c.c.<sup>140</sup> e potrà essere escussa a decorrere dalla data in cui risulta verificata una delle "*situazione di crisi*" a condizione che: (i) l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto nel caso di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; (ii) il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare nei casi di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria (art. 3 co. 3).

L'acquirente, inoltre, per escutere la garanzia, deve consegnare "*idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso*"; tale comunicazione deve essere inviata al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento (art. 3 co. 4).

Entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della suddetta richiesta, il fideiussore, a sua volta, e' tenuto a pagare l'importo dovuto; qualora ciò non fosse adempiuto, il fideiussore sarà

---

<sup>140</sup> Ai sensi dell'art. 1944 c.c.: "*Il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito. Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale. In tal caso, il fideiussore, che sia convenuto dal creditore e intenda valersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione*".

tenuto a rimborsare all'acquirente *“le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi”* (art. 3 co. 6).

Da ultimo è disposto che l'efficacia della fideiussione cessi al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione.

E difatti, come già anticipato, l'opportunità riconosciuta in capo al promissario acquirente di sciogliersi dal preliminare escutendo la fideiussione - così come garantita dalla disciplina fallimentare in conformità con il D.lgs. 122/2005 - deve essere esercitata prima che sia il curatore a prendere una determinazione in merito alla sorte del contratto.

A tal fine, l'ultimo inciso dell'art. 174 C.c.i.i. evidenzia come *“in ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto”*.

Con la scelta di subentrare nel contratto, il promissario acquirente perde, come si è detto, la possibilità di escutere la fideiussione, ma guadagna il trasferimento della proprietà del bene oggetto del preliminare. Si deve sottolineare, però che nell'ipotesi opposta in cui il curatore abbia optato per lo scioglimento del rapporto, prima che il promissario acquirente abbia escusso la garanzia, quest'ultimo è comunque legittimato a riscuoterla. In altre parole, la possibilità di escutere la fideiussione è preclusa solamente nel caso in cui il curatore decida di continuare nel rapporto negoziale, altrimenti essa è fatta salva e l'acquirente potrà avvalersene. Tale conclusione non è direttamente esplicitata dalla norma, ma è conseguenza logica della mancata possibilità, per l'acquirente di ottenere il trasferimento della proprietà con lo scioglimento del preliminare. In sostegno a tale interpretazione si cita il terzo comma dell'art. 3 del D.lgs. 122/2005 che autorizza il promissario acquirente ad escutere la fideiussione, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, concordato preventivo o amministrazione straordinaria *“a condizione che [...] il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare”*.

Sembra, comunque, opportuno soffermarsi ad una riflessione in merito alla disciplina dettata dall'art. 174 C.c.i.i. La disciplina fin qui delineata, infatti, privilegiando chi tra curatore e promissario acquirente si muovi per primo, sembra incoraggiare fughe in avanti: forse, sarebbe stato preferibile prevedere un sistema in base al quale, al fine di evitare tali corse, fosse imposto ad entrambe le parti un tempo predeterminato per discutere della questione della sorte del preliminare e trovare soluzioni vantaggiose per tutti: solo decorso tale tempo, ciascuno dei due contraenti sarebbe quindi tornato libero di trarre le proprie conclusioni <sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> A. Re e G. Scaliti, *Le modifiche alle procedure esecutive immobiliari e alla legge fallimentare*, in *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire: D.lgs del 20 giugno 2005 n. 122*, Utet giuridica, 2006, Capitolo 5, pag 159.

Infine, a conclusione del raccordo del D.lgs. 122/2005 con la disciplina fallimentare e ai fini della completezza dell'analisi della tutela disposta in capo all'acquirente di immobili da costruire, pare opportuno citare l'art. 10 del suddetto decreto, in tema di esenzione e limiti alla esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare qualora oggetto del rapporto contrattuale passibile di revoca sia un atto a titolo oneroso volto al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire <sup>142</sup>.

In particolare, l'art. 10, così come modificato dal D.l. 47/2014, prevede che: *“Gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni”*.

Pertanto, in virtù di tale disposizione, non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, gli atti a titolo oneroso che abbiano come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire a condizione che: (i) *si tratti di immobili ad uso abitativo* (la fattispecie in oggetto, per quanto riguarda la *tipologia degli immobili considerati*, ha dunque un ambito applicativo più ristretto rispetto a quello delle altre fattispecie previste dal decreto legislativo 122/2005 <sup>143</sup>); (ii) *si tratti di immobili nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria, o del proprio coniuge, o di suoi parenti o affini entro il terzo grado*; (iii) *si tratti di atti posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare*.

Il secondo comma dell'art. 10 precisa, infine, che *“non sono, altresì, soggetti alla medesima azione revocatoria i pagamenti dei premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione di cui agli articoli 3 e 4, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso”*.

---

<sup>142</sup> L'esenzione da revocatoria fallimentare in questione è stata oggetto, in un breve arco temporale, di plurimi interventi legislativi, tra cui: il D.l. n. 35 conv. In L. n. 80 del 2005 che è intervenuto sul testo dell'art. 67 della legge fallimentare; il D.lgs. n. 122 del 2005 che, mentre all'art. 11 interveniva sul testo della legge fallimentare introducendo l'art. 72-*bis*, prevedeva all'art. 10 autonomi limiti all'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare senza innesto sul testo della legge fallimentare; ed infine il D.lgs. n. 169 del 2007 che ha nuovamente modificato il testo dell'art. 67 l.f.

<sup>143</sup> Altra unica eccezione è quella detta dall'art. 9 in tema *diritto di prelazione*, anch'essa limitata alle sole tipologie residenziali.

#### 4.4 Preliminare di vendita di cosa futura

L'ultimo paragrafo del presente capitolo si occupa, infine, di analizzare le conseguenze giuridiche che l'apertura della procedura fallimentare può comportare in relazione all'istituto del contratto preliminare di vendita di cosa futura nella sua accezione generale, di cui il caso appena trattato di preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire o in corso di costruzione, rappresenta sicuramente la variante più importante ed utilizzata nella pratica immobiliare.

In particolare, in merito, si registra un'importante pronuncia della Corte di Cassazione, la sentenza del 29 marzo 2007, n. 7252 <sup>144</sup>, la quale dispone che i contratti preliminari di vendita di cosa futura non sono suscettibili di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. in quanto l'avvenuta esistenza della cosa costituisce un presupposto della suddetta azione.

In particolare la Corte afferma che *“non può ottenersi la pronuncia di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, qualora le parti del contratto preliminare di vendita di cosa futura abbiano espressamente subordinato la stipula del contratto definitivo alla avvenuta edificazione degli immobili oggetto dello stesso”*.

Sulla stessa linea di principio, si riporta un'altra importante pronuncia prodotta dalla Cassazione nello stesso anno - la sentenza del primo marzo 2007, n. 4888, - con la quale si è affermata l'intoccabilità della facoltà del curatore di sciogliersi o subentrare dal preliminare di vendita di cosa futura, a prescindere proprio dall'avvenuta trascrizione dell'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c.; ciò nonostante quello che era stato il recente *renvirement* promulgato dalla stessa Corte nel 2004.

In tal caso, infatti, la Corte si è concentrata sulla diversità di efficacia che intercorre tra un contratto preliminare di vendita di cosa futura e un contratto di compravendita di bene futuro: solo il secondo istituto comporta un effetto traslativo immediato al momento in cui la cosa oggetto del contratto viene ad esistenza. Viceversa, la stipula di un preliminare produce effetti meramente obbligatori, inserendosi in uno schema negoziale a formazione progressiva, che il curatore ben può decidere di sciogliere o continuare.

In altre parole, il contratto preliminare di cosa futura produce, fin dal momento in cui si perfeziona, l'effetto obbligatorio che gli è proprio vincolando le parti alla stipulazione del definitivo, che assorbe completamente il precedente e determina il trasferimento della proprietà del bene promesso<sup>145</sup>. L'effetto traslativo si perfeziona, dunque, con un nuovo e diverso contratto ed in ciò la

---

<sup>144</sup> Uguale conclusione si rinviene, peraltro, in Cass. 20 luglio 1979, n. 4338, in *foreuropeo.it*, la rivista giuridica online, Reg. 98/2014, Tribunale di Roma.

<sup>145</sup> Sentenza, Tribunale di Roma, dott. Antonio Perinelli, 10 novembre 2016, n. 20979, in *Preliminare di vendita di cosa futura: insuscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932*, a cura di *www.expartecreditoris.it*, Rivista informazione giuridica

figura del preliminare di vendita di cosa futura si distingue dal contratto di vendita di cosa futura che costituisce una vendita di per sé perfetta, sia pur ad effetti obbligatori e non reali, “*risiedendo l’unica particolarità nel differimento dell’effetto traslativo ed essendo attribuito lo ius ad habendam rem nel momento in cui la cosa venga ad esistenza*”<sup>146</sup>.

A differenza del preliminare, infatti, la vendita di cosa futura non integra gli estremi del contratto in formazione ma, pur comportando il passaggio della proprietà della cosa all’acquirente simultaneamente e per effetto della semplice manifestazione del consenso, configura una ipotesi di vendita obbligatoria perfetta sin dall’origine, di per sé sufficiente ex art. 1472 co. 1 c.c. a produrre automaticamente l’effetto traslativo della proprietà nel momento in cui la cosa verrà ad esistenza, e ciò senza che occorra un successivo atto di trasferimento<sup>147</sup>.

In particolare, il punto cruciale può essere così individuato: non essendo ancora venuto ad esistenza il bene oggetto del negozio, ed essendo quest’ultimo un preliminare che obbliga solamente sul piano della stipula del definitivo, senza esplicitare, dunque, alcun effetto traslativo, la non avvenuta esistenza della *res futura* impedisce al promissario acquirente di poter agire in giudizio sia ai sensi dell’art. 2932 c.c., nel caso in cui sia stata convenuta la necessaria completezza del bene futuro, sia per il recesso per inadempimento del promittente venditore. Conseguentemente, in caso di sopravvenuto fallimento dell’alienante, al promissario acquirente è impedito di insinuarsi al passivo per il risarcimento del danno, in completa attuazione dell’art. 172 co. 4 C.c.i.i. (attualmente ancora art. 72 co. 4 l.f.)

Difatti, queste le parole dei giudici di legittimità: “*Il contratto preliminare di vendita di cosa futura ha come contenuto la stipulazione di un successivo contratto definitivo e costituisce, pertanto, un contratto in formazione, produttivo dal momento in cui si perfeziona, di semplici effetti obbligatori preliminari, distinguendosi dal contratto di vendita di cosa futura che si perfeziona "ab initio" ed attribuisce lo "ius ad habendam rem" nel momento in cui la cosa venga ad esistenza; ne consegue che, accertata la sussistenza di un contratto preliminare di vendita di cosa futura, nel caso di fallimento del promittente venditore, anche quando il promissario acquirente abbia già proposto domanda giudiziale per l’adempimento in forma specifica ai sensi dell’art. 2932 cod. civ. ed abbia, inoltre, trascritto la domanda stessa, resta impregiudicata per il curatore - ai sensi dell’art. 72 legge fall. - la facoltà di dare esecuzione al contratto, oppure (come nel caso di specie) di chiederne lo scioglimento, con l’effetto, in tal caso, che la parte non inadempiente non può insinuare al passivo il credito risarcitorio costituito dal doppio della caparra confirmatoria versata, dal momento che la "res futura" non è ancora venuta ad esistenza e, conseguentemente,*

---

<sup>146</sup> Sul punto v. Cass. Civ. 27/05/1992 n° 6383

<sup>147</sup> Sul punto v. Cass. Civ. 10/08/2006 n° 18129.

*anteriormente all'apertura della procedura concorsuale, non era ancora sorto, in capo al promissario acquirente il diritto al recesso derivante dall'inadempimento dell'altro contraente”.*

Da tale pronuncia emerge chiaramente quello che è uno dei principi cardini della disciplina concorsuale in materia di effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione: l'impossibilità di far valere nel passivo, insieme all'eventuale credito, pretese risarcitorie qualora il curatore opti per scioglimento del contratto.

Con particolare riferimento allo specifico caso del preliminare di cosa futura, si deve ulteriormente considerare che, non essendo il bene dedotto nel rapporto venuto ad esistenza, il promissario acquirente non ha alcun potere di reclamare il suo diritto ad ottenere il doppio della caparra versata ai sensi dell'art. 1385 c.c.<sup>148</sup>, non essendo ancora sorto il suo diritto di recesso, postulato necessario per l'applicazione della suddetta norma. Infatti, dal momento che il bene pattuito non è ancora venuto ad esistenza, al promissario acquirente è negato l'esercizio della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c. e rimane quale unico strumento di tutela: l'esperimento del diritto di recesso postulato ai sensi dell'art. 1373 c.c. (recesso unilaterale)<sup>149</sup>. Tale diritto, però, non può essere correlato alla pretesa risarcitoria espressa dall'art. 1385 c.c.: non essendo venuto ancora ad esistenza il bene oggetto del preliminare, infatti, non è configurabile un'ipotesi di inadempimento contrattuale e, conseguentemente non è avanzabile la richiesta di ottenere, ai fini risarcitori, il doppio della caparra confirmatoria stipulata in sede negoziale.

La parte adempiente che agisce per ottenere l'esecuzione del contratto manifesta la sua intenzione di ottenere per via giudiziale l'adempimento del medesimo e dunque, formulando domanda per ottenere sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto definitivo, esaurisce il suo potere di scelta tra le opzioni disponibili, e dunque di poter optare, tra le altre, per il recesso unilaterale a norma dell'art. 1373 c.c..

---

<sup>148</sup> Ai sensi dell'art. 1385 c.c. (caparra confirmatoria): *“Se al momento della conclusione del contratto una parte da' all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.*

*Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.*

*Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali”.*

<sup>149</sup> Ai sensi dell'art. 1373 c.c. (recesso unilaterale): *“Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.*

*Nei contratti ad esecuzione periodica [1467] tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.*

*Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.*

*È salvo in ogni caso il patto contrario”*

Da ciò ne deriva l'infondatezza della domanda tesa ad ottenere la soddisfazione in sede concorsuale del diritto al risarcimento del danno predeterminato attraverso la caparra, atteso che quel diritto non è in concreto maturato prima dell'apertura del concorso formale, perché non è stato esercitato attraverso il recesso, e ne' può più essere esercitato una volta dichiarata aperta la procedura concorsuale. Tantomeno, la scelta del curatore di sciogliersi dal contratto può giustificare pretese risarcitorie dalla parte *in bonis*, in quanto il suo scioglimento non è omologabile né al recesso né alla risoluzione<sup>150</sup>. L'anticipata interruzione del rapporto non comporta, infatti, alcuna possibilità di riconoscere pretese risarcitorie non riconducibili a situazioni precedenti il fallimento, dato che l'apertura della procedura determina necessariamente la cristallizzazione dei crediti, il cui conteggio, agli effetti del concorso, va eseguito per l'importo esistente alla data di apertura della procedura. Si ricorda, infatti, che il quarto comma dell'art. 172 C.c.i.i. - in applicazione della disciplina generale contenuta nell'art. 72 co. 4 l.f. - dispone chiaramente che "*in caso di scioglimento del contratto [...] il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno*". Ebbene, proprio per la sua funzione, tipicamente risarcitoria, la caparra confirmatoria rientra in tale disposizione.

---

<sup>150</sup> L'effetto ricollegato allo scioglimento del contratto per volontà del curatore è stato, infatti, definito in dottrina "*resiliazione*", quale fenomeno *sui generis* di cessazione del vincolo contrattuale, non inquadrabile né nella categoria del recesso, né in quella della risoluzione di diritto. La dichiarazione di fallimento rientra, dunque, tra le "cause ammesse dalla legge" che ai sensi dell'art. 1372 co. 1 c.c. possono produrre lo scioglimento del contratto pur in mancanza del mutuo consenso tra le parti.

- sul punto si veda A. Nigro e D. Vattermoli, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, 2017, IV Ediz., pag. 186 e ss.

## **CAPITOLO 5 - FATTISPECIE PARTICOLARI**

*SOMMARIO: - 5.1 Preliminare di compravendita ad effetti anticipati - 5.2 Preliminare di immobile in comproprietà - 5.3 L'esenzione dalla revocatoria fallimentare del preliminare di immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'impresa.*

### **5.1 Preliminare di compravendita ad effetti anticipati.**

L'ultimo capitolo del presente elaborato, come fin da subito anticipato, vuole essere un'analisi mirata ad alcune fattispecie peculiari di contratto preliminare di compravendita immobiliare e della loro sorte nel caso siano coinvolti, quali contratti in corso di esecuzione, nell'apertura di una liquidazione giudiziale.

La prima ipotesi particolare che desta attenzione è rappresentata dal c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati.

Con riferimento al contratto preliminare di compravendita di immobile, soprattutto qualora tale negozio abbia ad oggetto - ancora una volta - un immobile da costruire o in corso di costruzione, si è già in più punti sottolineata la prassi, particolarmente diffusa nel settore immobiliare, di anticipare, proprio con la stipula del preliminare, alcuni effetti del futuro rapporto definitivo.

In particolare, le parti, nel momento in cui si accordano preliminarmente sulla futura vendita, si vincolano, altresì, a soddisfare fin da subito una parte delle obbligazioni tipiche del contratto in evidenza; prestazioni in realtà nascenti sul piano giuridico solamente con la stipula del definitivo. Le prestazioni che vengono tipicamente anticipate in sede di conclusione del preliminare dai contraenti sono l'immediato pagamento di una parte o del totale del prezzo per l'acquisto dell'immobile oggetto del negozio e la contestuale immissione nell'immobile medesimo, di cui il promissario acquirente potrà così disporre in via anticipata.

Un tale schema contrattuale, in breve, comporta l'anticipazione di quegli effetti tipici del contratto di compravendita immobiliare (acquisto della proprietà a fronte del pagamento di una somma di denaro) che si consolideranno solamente con la stipula del definitivo, non avendo il preliminare alcun effetto traslativo sul piano giuridico: per tale motivo un siffatto accordo viene definito come contratto preliminare ad effetti anticipati.

Calando questa peculiare tipologia contrattuale all'interno della disciplina fallimentare, si deve evidenziare come per molto tempo dottrina e giurisprudenza siano state divise circa il destino a cui la stessa dovesse andare incontro. Più precisamente, fino al 2004, si discuteva circa l'applicabilità

dell'art. 72, co. 4 l.f. alla disciplina in esame: gli interpreti, cioè, si domandavano se il curatore conservasse la facoltà di sciogliersi del preliminare quand'anche le parti vi avessero già dato esecuzione anticipata.

Secondo una parte della dottrina<sup>151</sup>, infatti, la facoltà di scioglimento poteva essere riconosciuto all'organo della procedura solamente nel caso in cui nessuno dei due contraenti avesse adempiuto alla definitiva obbligazione, pagando anticipatamente il prezzo dell'immobile e/o consegnando la materiale disponibilità del medesimo.

Al contrario, una seconda parte della dottrina<sup>152</sup> sosteneva la necessità che fosse avvenuto il trasferimento del diritto reale affinché fosse precluso al curatore il potere di sciogliere il rapporto.

Su tale dibattito dottrinale, la giurisprudenza si era espressa più volte in maniera contrastante.

Una pronuncia della Corte di Cassazione del 1999 avvalorava la tesi secondo la quale la facoltà del curatore sarebbe ostacolata anche dal solo pagamento del prezzo: “[...] *pertanto, malgrado una autorevole, ma isolata, opinione contraria della dottrina - secondo la quale il curatore ha la facoltà di scegliere tra subentro e scioglimento del contratto anche se il prezzo sia stato pagato e la vendita sia stata quindi interamente eseguita dal compratore - si devono applicare le regole generali in virtù delle quali, se il contratto è stato interamente eseguito da uno dei contraenti, residua per il fallimento un credito ovvero un debito da soddisfarsi in moneta fallimentare; nel caso di fallimento del venditore, quando il compratore abbia già pagato il prezzo, un debito proporzionato al valore della cosa, salvo che la proprietà sia già passata prima del fallimento e salvi gli effetti della trascrizione della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*”<sup>153</sup>.

Tale orientamento, però, è stato condiviso per ben poco tempo: ben presto la maggior parte dei giudici di legittimità hanno negato qualsiasi preclusione al potere di scelta del curatore fintanto che non fosse avvenuto il trasferimento del bene, trasferimento che si consolida solo ed esclusivamente con la stipula del definitivo, unico rapporto idoneo ad esplicare effetti reali.

Questa seconda opinione è sicuramente quella maggiormente condivisibile se si considera la funzione, nonché la natura del contratto preliminare, il quale obbliga le parti solamente alla stipula del definitivo, senza possibilità alcuna di produrre effetti traslativi del diritto in questione.

---

<sup>151</sup> Tra gli esponenti si citano: F. Rocchio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Corriere Giuridico*, novembre 2004; A. Luminoso, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D.lgs. 122/2005)*. Appendice a *La compravendita*, Giappichelli, Milano 2005.

<sup>152</sup> Tra i tanti si cita: F. Di Marzio, *Contratti in esecuzione e fallimento*, Ipsoa, Milano 2007; D'Amico, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007; F. Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Rivista del notariato*, 1997; Cass. Civ. 14.04.2004. n. 7070; Cass. Civ. 08.02.2000 n. 1376; Cass. Civ. 27.04.2012 n. 6583, in [www.Dejure.it](http://www.Dejure.it).

<sup>153</sup> Cass. Civ. 06.02.1999 n. 1037.

Emblematica, in tal senso, è la sentenza della Cassazione del 14 aprile 2004 n. 7070, la quale afferma chiaramente che: “con riferimento alla norma dell’art. 72 l.f., l’esecuzione del contratto preliminare di compravendita, idonea ad impedire la facoltà di scioglimento unilaterale del contratto conferita al curatore, si deve identificare o in quella che deriva dalla volontaria stipulazione del contratto definitivo, o nella statuizione giudiziale passata in cosa giudicata che tenga luogo di quella stipulazione, poiché soltanto in uno di tali modi si può verificare l’effetto traslativo della proprietà della cosa e l’esaurimento della situazione giuridica obbligatoria scaturente dal contratto preliminare, nella pendenza della quale, invece, può legittimamente inserirsi l’iniziativa di sciogliersi del curatore”. Conclude, poi, la Corte “tale iniziativa, per conseguenza, non può trovare ostacolo né nella circostanza che sia già avvenuto il pagamento del prezzo, con l’immissione del promissario acquirente nel possesso del bene, trattandosi di effetto soltanto prodromico ed anticipatore del divisato assetto di interessi ma non già realizzatore di un effetto traslativo, né nella circostanza che, prima della dichiarazione di fallimento, la domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo a contrarre del promissario acquirente sia stata trascritta ai sensi dell’art. 2652 n. 2 c.c. [...]”<sup>154</sup>.

Riassumendo, oggi è opinione prevalente che solamente con la stipula del definitivo, volontaria o coattiva a seguito del passaggio in giudicato della sentenza costituiva pronunciata ai sensi dell’art. 2932 c.c., il curatore si veda preclusa la possibilità di scegliere tra il subentro o lo scioglimento del preliminare: fintanto che ciò non avvenga, invece, il preliminare, pur produttivo di effetti anticipati, esplica solamente effetti obbligatori e, in quanto tale, non è idoneo al trasferimento del diritto di proprietà, non potendo, dunque, in alcun modo ostacolare la facoltà dell’organo della procedura di optare per la soluzione più proficua alla massa passiva fallimentare.

Sancito il principio, ormai largamente condiviso nel mondo giuridico<sup>155</sup>, secondo il quale il curatore conserva la possibilità di scelta in caso di preliminare di compravendita ad effetti anticipati<sup>156</sup>, bisogna ora affrontare il problema relativo alle sorti delle prestazioni già poste in essere in virtù del suddetto contratto, qualora, intervenuta dichiarazione di fallimento in capo ad uno dei due

---

<sup>154</sup> Sul punto, ugualmente si pronunciano: Cass. Civ. 22.12.2005 n. 28479; Cass. Civ. 22.12.2005 n. 28480.

<sup>155</sup> F. Guidi, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Art. 72 e 72bis l.f.* in *Il giovedì del curatore*, a cura di ODCEC PISTOIA; G. Belli, in *Preliminare ad effetti anticipati e fallimento del promittente venditore*, 25 novembre 2010; Cass. Civ. 08.02. 2000 n. 1376; Cass. Civ. 21/10/2005 n. 20456, in *www.Dejure.it*.

<sup>156</sup> Tale indiscusso potere del curatore trova, però, un’ eccezione nel caso in cui il contraente *in bonis* abbia già esperito e trascritto domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre ai sensi dell’art. 2932 c.c.: in un siffatto caso, infatti, qualora la domanda ex art. 2932 c.c., purché trascritta anteriormente alla dichiarazione di fallimento, venisse accolta dal giudice *de quo*, i suoi effetti retroagirebbero al momento della trascrizione della medesima, rendendo la stipula del contratto definitivo efficace a partire da quello stesso giorno e precludendo, così, al curatore la possibilità di sciogliersi dal rapporto negoziale ormai stabile.

contraenti, l'organo della procedura opti per il suo scioglimento. Infatti, in tal caso, appare necessario delineare l'entità delle prestazioni restitutorie.

Con riferimento agli obblighi gravanti sul promissario acquirente, dichiarato fallito, al quale era stato fin da subito consegnato l'immobile, è opportuno soffermarsi sulla qualificazione giuridica che guadagna nei confronti del bene tale soggetto, in virtù dell'anticipata immissione nella disponibilità materiale del medesimo.

Per lungo tempo, infatti, la dottrina si è interrogata circa la posizione che il promissario acquirente occupi rispetto al bene del quale sia venuto anticipatamente in possesso. In particolare si tratta di stabilire se egli sia qualificabile come soggetto "possessore" o come semplice "detentore"<sup>157</sup>. Optare per l'una o per l'altra configurazione, infatti, comporta sul piano giuridico conseguenze molto diverse: propendere per un'ipotesi di possesso dell'immobile, fa sorgere la possibilità per il promissario acquirente di divenirne, nel tempo, proprietario per usucapione; viceversa, qualora egli sia ritenuto semplice detentore del bene, non potrà mai aspirare ad acquistarne la proprietà e il curatore potrà dunque effettuare la sua scelta liberamente, anche anni dopo l'apertura della procedura concorsuale, senza aver necessità di "interrompere *l'animus possidendi*" del promissario acquirente e potendo, così, tranquillamente recuperare in ogni momento l'immobile alla massa attiva.

Ebbene, fino ai primi anni del 2000 era prevalsa l'idea che il promissario acquirente avrebbe dovuto essere considerato un "possessore" a tutti gli effetti e ciò sulla base di almeno tre argomentazioni.

In primo luogo, si è affermato che la consegna del bene in virtù di un preliminare ad effetti anticipati realizzasse una situazione possessoria in quanto tale accordo sarebbe stato da inquadrare nell'alveo dei contratti definitivi sottoposti a condizione sospensiva, realizzata con l'atto successivo necessario al solo trasferimento della proprietà. Per i sostenitori di tale tesi<sup>158</sup>, in breve, con il

---

<sup>157</sup> Si ricorda che, ai sensi dell'art. 1140, co. 1, c.c. il possesso è il potere materiale sulla cosa manifestato attraverso un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.

Il comma successivo della disposizione in questione, invece, indicando la possibilità di possedere anche in via indiretta, ossia "*per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa*", individua l'opposta situazione soggettiva della "detenzione". Quest'ultima si caratterizza per il riconoscimento dell'altruità della proprietà o di altro diritto reale. La principale differenza tra le due situazioni materiali di dominio, risiede, pertanto, nell'elemento psicologico del soggetto che gode della disponibilità della cosa: lo stato soggettivo del possesso presuppone la volontà di comportarsi come titolari del diritto di proprietà o di altro diritto reale (*c.d. animus possessionis*); viceversa, nella detenzione tale requisito è carente poiché si presuppone l'altruità del diritto di proprietà o diritto reale minore. In tal caso si parla di "*animus detinendi*": il detentore, infatti, non ha affatto la volontà di esercitare poteri sulla *res* a nome proprio, poiché la sua relazione con la cosa si fonda sempre sulla titolarità di un diritto personale di godimento, nell'interesse proprio o altrui (per ragioni di servizio ovvero di ospitalità) e nel riconoscimento dell'altrui proprietà (*c.d. laudatio possessionis*).

<sup>158</sup> D. Cortucci, *Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, in *Rassegna di diritto civile* 3/1994, pag. 636 : "*L'apposizione di una clausola accessoria che preveda, al momento della stipula del contratto preliminare, l'integrale versamento del prezzo a fronte della consegna del bene, rivela inequivocabilmente il comune proposito delle parti di anticipare gli effetti finali del trasferimento del diritto di proprietà (differito quest'ultimo al momento della stipula del contratto definitivo*

preliminare ad effetti anticipati veniva realizzata la stessa situazione conseguente ad un contratto di vendita con riserva di proprietà, la quale fa sorgere in capo all'acquirente una situazione possessoria.

Per un'altra parte della dottrina<sup>159</sup>, invece, il preliminare ad effetti anticipati era da inquadrare giuridicamente tra i c.d. "contratti misti", poiché la sua causa veniva vista quale semplice sommatoria delle ragioni pratiche economiche di due contratti: il preliminare e il definitivo. Sulla base di questa premessa, si è ritenuto che il preliminare ad effetti anticipati realizzasse contestualmente le caratteristiche tanto del preliminare che del definitivo, in quanto produttivo degli effetti obbligatori tipici di quest'ultimo (consegna e pagamento): la posizione del promissario acquirente, pertanto, era quello di possessore.

Infine, i sostenitori della terza argomentazione<sup>160</sup>, pur rilevando un'analogia tra il contratto preliminare ad effetti anticipati ed il contratto di *leasing finanziario*, concludevano per la qualifica di "possessore" in capo al promissario acquirente, evidenziando la differenza tra i due istituti negoziali: obbligatorietà della stipulazione del definitivo propria del contratto preliminare (data dall'esistenza della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.); facoltà di scelta concessa all'utilizzatore tipica del contratto di *leasing*.

Con l'inizio del secondo millennio, però, la dottrina ha iniziato ad evidenziare con sempre maggior enfasi il carattere meramente obbligatorio del contratto preliminare ad effetti anticipati,

---

*di compravendita), equivalendo nella sostanza a dire che la consegna del bene al promittente acquirente, che ne ha pagato il relativo prezzo, è qualificabile giuridicamente quale attribuzione del possesso del bene stesso con tutte le conseguenze che ne derivano, in primis la configurabilità di un possesso ad usucapionem"; anche R. De Matteis, La contrattazione preliminare, dall'inquadramento teorico alle questioni della pratica giudiziaria, Giappichelli, Milano 26 maggio 2017: l'autore osserva l'indubbia assonanza nel caso in cui sia stata pattuita la consegna immediata del bene accompagnata dal pagamento immediato del prezzo frazionato in rate, delle quali l'ultima da adempiere in data coincidente con la stipulazione del definitivo, che segna il passaggio in proprietà della res.*

<sup>159</sup> Sul punto, si veda Lener, *Contratto preliminare ad esecuzione anticipata del definitivo e rapporto intermedio*, in *Foro It.*, 1977, c. 672, il quale ravvisa l'esistenza di un procedimento traslativo nella successione dei due negozi, derogatorio del principio del consenso traslativo; F. Rocchio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Corriere Giuridico*, novembre 2004.

<sup>160</sup> Tra i sostenitori della tesi della combinazione di preliminare e definitivo quale negozio complesso con elementi del preliminare, della vendita e della locazione finanziaria si cita: Corrias, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del cd. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, pag. 1018; G. Lener, *Immissioni intollerabili e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'actio negatoria. La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati"*, in *Foro it.*, 1994; L. Loche, *Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*, in *Riv. giur. sarda*, 1986.

Più precisamente, secondo tali esponenti, pur producendo il contratto effetti obbligatori, il promissario acquirente, che abbia pagato integralmente il prezzo, è nondimeno qualificabile come possessore, accompagnandosi alla immissione nel godimento della *res* un diritto all'acquisto, suscettibile di tutela ex art. 2932 e, dunque, di rilievo diverso rispetto ai normali diritti personali di godimento. Il promissario acquirente, si è scritto, da un punto di vista economico-sostanziale "è legittimato a godere ad modum domini della cosa" e "il godimento da lui conseguito ha un significato ben diverso dal godimento di un inquilino o di un affittuario".

avvicinandosi all'opposta tesi a sostegno della "detenzione" come situazione giuridica qualificante la disponibilità materiale anticipata in capo al promissario acquirente. Infatti, in virtù dell'applicazione della regola generale secondo la quale alla conclusione di un contratto ad efficacia reale corrisponde la nascita di una situazione di possesso, mentre alla stipula di un contratto ad efficacia obbligatoria corrisponde una posizione di mera detenzione, essendo il contratto preliminare, anche se ad effetti anticipati, inquadrabile in quest'ultima ipotesi, è risultato chiaro come si dovesse propendere per la posizione di detenzione dell'acquirente.

A dirimere il conflitto in questione sono intervenute, da ultime, le Sezioni Unite della Cassazione: la sentenza 27.03.2008 n. 7930, in riferimento a un preliminare ad effetti anticipati avente ad oggetto un bene immobile, ha concluso che la posizione del promissario acquirente è da qualificare come detenzione <sup>161</sup>.

Nel giungere a una siffatta decisione, la Corte, procedendo sulla base di un collegamento negoziale, menziona tanto il contratto di comodato d'uso, quanto il contratto di mutuo gratuito: i due negozi, considerati insieme, realizzerebbero, a detta dei giudici di legittimità, la medesima operazione economica del caso in questione, ovvero del preliminare ad effetti anticipati.

Più precisamente, la Corte ha qualificato la consegna anticipata del bene quale contratto di comodato <sup>162</sup>, negozio ad efficacia obbligatoria che, pertanto, implica una situazione di detenzione in capo al ricevente; viceversa ha classificato il pagamento anticipato del prezzo come contratto di mutuo gratuito.

È opportuno sottolineare che nel seguire tale ragionamento, le SU hanno adoperato schemi negoziali non adatti alle caratteristiche del contratto oggetto della controversia. Si obietta, infatti, che se la caratteristica del preliminare è il suo carattere obbligatorio in ordine al definitivo e se è possibile chiederne la sentenza costitutiva al giudice in quanto esso obbliga al trasferimento della proprietà, appare subito evidente come le due figure prese in considerazione dalla Cassazione rispondano a caratteristiche completamente diverse: il contratto di comodato fa sorgere un rapporto assolutamente precario, in quanto in ogni momento il comodante può pretendere la restituzione del bene al comodatario; il contratto di mutuo, dal canto suo, configura un'ipotesi di prestito di denaro che, dunque, fa nascere un'obbligazione di restituzione della somma ricevuta, maggiorata oltretutto degli interessi. Nel preliminare di compravendita ad effetti anticipati, invece, lo si ribadisce, esiste

---

<sup>161</sup> R. Sacco e R. Caterina, *Gli elementi del possesso*, in *Il possesso, Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 2014, Cap. 5.

<sup>162</sup> Cass. Civ. 27.03.2008 n. 7930: "*Nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile "ad usucapionem" salvo la dimostrazione di un'intervenuta 'interversio possessionis' nei modi previsti dall'art. 1141 cod.civ.*".

un vero e proprio obbligo a far acquisire la proprietà del bene in precedenza consegnato e la somma di denaro pagato in anticipo non è affatto qualificabile come prestito, bensì corrisponde esattamente al corrispettivo del prezzo necessario per l'acquisto del bene consegnato.

In definitiva, nonostante il percorso logico seguito dalle Sezioni Unite sia più che mai criticabile, la soluzione risulta al contrario fortemente condivisibile: opinione ormai pressoché indiscussa è, dunque, quella che qualifica la consegna anticipata del bene come situazione di detenzione<sup>163</sup>.

Pertanto, alla luce di questa importante pronuncia delle Sezioni Unite, il promissario acquirente che fosse entrato nell'immediata disponibilità materiale dell'immobile in virtù di un preliminare ad effetti anticipati, è da qualificare come mero detentore del bene medesimo e, in quanto tale, in caso di intervenuto fallimento, deve restituire al promittente alienante, oltre all'immobile, anche i frutti della cosa dalla data di apertura della procedura, equivalendo quest'ultimo ad uno spossessamento.

In virtù della sentenza della Cassazione 11 novembre 1994 n. 9423, al promittente venditore *in bonis*, che subisca lo scioglimento del contratto, spetta un giusto compenso, per il periodo in cui non ha goduto del bene anticipatamente consegnato al promissario acquirente poi fallito: tale periodo intercorre dalla data di consegna dell'immobile e la data di comunicazione della volontà del curatore di sciogliersi dal preliminare. Ciò in virtù di un di una condivisibile applicazione analogica dell'art. 80 co. 2 l.f. (corrispondente all'art. 185, co. 2 C.c.i.i.), riguardante il recesso dal contratto di locazione da parte dell'organo della procedura del fallimento del conduttore<sup>164</sup>.

Infine, nell'opposto caso di fallimento del promittente venditore, sul promissario acquirente graverà sempre l'onere di riconsegnare l'immobile nonché i frutti percepiti dalla data di apertura della procedura; parallelamente, però gli è riconosciuto un credito restitutorio pari al pagamento anticipato del prezzo per l'acquisto dell'immobile, maggiorato degli interessi al tasso legale dalla data di pagamento. Si nega, invece, il risarcimento del danno, in applicazione della generale disciplina in materia di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione e contestuale ammissione al passivo degli eventuali crediti (art. 172 co. 4 C.c.i.i.<sup>165</sup>).

---

<sup>163</sup> Ad ulteriore conferma di tale conclusione si riporta la massima pronuncia dal Tribunale di Lucca con la sentenza del 18 gennaio 2017, n. 206: “*In caso di preliminare di vendita con consegna del bene prima del contratto definitivo, il promissario acquirente diviene mero detentore del bene stesso. Al promissario acquirente non spettano quindi il diritto all'indennità per i miglioramenti e il diritto di ritenzione, attribuiti dagli articoli 1150 c.c. e 1152 c.c. esclusivamente al possessore*”.

<sup>164</sup> V. Tagliaferri, in *Vendita, permuta, leasing. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2010.

<sup>165</sup> Si ricorda che l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa, e con esso di tutta la disciplina relativa ai contratti pendenti, tra cui il citato articolo 172, è stata recentemente differita ed è attualmente prevista per settembre 2021 (D.l 08.04.2020 n. 23).

## 5.2 Preliminare di immobile in comproprietà.

Un'ulteriore fattispecie particolare da affrontare è quella riguardante l'ipotesi di un contratto preliminare avente ad oggetto l'acquisto di un immobile in comproprietà, qualora sopravvenisse dichiarazione di fallimento in capo ad uno dei comproprietari promittenti alienanti.

Si deve, infatti, tenere presente che per effetto dell'apertura di una procedura concorsuale in capo ad uno dei comproprietari di un immobile, non viene meno la contitolarità del bene stesso, quale situazione giuridica patrimoniale.

Sulla base di tale premessa, si innesta il problema di analizzare le conseguenze che la dichiarazione di fallimento intervenuta in capo ad uno dei comproprietari del bene da alienare comporta.

In particolare, la Corte di Cassazione ha stabilito che, qualora l'immobile oggetto del preliminare costituisca un'ipotesi di bene indivisibile, l'apertura della liquidazione giudiziale in capo ad uno dei contitolari e la contestuale istanza di scioglimento da parte del curatore, comporta l'impossibilità di procedere ad un'esecuzione specifica *pro quota* del preliminare medesimo da parte dei restanti comproprietari rimasti *in bonis*. Parallelamente, dunque, è preclusa anche al promissario acquirente la possibilità di pretendere la suddetta esecuzione di cui all'art. 2932 c.c.

Sul punto, infatti, la Corte si pronuncia come segue: *“In tema di contratto preliminare di vendita di immobile indiviso, ove il bene sia stato considerato dalle parti come un “unicum” inscindibile e non con riferimento alle singole quote facenti capo a ciascuno dei comproprietari, allorché uno di costoro successivamente fallisca ed intervenga, poi, la dichiarazione di scioglimento del contratto da parte del curatore ex art. 72, co. 4 della legge fall., resta preclusa al promissario compratore la possibilità di ottenere la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. nei confronti degli altri comproprietari promittenti venditori rimasti in bonis, sia pure limitatamente alle loro quote, poiché la dichiarazione di scioglimento del curatore determina il venir meno con effetti retroattivi della volontà negoziale unitaria manifestata dai promittenti; non essendo pertanto ipotizzabile una scindibili dell'unico contratto, la sopravvenuta impossibilità di adempiere da parte dei promittenti venditori in bonis esclude parimenti che possa essere coltivata nei loro confronti alcuna azione di risoluzione, discendente da inadempimento anteriore allo scioglimento”*<sup>166</sup>.

Tale orientamento giurisprudenziale risale alla già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 239 del 1999, la quale ha risolto il contrasto circa la possibilità per l'attore promissario acquirente di ottenere, in caso di sopravvenuto fallimento in capo ad uno dei promittenti contitolare dell'immobile, la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. limitatamente alla quota del comproprietario rimasto *in bonis*, o altresì alla possibilità di ottenere una pronuncia sostitutiva del consenso mancante.

---

<sup>166</sup> Sul punto v. Cass. 24.07.2009 n. 17405.

La controversia è stata per l'appunto risolta in negativo, in virtù del principio civilistico secondo il quale la promessa di vendita di un bene in comunione è, di norma, basata sulla considerazione che il bene oggetto della medesima si un "unicum" inscindibile e non una somma delle singole quote facenti capo a ciascun comproprietario: pertanto, a meno che non risulti la volontà di scomporre l'affare in tanti distinti contratti quante sono le quote del bene, i contitolari costituiscono un'unica parte contrattuale complessa e le relative dichiarazioni di voler vendere si fondano in un'unica volontà negoziale. Da ciò discende necessariamente che, se una di tali singole dichiarazioni manca, sia invalida o venga meno, il contratto preliminare di vendita deve considerarsi inefficace *ab origine* per mancato accordo tra i comproprietari (vizio inerente alla manifestazione della volontà delle parti di concludere il negozio e in quanto tale idoneo a produrne fin dall'origine il perfezionamento) e la relativa domanda di esecuzione in forma specifica debba essere rigettata per infondatezza <sup>167</sup>.

Concentrandosi, ora, sull'ipotesi di intervenuto fallimento in capo ad uno dei comproprietari e tenendo presente le asserzioni appena enunciate, è facile comprendere come la dichiarazione del curatore di volersi sciogliere dal preliminare relativa al bene indiviso travolga l'intero accordo preliminare e non si riduca, invece, ad impedire semplicemente la pronuncia della sentenza costitutiva limitatamente alla quota del fallito. Infatti, mentre la semplice apertura della procedura giudiziale in capo ad uno dei contraenti non caduca il rapporto negoziale ineseguito, ma ne determina la semplice quiescenza e la temporanea indisponibilità alla massa attiva, l'istanza di scioglimento da parte del curatore pone definitivamente fine al vincolo contrattuale. Sul punto la sentenza n. 239 del 1999 utilizza esattamente queste parole: " [...] *il fallimento di uno di questi ultimi, cui sia seguita dichiarazione di scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 72 ci. 4 della legge fall., impedisce al promissario acquirente di ottenere la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., nei confronti dei promissari venditori in bonis, limitatamente alle loro quote, perché è venuta meno ab origine quell'unica volontà negoziale che sola consente l'emanazione della sentenza*"; o ancora "*alla sentenza istitutiva non si può pervenire [...] per l'inesistenza o l'invalidità originaria della manifestazione di volontà di una delle parti che confluisce nell'unica volontà della complessa parte promissaria venditrice*".

Applicato al caso in esame di preliminare di bene indiviso in comproprietà, ciò significa che la dichiarazione di scioglimento per volontà dell'organo della procedura caduca la manifestazione di volontà espressa all'atto del preliminare da parte del comproprietario fallito, facendo venire meno la

---

<sup>167</sup> E. Serrao, *Preliminare e fallimento (e altre procedura concorsuali)*, in *Il contratto preliminare*, a cura di E. Serrao, Cedam, Padova 2011, Capitolo 8, pag. 284 ss.

complessa volontà negoziale costituita dall'approvazione di tutti i contitolari del bene e necessaria al fine del trasferimento di quest'ultimo.

In sostanza, dunque, la Corte ha equiparato la dichiarazione di scioglimento dal preliminare da parte del curatore al venire meno della manifestazione della volontà di uno dei contitolari alla stipula del negozio in questione.

Da ciò, ulteriormente, deriva che il promissario acquirente quand'anche fosse revocato il fallimento, non potrebbe comunque ottenere l'accoglimento della propria domanda di esecuzione in forma specifica, stante la necessità di riformare la volontà negoziale univoca dei comproprietari.

Nel diverso caso in cui l'immobile oggetto del contratto preliminare fosse, invece, divisibile, non sorgerebbe problema alcuno, stante la possibilità da parte del promissario acquirente di chiedere l'esecuzione in forma specifica del rapporto nei limiti della quota del contitolare rimasto *in bonis*; la volontà di sciogliersi dal preliminare espressa dal curatore, infatti, avrebbe efficacia caducatoria limitatamente alla originaria manifestazione di volontà del solo fallito.

### **5.3 L'esenzione dalla revocatoria fallimentare del preliminare di immobile destinato ad uso abitativo o a sede principale dell'impresa.**

A conclusione di quest'ultimo capitolo, sembra opportuno spendere qualche parola su un altro importantissimo istituto della disciplina fallimentare, che viene ad essere rilevante ai fini completativi di questa analisi, in quanto anch'esso interviene a rafforzare la tutela del promissario acquirente di un bene immobile. Si tratta, in particolare, dell'esenzione dall'azione revocatoria dettata dall'art. 67, co.3, lett c) della Legge fallimentare 267/42, oggi parimenti riportato all'art. 166 co. 3 lett. c) del futuro Codice della Crisi e relativa alle vendite e al contratto preliminare aventi ad oggetto un bene immobile destinato a costituire l'abitazione principale o la sede dell'attività d'impresa del debitore o di un suo parente o affine entro il terzo grado.

Prima di analizzare l'esclusione apportata dalla norma ora citata, però, è bene rammentare che l'azione revocatoria fallimentare è quello strumento attraverso il quale il legislatore permette una ricostituzione del patrimonio del soggetto fallito, rendendo inefficaci nei confronti della procedura tutti quegli atti dispositivi che, in violazione della *par condicio creditorum*, sono stati posti in essere dal fallito entro un limitato periodo "sospetto", antecedente alla dichiarazione di insolvenza. Scopo dell'istituto, pertanto, è quello di salvaguardare il patrimonio del fallito nell'interesse della soddisfazione dei creditori, neutralizzando tutti quegli atti dispositivi compiuti dal debitore nell'inevitabile arco temporale che intercorre tra il momento in cui l'impresa entra in uno stato di

crisi ed il momento in cui tale insolvenza venga accertata dall'autorità e venga aperta la relativa procedura. Si tratta, infatti, di atti che, proprio per essere stati compiuti da un debitore già in stato di insolvenza, appaiono potenzialmente fraudolenti e lesivi per i creditori e che, pertanto, richiedono un intervento neutralizzante.

La revocatoria fallimentare trae origine dall'azione revocatoria ordinaria disciplinata dal codice civile all'articolo 2901, con la quale condivide le finalità <sup>168</sup>, semplicemente estendendole a tutela dell'intera massa dei creditori (sia anteriori che posteriori all'apertura della procedura) e non di un unico soggetto. Inoltre, essa garantisce il recupero immediato del bene al patrimonio oggetto di esecuzione fallimentare.

Dunque, il presupposto oggettivo, ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria, coincide con la lesione della garanzia patrimoniale offerta dai beni del debitore nel momento del compimento dell'atto e con riferimento all'insieme dei creditori concorsuali.

Legittimato a proporre tale azione è il curatore, dinanzi al tribunale che ha dichiarato il fallimento, entro il termine di tre anni dalla dichiarazione stessa e, comunque, non oltre i cinque anni dal compimento dell'atto.

In sintesi, quindi, mediante l'azione revocatoria fallimentare, tutti gli atti di disposizione, i pagamenti e le garanzie poste in essere dal fallito in un dato periodo considerato sospetto prima dell'apertura della procedura sono dichiarati inefficaci, salvo che la controparte provi di non essere stato a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore al momento dell'atto di disposizione. La durata di tale periodo sospetto, poi, varia a seconda della tipologia di atto considerato revocabile. In via generale la legge prevede: (i) un anno per gli atti anormali; (ii) sei mesi per quelli normali; (iii) due anni per tutti gli atti a titolo gratuito ed i pagamenti anticipati.

---

<sup>168</sup> E' bene sottolineare che i presupposti dell'azione revocatoria fallimentare sono diversi da quelli della revocatoria ordinaria; e tale differenza emerge ancor più chiaramente proprio in relazione alle esenzioni previste dall'art. 67. Infatti, la revocatoria ordinaria presuppone sempre la prova che il terzo fosse consapevole del pregiudizio che arrecava ai creditori, mentre l'esenzione dalla revocatoria fallimentare delle vendite o dei preliminari di vendita di immobili ad uso abitativo (come tutte le altre esenzioni previste dallo stesso art. 67) prescinde dallo stato soggettivo del terzo, il quale in ipotesi potrebbe essere stato consapevole sia del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori, sia dell'insolvenza del venditore. A fondare l'esenzione dalla revocatoria fallimentare degli acquisti immobiliari ad uso abitativo non è dunque la buona fede dell'acquirente, ma sono esclusivamente circostanze oggettive: la prima, che il prezzo dell'acquisto sia giusto; la seconda, che l'immobile sia destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado.

Difatti, l'esenzione riguarda solo la revocatoria fallimentare, non anche la revocatoria ordinaria, la quale dunque potrà continuare ad essere esercitata sia dal curatore sia, fuori dal fallimento (o dopo la chiusura del fallimento, se si vuole aderire alla tesi restrittiva secondo cui le azioni di recupero durante il fallimento possono essere esercitate solo dal curatore), dai singoli creditori.

- Si v. N. Nisivoccia, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 826.

Nel momento in cui il terzo, per effetto dell'azione revocatoria fallimentare, ha dovuto restituire quanto ricevuto dal debitore, viene anch'egli ammesso al passivo fallimentare per il credito che dovesse eventualmente ancora vantare.

Per una serie di atti che sono qualificati come "revocabili" ai sensi dell'art. 67 co. 3 l.f. (parallelo art. 166 C.c.i.i.), ve ne sono altrettanti che, all'opposto, il legislatore sottrae all'azione revocatoria e che, pertanto, non possono essere dichiarati inefficaci da parte del curatore.

Come anticipato, tra le varie ipotesi che la legge fa salve spicca, per la sua attinenza alla trattazione in corso, quella prevista dalla lett. c) del terzo comma del medesimo articolo 67 l.f., a norma della quale vengono escluse: *"le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio"*.

La disposizione in questione era inizialmente riferita solo alle vendite di immobili destinati ad uso abitativo e concluse a giusto prezzo. Successivamente, essa è stata via via ampliata, ricomprendendo dapprima la stipula anche dei contratti preliminari di vendita<sup>169</sup>, purché trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. e sempreché gli effetti della medesima trascrizione non fossero cessati; da ultimo è stata estesa anche alle vendite o ai preliminari aventi ad oggetto immobili che non fossero destinati ad uso abitativo, bensì a costituire la sede principale dell'attività d'impresa

---

<sup>169</sup> La maggiore novità in detta sede, però, è costituita dall'estensione della previsione al contratto preliminare. Fino all'introduzione del D.lgs. in esame, infatti, la pressoché unanime dottrina escludeva l'assoggettabilità del contratto preliminare all'azione revocatoria fallimentare. Tale affermazione si fondava su un argomento giuridico (la negazione al preliminare della natura di atto di disposizione, atteso che esso non determina di per sé l'estromissione del bene dal patrimonio del debitore) che in realtà traeva forza da un argomento di carattere pratico: *"se il contratto definitivo non è stato stipulato e trascritto in data anteriore alla sentenza di fallimento (ché allora è evidentemente quest'ultimo oggetto di eventuale azione revocatoria) non ha alcun senso ipotizzare l'esperimento di azione revocatoria avente ad oggetto il preliminare, giacché assai più semplicemente ed efficacemente il curatore ha la possibilità di non subentrarvi, determinandone lo scioglimento ex art. 72 primo comma l.f."* È proprio con l'introduzione dell'ipotesi di cui all'ultimo comma dell'art. 72 - ricorrendo le cui condizioni il curatore non può sciogliersi dal rapporto creato con il preliminare ed il promissario acquirente ha diritto ad ottenerne l'esecuzione - che è apparso necessario, da un lato, ammettere la possibilità che proprio il preliminare sia fatto oggetto di azione revocatoria (anche solo in termini di eccezione di revocabilità che il curatore opporrà al promissario acquirente che richieda la stipula del definitivo) e, dall'altro, di conseguenza, estendere - come appunto fa la nuova formulazione dell'art. 67 comma 3° lett. c) l.f. - la non assoggettabilità a revocatoria del preliminare nei limiti in cui non vi è soggetto il contratto con effetti reali.

- sul punto v. F. P. Toffolo, *La tutela dell'acquirente di immobili: problematiche fallimentari*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 20 dicembre 2007.

dell'acquirente (fattispecie quest'ultima introdotta, lo si ricorda, dall'art. 33 della L. n. 134/2012, che ha convertito, con modificazioni, il D.l. n. 83/2012).

L'esenzione in oggetto si affianca a quella prevista dall'art. 10 co. 1 del D.lgs. n. 122/2005 che sottrae alla revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 l.f. gli atti a titolo oneroso aventi come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento su immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, e della quale si ha già avuto modo di parlare nel capitolo precedente.

Le due norme, pur rispondenti alla medesima finalità, non sono sovrapponibili: la previsione dettata dall'art. 67 co. 3 lett. c) fa, infatti, riferimento anche ad immobili destinati ad uso non abitativo, presupponendo che l'alienante sia un imprenditore commerciale; viceversa, la disposizione ex art. 10 del D.Lgs 122/2005 coinvolge esclusivamente gli immobili ancora da costruire destinati ad uso abitativo, presupponendo che l'alienante sia il solo costruttore <sup>170</sup>.

Ancora, l'esenzione operata dalla legge fallimentare attiene alle sole vendite o preliminari di vendita, mentre la normativa del 2005 riguarda, più in generale, gli atti compiuti a titolo oneroso che trasferiscano la proprietà o altro diritto reale di godimento sul bene immobile oggetto degli stessi.

L'art. 67 co. 3 lett. c) deve, poi, essere coordinato con la fattispecie disciplinata dall'art. 67, comma 1, n. 1, anch'essa comprensiva di atti a titolo oneroso, tra cui i contratti preliminari, quando eccedenti di un quarto quanto dato o promesso in corrispettivo, e con la fattispecie disciplinata dall'art. 67, comma 1, n. 2, per quei casi di vendita dell'immobile, attuata senza la corresponsione del prezzo, al fine di consentire all'acquirente la compensazione del suo debito con un credito preesistente, realizzando così - attraverso un complesso collegamento negoziale - un pagamento

---

<sup>170</sup> La norma in commento non distingue a seconda che l'immobile sia stato già costruito o sia ancora da costruire, ed ha una portata generale proprio per questo (oltre che per la sua collocazione sistematica: nel corpo della legge fallimentare anziché in quello della legge speciale). L'esenzione prevista dall'art. 67 è infatti applicabile - in forza del suo tenore letterale - sia ai contratti di vendita (preliminari o definitivi) aventi ad oggetto immobili già costruiti, sia ai contratti di vendita (preliminari o definitivi) aventi ad oggetto immobili ancora da costruire. Ciò detto, la norma contenuta nell'art. 67 è da considerare generale rispetto a quella contenuta nell'art. 10 d. lgs. n. 122 del 2005 solo nel senso dell'oggetto dell'esenzione e non anche nel senso della natura dell'esenzione stessa. Come l'esenzione prevista dall'art. 10 d. lgs. n. 122 del 2005, anche l'esenzione prevista dall'art. 67 riguarda, infatti, soltanto l'azione revocatoria fallimentare, e non anche quella ordinaria.

- Si v. N. Nisivoccia, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 826.

anomalo <sup>171</sup>. Su quest'ultimo punto il Tribunale di Vicenza, con sentenza n. 2500 del 3 agosto 2017, ha stabilito che all'istituto della *datio in solutum* non si applica, neppure in via analogica, l'esenzione da revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 3, lett. c), l.f., in quanto con quest'ultima previsione il legislatore ha inteso tutelare l'acquirente solo nell'ipotesi di acquisto della casa di abitazione mediante contratto di compravendita.

L'esenzione operata dal legislatore al terzo comma, lett. c) dell'art. 67 l.f. costituisce una presunzione assoluta, in quanto la non assoggettabilità a revocatoria degli atti in essa contemplati, è disposta senza che sia necessario valutare il comportamento delle parti e, quindi, salvaguardando la efficacia della transazione indipendentemente dallo stato soggettivo dei contraenti. Si tratta, infatti, di un ulteriore caso in cui è stato ritenuto prevalente l'interesse delle parti - ed in particolare della parte acquirente - al mantenimento in vita del negozio, piuttosto che l'interesse del ceto creditorio di vederne caducati gli effetti.

Peraltro, il legislatore, nell'ipotesi che stiamo esaminando, sembra aver voluto limitare la portata dell'esenzione alla sola "vendita" - e relativi preliminari trascritti - in quanto situazione particolarmente "debole", ma tradizionale di mero acquisto della propria abitazione da parte dell'acquirente. Infatti, altre tecniche di acquisizione di immobili, più raffinate ed articolate, differenti della compravendita classica, sono state ritenute strumenti utilizzati da acquirenti professionisti, per i quali, dunque, non è sembrato necessario prevedere tutele ulteriori rispetto a quelle già previste dalla legislazione ordinaria <sup>172</sup>.

Tra i contratti di vendita immobiliare tradizionali (e paralleli preliminari trascritti), poi, solamente quelli conclusi "a giusto prezzo" godono dell'esenzione in questione. Ciò significa che, la vendita ed il preliminare devono essere stipulati ad un prezzo considerato "giusto", nel senso di equo: il trasferimento del bene deve avvenire sulla base di un corrispettivo adeguato al valore dell'immobile.

Circa la valutazione di congruità del prezzo di vendita, si deve operare un primo rinvio al n. 1 del primo comma dello stesso articolo 67 l.f. in tema di squilibrio in ragione del 25% tra le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte. Tale primo comma, affermando che sono revocati "*gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso*" pone un *discrimen* tra la categoria degli atti revocabile e quella degli atti esenti.

---

<sup>171</sup> Articolo tratto dalla rivista *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 12 dicembre 2018.

<sup>172</sup> P. Guida, *Revocatorie fallimentari ed ordinarie, alienazioni immobiliari, cautele notarili*, in *Il nuovo diritto fallimentare ed il ruolo del notaio, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, [www.fondazioneitalianadelnotariato.it](http://www.fondazioneitalianadelnotariato.it).

Il legislatore, poi, nella nozione di “giusto prezzo”<sup>173</sup>, si è ispirato ad altre ipotesi analoghe, nelle quali il giusto valore del bene ha inciso sulla regolamentazione dei rapporti tra le parti; ad esempio, in tema di risolubilità per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., o di revisione del prezzo in tema di onerosità o difficoltà dell'esecuzione dell'appalto ex art. 1664 c.c.; o ancora di rescissione per lesione laddove un coerede provi di essere stato lesa per oltre un quarto. In particolare, poi, un ragionevole spunto può essere ricavato dalla disciplina dettata per i contratti dei consumatori (articoli 1469-bis ss. c.c.) dove il “giusto prezzo” del bene è indicato nel prezzo di mercato. Infine, può essere effettuato un raffronto con l’art. 108, co. 1 l.f., con il quale si stabilisce che il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può anche sospendere la vendita qualora ritenga che, con riferimento espresso alle “condizioni di mercato”, il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello “giusto”. Da tale norma, pertanto, si può dedurre che, anche in materia fallimentare, il legislatore ha avuto modo di inquadrare il concetto di "giusto" prezzo quale corrispettivo determinato dal gioco delle offerte e dei successivi rialzi da parte degli interessati dei quali è stata verificata la serietà<sup>174</sup>. Lo stesso principio, nell'ambito delle procedure esecutive, si desume in sede di vendita con incanto dall'art. 586 c.p.c. e in sede di vendita senza incanto dall'art. 572 c.p.c., ove si afferma che il giusto prezzo è quello che si ricava dalle offerte degli interessati, anche dopo la conclusione dell'incanto.

Alla luce di tali argomentazioni, si può, dunque, concludere affermando che il "giusto prezzo" previsto dal legislatore può essere individuato nel prezzo di mercato del bene.

Un'ulteriore considerazione merita, poi, il bene oggetto della peculiare esenzione operata dall'articolo in esame: l'acquisto della proprietà di un bene immobile.

A prima vista, infatti, ci si accorge che il legislatore abbia considerato la sola ipotesi di “acquisto del diritto di piena proprietà” sul bene, nulla disponendo nel caso, invece, di mera costituzione di altro diritto reale di godimento. In mancanza di espresse limitazioni, pare comunque opportuno ritenere che la norma si possa applicare, oltre che al suddetto acquisto della piena proprietà del bene, anche all'ipotesi di costituzione del diritto di usufrutto o del diritto di abitazione, giungendo a ricomprendere addirittura l'acquisto della sola nuda proprietà; ciò in ossequio al principio della particolare destinazione abitativa a cui deve essere rivolta la compravendita per poter beneficiare dell'esenzione ex art. 67 co. 3 let. c)<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> P. Guida, Le vendite di immobili non soggette ad azione revocatoria fallimentare (art. 67, co. 3 lettera c, l.f.), in *Rivista Studi e materiali CNN*, gennaio 2006, pag. 274 ss., [www.fondazioneitalianadelnotariato.it](http://www.fondazioneitalianadelnotariato.it).

<sup>174</sup> Sul punto v. nota 19.

<sup>175</sup> Infine, andranno sicuramente tutelati anche gli acquisti di quote di comproprietà, con riferimento sia all'ipotesi in cui un soggetto acquisti una singola quota di comproprietà, sia all'ipotesi in cui acquisti più quote di comproprietà da soggetti diversi.

Inoltre, non si deve limitare tale beneficio alla sola costruzione principale oggetto della vendita: l'esenzione dovrà ricomprendere anche i diritti relativi alle pertinenze dell'immobile, acquistate tanto contestualmente che successivamente al bene principale <sup>176</sup>.

A differenza della previsione disposta dall'art. 10 del D.lgs. 122/2005, l'art. 67, co. 3 lett. c) l.f. non indica espressamente il periodo entro il quale deve avvenire la prescritta destinazione, lasciando così all'interprete il compito di valutare preliminarmente se esiste un termine entro il quale deve avvenire tale utilizzo.

In ogni caso, è possibile sostenere che la destinazione del bene debba essere rilevata inevitabilmente in un momento successivo alla stipula del contratto, in quanto il concetto di destinazione deve essere visto non nella intenzione del contraente – circostanza che può costituire un motivo della compravendita - ma anche e soprattutto nella effettiva destinazione del bene <sup>177</sup>. Sarà, quindi, compito del giudice stabilire se il bene immobile acquistato sia stato effettivamente “destinato” a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di un suo parente o affine, o la sede principale della sua attività di impresa.

Nel proteggere l'acquisto dell'abitazione principale da parte del debitore, il legislatore ha voluto includere nella suddetta solamente le persone fisiche: vanno, pertanto, esclusi dalla fattispecie in esame, gli acquisti da parte di persone giuridiche e comunque, di soggetti diversi dalle persone fisiche i quali, pur potendo acquistare beni potenzialmente destinati ad abitazione, non possono certo adibirli a "propria" abitazione.

Per quanto concerne l'estensione dell'esenzione al caso in cui il bene sia destinato ad abitazione principale non soltanto dell'acquirente, ma anche dei suoi parenti ed affini entro il terzo grado, è opportuno sottolineare come sia ormai pacifico che tra suddetti soggetti debba anche rientrare, seppur non espressamente menzionato, il coniuge dell'acquirente medesimo.

L'allargamento ai parenti ed affini costituisce, infatti, un evidente *favor legislativo* per quelle situazioni di fatto che si vengono a creare all'interno dei nuclei familiari e delle quali l'ordinamento non può rimanere indifferente. Ad esempio, è assai diffusa la circostanza che il genitore acquisti un immobile da far utilizzare come abitazione dal proprio figlio.

---

<sup>176</sup> Sul punto si veda ancora P. Guida, Le vendite di immobili non soggette ad azione revocatoria fallimentare (art. 67, co. 3 lettera c, l.f.), in *Rivista Studi e materiali CNN*, gennaio 2006, pag. 274 ss., [www.fondazioneitalianadelnotariato.it](http://www.fondazioneitalianadelnotariato.it).

<sup>177</sup> In dottrina è diffusa l'opinione che l'abitazione principale non debba anche necessariamente coincidere con la prima od unica casa, potendo invece accadere che l'acquirente sia già proprietario di altri immobili e che tuttavia intenda ora stabilire la propria dimora abituale in un immobile nuovo. Eventualmente, pertanto, il problema si radica proprio nella destinazione dell'immobile ad abitazione principale: la norma sembrerebbe accontentarsi di una dichiarazione di intenti eccepita al curatore, ma parrebbe più opportuno che la dichiarazione risultasse dall'atto di vendita o dal preliminare o da un altro atto comunque opponibile al fallimento.

- Sul punto nuovamente N. Nisivoccia, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 826.

Si evince, dunque, che, attraverso l'estensione citata, il legislatore abbia inteso tutelare espressamente tutte quelle numerose situazioni di carattere *endo-familiare* nelle quali i beni di un soggetto vengono in qualche modo utilizzati come abitazione principale di un altro componente dello stesso nucleo familiare. Tale previsione, allora, costituisce un ulteriore rafforzamento dell'assunto in base al quale l'effettiva destinazione dell'immobile non può che avvenire dopo l'acquisto e, quindi, indipendentemente da ciò che risulta dal contratto.

Da ultimo, la più recente modifica in senso estensivo dell'art. 67 co. 3 lett. c) operata dall'ordinamento attiene, lo si è già ribadito, all'ipotesi in cui l'immobile oggetto di compravendita non sia destinato ad uso abitativo, bensì a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente. È ovvio che si tratta di un dovuto ampliamento al fine di coordinare in maniera legittima l'esenzione in questione con la disciplina speciale dettata dall'ottavo comma dell'art. 72 l.f., la quale, come noto, in seguito alla L. 134/2012 ha esteso la peculiare regola della continuazione *ope legis* del rapporto anche al caso proprio di preliminare immobiliare destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa del promissario acquirente.

## CONCLUSIONI

A conclusione dell'analisi svolta nelle pagine precedenti, si può affermare che il contratto preliminare immobiliare rappresenta una delle vie preferenziali attraverso la quale il nostro ordinamento cerca di compiere una manovra riequilibratrice delle sproporzionate forze contrattuali in gioco nel panorama commerciale moderno.

Non a caso, il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza costituisce il punto d'arrivo di una politica normativa perpetrata da anni, che vede al centro del rapporto contrattuale di compravendita immobiliare la figura del promissario acquirente: controparte negoziale legittimamente considerata "debole", alla quale oggi è riconosciuta una serie di accorgimenti e misure che la nuova riforma fallimentare ha voluto definitivamente consacrare.

Così, se da un lato, in tema di contratti in corso di esecuzione, ed in particolare di rapporto preliminare pendente, il D.lgs. 14/2019 conferma la disciplina generale dettata dalla Legge fallimentare 267/1942, dall'altro lato codifica una serie di approdi giurisprudenziali di natura garantistica, ponendo fine a numerosi dibattiti dottrinali e sancendo la prevalenza di consolidate regole giuridiche, quale l'anteriorità e l'opponibilità della trascrizione; istituto, quest'ultimo, fondamentale per l'attuazione di uno dei valori basilari della nostra cultura giuridica, vale a dire la certezza del diritto.

L'art. 172 C.c.i.i., pertanto, ribadisce il principio generale della sospensione dei contratti ancora inseguiti o non compiutamente eseguiti da ambo le parti alla data di apertura della procedura di liquidazione giudiziale: il destino di tali rapporti pendenti è nuovamente consegnato nelle mani della curatela che, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto, oppure optare per il suo scioglimento. Nel primo caso, la nuova normativa sottolinea come saranno considerati prededucibili (a differenza della normativa previgente) solamente i crediti maturati nel corso della procedura; nel secondo caso, invece, si conferma il diritto del contraente *in bonis* ad essere ammesso al passivo della liquidazione giudiziale per il credito conseguente al mancato adempimento del rapporto negoziale, senza che gli sia riconosciuto, ancora una volta, alcun risarcimento del danno.

Il nuovo articolo 172 C.c.i.i. riporta, altresì, il diritto del suddetto contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore in caso di inerzia da parte dell'organo della procedura nel prendere una decisione in merito al destino del negozio ineseuito: il giudice delegato fisserà, allora, un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto dovrà intendersi sciolto.

Sebbene il potere di scelta rimesso in capo al curatore sia ormai considerato, in maniera assolutamente intangibile, un diritto potestativo a tutti gli effetti, il primo comma dell'art. 173

C.c.i.i., in materia proprio di contratto preliminare, codifica finalmente l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale che, a partire dal famoso *renvirement* del 2004 da parte delle Sezioni Unite (Cass. n. 12505/2004), sancisce la prevalenza dell'accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c. sul potere di scelta del curatore, qualora tale domanda sia stata trascritta anteriormente alla data di apertura della procedura concorsuale. Tale pronuncia, opposta al precedente indirizzo del 1999, trova proprio nel nuovo Codice un appiglio testuale, ponendo, così, un limite all'immenso potere di determinazione da sempre riconosciuto in capo al curatore. Come già anticipato, una siffatta norma, riesce nell'intento di salvaguardare il fondamentale meccanismo della trascrizione, sul quale si basa l'intero diritto soggettivo civilistico italiano. Meccanismo, per giunta, esteso al contratto preliminare immobiliare nel 1996, proprio ai fini della tutela del promissario acquirente, che, quindi irragionevolmente, veniva derogato dalla disciplina fallimentare in essere.

Sulla medesima lunghezza d'onda, poi, la riforma del 2019 consolida un'altra importante conquista delle Sezioni Unite: con la sentenza 1 ottobre 2009 n. 21045, la Suprema Corte ha posto fine, infatti, al precedente orientamento secondo il quale, in caso di risoluzione di un preliminare immobiliare trascritto, dovesse prevalere il privilegio sull'immobile accordato al promissario acquirente, rispetto alle ipoteche iscritte sul medesimo bene e ciò anche qualora le suddette iscrizioni fossero state antecedenti alla trascrizione del contratto preliminare. La pronuncia in questione, dunque, testimonia un ulteriore rilevante cambio di rotta a rafforzamento del meccanismo della trascrizione.

Se queste sono, in ambito di preliminari immobiliari, tra le principali consapevolezze giuridiche consolidate con il nuovo Codice della Crisi, non si può, altresì, trascurare la soluzione apportata ad un altro grande dibattito che da tempo attanagliava tanto la giurisprudenza che la dottrina fallimentare ed inerente alla cancellazione delle ipoteche giudiziali in caso di subentro nel preliminare da parte della curatela. Il quarto comma dell'art. 173 del Codice, infatti, sancisce l'effetto purgativo da elementi in grado di pregiudicare il libero godimento che il subentro nel contratto preliminare di compravendita di immobile comporta sulla proprietà dell'immobile venduto. Oggi, pertanto, è disposto che, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato debba ordinare con decreto "*la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo*" sull'immobile oggetto del preliminare per il quale il curatore abbia predisposto il subentro. Il comma in questione ha, peraltro, previsto che in una siffatta ipotesi gli acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale siano considerati opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostra di aver già versato. Si tratta di una disposizione, all'opposto delle precedenti, volta a bilanciare l'esigenza di tutela del

promissario acquirente con gli interessi della massa dei creditori, ai quali viene così assicurata l'acquisizione alla procedura di almeno una parte residua del prezzo corrisposto. Sempre nell'ottica di non aggravare la procedura da ulteriori vincoli contrattuali, inoltre, è oggi disposto che in caso di subentro il curatore consegni l'immobile alla controparte *in bonis* nello stato in cui lo stesso venga a trovarsi.

Con l'introduzione degli ultimi due incisi appena citati, si dimostra, così, la volontà del nuovo Codice di bilanciare tre diversi ordini di esigenze: (i) la necessità di proseguire ed attuare quella politica protezionistica di soggetti contrattualmente "deboli" quali il promissario acquirente; (ii) l'opposta l'esigenza di soddisfare a pieno gli interessi economici della massa creditoria; (iii) la volontà, infine, di sostenere l'imprenditore nella sua ripresa economica.

Al di là delle novità appena esposte, al D.lgs. 14/2019 deve, in ogni caso, essere riconosciuta la lungimiranza di aver finalmente dedicato al contratto preliminare un autonomo disposto normativo (art. 173 C.c.i.i.): come è ben noto, infatti, esso costituisce un istituto diffusissimo nella prassi, in quanto strumento fondamentale nella gestione dei rapporti commerciali, soprattutto in ambito immobiliare.

D'altronde, già a partite dalla fine degli anni '90, il legislatore si era accorto dell'importanza del contratto preliminare e della lacunosità che investiva la sua disciplina. In particolare, si trattava di garantire ad un tale istituto un meccanismo di maggior vincolatività; ciò soprattutto a fronte della consapevolezza della necessaria debolezza in cui versava la posizione del promissario acquirente. Procedendo a riassumere brevemente il percorso storico-giuridico evolutivo dell'istituto in esame attuato nel secondo dopoguerra dal nostro ordinamento, si deve evidenziare che, pur esistendo già l'obbligo di concludere un preliminare, garantito dallo strumento della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c., il legislatore è innanzitutto, intervenuto a colmare tali vuoti normativi con una serie successive di riforme. Il primo intervento significativo registrato è stato proprio nel senso di includere anche i contratti preliminare aventi ad oggetto la conclusione di contratti che costituissero, trasferissero o modificassero diritti reali su beni immobili, tra i negozi soggetti al meccanismo della trascrizione ex art. 2645-bis c.c. (art. 3 D.l. 31.12.1996 n. 669). Successivamente, il legislatore ha previsto l'attribuzione al promissario acquirente di un privilegio speciale ai sensi dell'art. 2775-bis c.c. sul bene immobile oggetto del preliminare in caso di intervenuto fallimento del promittente venditore, con conseguente adattamento in tal senso dell'art. 72 l.f ad opera del Decreto n. 5 del 2006: si conferma così il diritto del promissario acquirente *in bonis*, in caso di scioglimento del preliminare, di far valere il proprio credito nel passivo garantito dal privilegio di cui sopra. Al Decreto in questione si deve soprattutto il merito di aver innalzato a canone generale valevole per tutti i contratti pendenti il regime della sospensione del rapporto negoziale, con contestuale scelta rimessa in capo al curatore in merito

all'opportunità della prosecuzione, regime fino a quel momento pensato esclusivamente per i contratti di vendita. Con tale elezione dell'art. 72 co. 1 l.f. quale regola ordinaria della normativa in esame, anche il contratto preliminare viene inglobato, al pari degli altri, tra i contratti inseguiti destinati ad essere sospesi in attesa delle determinazioni del curatore.

Infine, il medesimo Decreto 5/2006, introduce la famosa deroga in caso di preliminare avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo, sancendone la necessaria continuazione *ope legis* in ragione della precipua destinazione cui soggiace il contratto in questione.

Dello stesso periodo è il D.lgs. 122 del 2005 con il quale si registra la volontà dell'ordinamento di apprestare una tutela particolare ai diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire. Tale disciplina prevede, dal canto suo, la nascita di un autonomo articolo di legge relativo alla fattispecie del fallimento del promittente costruttore (art. 72-bis l.f.), norma che sarà in seguito oggetto di una specifica modifica da parte del Decreto correttivo n. 169 del 2007).

È dal 2015, infine, che si possono registrare i primi lavori di riforma organica dell'intera Legge fallimentare n. 267/2009, conclusisi con la stesura del nuovo Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

Giova ricordare che la data di entrata in vigore del nuovo corpo normativo, prevista per il prossimo agosto 2020, è stata rinviata di circa un anno per ragioni di prudenza ed opportunità a causa dell'emergenza sanitaria causata dal virus *Covid-19*. Ciò nonostante, appare opportuno considerare la disciplina dettata dal Codice quale sintesi della volontà normativa espressa dal legislatore e punto di arrivo di una lunga e complessa evoluzione; la circostanza che la sua entrata in vigore debba subire uno slittamento dettato da ragioni del tutto esogene (e impreviste) rispetto al contenuto normativo e alla *ratio* che ha condotto alla sua compilazione, non cambia, infatti, il fatto che il Codice della Crisi di Impresa debba considerarsi la norma di riferimento in caso di insolvenza di una delle parti contrattuali.

Ebbene, seguendo tale criterio, deve oggi considerarsi normativa applicabile al contratto preliminare immobiliare secondo la volontà espressa dal legislatore, la disciplina in via generale prevista per i contratti pendenti ex art. 172 C.c.i.i. e quindi: la sospensione del negozio e la scelta rimessa in capo al curatore circa le sorti del medesimo.

Ciò posto, si riassumono di seguito brevemente le disposizioni contenute nel nuovo Codice della Crisi d'impresa relative all'istituto in questione.

L'art. 173 C.c.i.i. dispone che qualora la procedura di liquidazione giudiziale investa la figura del promittente venditore, è confermata in capo al curatore la possibilità tanto di subentrare che di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare. In quest'ultimo caso, a recepimento di quanto decretato dalle Sezioni Unite con la famosa sentenza "controcorrente" del 2004 - confermata, oltretutto, dalla più recente pronuncia n. 18131 del 2015 - il primo comma dell'articolo

in questione prevede che tale facoltà di scioglimento possa essere scelta quand'anche il promissario acquirente abbia proposto e trascritto la domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. prima dell'apertura della procedura liquidatoria, purché essa non venga successivamente accolta: lo scioglimento non sarà, infatti, opponibile al promissario acquirente, se quest'ultimo risultasse successivamente vincitore nel giudizio civilistico nel frattempo intentato, in virtù dell'effetto prenotativo che la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica produce.

Se e ciò non dovesse verificarsi e, in ogni caso, qualora non fosse stata anteriormente trascritta alcuna azione ex art. 2932 c.c., il legittimo scioglimento disposto dal curatore comporterebbe, invece, il diritto in capo al promissario acquirente di far valere il proprio credito nel passivo della procedura, senza che gli sia dovuto, ancora una volta, il risarcimento del danno e sempre che il preliminare sia stato trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* e gli effetti di tale trascrizione non siano cessati anteriormente alla data di apertura della liquidazione giudiziale.

Alle medesime condizioni, inoltre, il promissario acquirente godrebbe del riconoscimento di un privilegio di cui all'art. 2775-*bis* sul bene immobile oggetto del rapporto preliminare: come ampiamente analizzato nelle pagine che precedono, infatti, il meccanismo della trascrizione non produce solamente un effetto prenotativo, ma porta con sé un effetto di natura costitutiva sulla pretesa creditoria.

Alla disciplina generale appena dettata, il terzo comma del nuovo articolo 173 C.c.i.i., in recepimento dell'attuale comma ottavo dell'art. 72 L. 267/42, introduce una speciale deroga nel caso in oggetto del preliminare di vendita sia un immobile destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o di un suo parente o affine entro il terzo grado, ovvero l'immobile sia acquisito al fine di costituire la sede principale dell'attività d'impresa dello stesso promissario acquirente. Affinché tale disciplina speciale sia applicabile è richiesto, ancora una volta, che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati in data anteriore all'apertura della procura concorsuale. Inoltre, ed è questa l'unica novità in materia introdotta dalla riforma del 2019, è previsto che per poter usufruire di tale normativa derogatoria, il promissario acquirente avanzi esplicita richiesta di esecuzione del rapporto preliminare, nel termine e secondo le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura.

A tal proposito, si rammenta che quella del terzo comma dell'art. 173 C.c.i.i., configura una disposizione speciale a tutela del diritto costituzionale al risparmio popolare finalizzato all'attuazione della proprietà di abitazione ex art. 47 Cost. (previsione introdotta con il decreto correttivo 169/2007), nonché a favore dello sviluppo di nuove attività commerciali, nella logica del perseguimento dello sviluppo economico del Paese (estensione quest'ultima operata, invece, successivamente dal D.l. 83/2012).

Sul punto è opportuno, altresì, sottolineare come il Codice della crisi conferma l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare proprio dei preliminari trascritti aventi ad oggetto immobili destinati a costituire l'abitazione o la sede imprenditoriale principale del debitore o di un suo parente o affine entro il terzo grado e conclusi a giusto prezzo, come previsto dall'art. 67 co. 3, *lett c)* della L. 267/1942. Si tratta di un'esenzione rispondente alle medesime finalità appena richiamate e a cui tendono siffatti preliminari in ragione della loro precipua destinazione; finalità che corrispondono ad interessi di rango costituzionale e che per tale ragione giustificano la loro sottrazione da quell'esigenza generale di rendere inefficaci gli atti che, compiuti in un periodo appena anteriore alla dichiarazione di fallimento, sono considerati dall'ordinamenti fraudolenti e lesivi per la massa creditoria.

Un cenno merita l'ulteriore previsione di esenzione dal meccanismo revocatorio concessa ai negozi diretti al trasferimento di altro diritto reale di godimento sul bene immobile ancora da costruire, purché i contratti siano conclusi a giusto prezzo. Anche in questo caso, infatti, l'esenzione dalla revocatoria poggia sulla specifica destinazione a cui saranno adibiti gli immobili in costruzione e che deve risultare come causale del rapporto contrattuale di vendita: l'acquirente dovrà impegnarsi a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado.

Quest'ultima fattispecie non è disciplinata, però, dalla legge fallimentare, bensì è prevista dall'art. 10 del D.lgs. 122/2005 recante "*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*".

Tale passaggio rende opportuno accennare ad un altro argomento centrale in ambito fallimentare: la disciplina per gli immobili in costruzione.

Esattamente come nella vigente Legge fallimentare n. 267 del 1942, anche il Codice della Crisi d'impresa si preoccupa di dedicare un intero articolo al particolare caso in cui il promittente venditore nei cui confronti venga aperta la procedura giudiziale, vesta i panni di "costruttore". Più chiaramente, la disciplina in questione vede protagonista un contratto preliminare che abbia ad oggetto un immobile ancora da costruire o in corso di costruzione.

Si tratta di una fattispecie molto particolare in quanto, per le sue caratteristiche intrinseche, richiede un occhio di riguardo maggiore nei confronti del promissario acquirente *in bonis*. Per questa ragione, si tratta di una materia già ampiamente regolata da un apposito decreto legislativo, il D.lgs. 122/2005, il quale si è occupato di fornire gli strumenti di tutela necessari, nonché di individuare il contenuto e le caratteristiche essenziali che un siffatto contratto preliminare debba possedere per essere considerato valido.

A tal riguardo, il Decreto prevede il necessario rilascio, al momento della stipula del rapporto negoziale, di una garanzia fideiussoria da parte del costruttore, oltre che di una polizza assicurativa

decennale, e detta esplicitamente la disciplina da applicarsi in caso di fallimento del costruttore (art. 10). Disposizione, quest'ultima, che ha portato alla formulazione dell'art.72-bis L. 267/1942 e sarà oggi pacificamente recepita, senza alcuna ulteriore innovazione, nel nuovo articolo 174, C.c.i.i., che, per l'appunto, recita: *“I contratti di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, si sciolgono se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto”*.

Infine, al di là del caso specifico regolato dall'art. 174 C.c.i.i., per concludere l'analisi sull'art. 173, si segnala che l'ultimo comma, si occupa di disciplinare l'ipotesi che vede il curatore subentrare nel preliminare: in tal caso, l'immobile dovrà essere consegnato nello stato in cui si trova e, come anticipato, la nuova normativa prevedrà una restituzione della metà degli acconti versati prima della dell'apertura della liquidazione giudiziale.

In applicazione dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, poi, è disposto che il giudice delegato, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, debba ordinare con decreto la cancellazione delle iscrizioni relativa ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni e pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincoli. Con il quarto comma dell'art. 173, dunque, verrà confermato, come già preannunciato, l'effetto purgativo che il subentro nel rapporto preliminare comporta e che fino a poco tempo fa era oggetto di forti controversie.

Esaurita l'analisi della disciplina dettata dal nuovo Codice in caso di fallimento del promittente venditore e passando al caso del fallimento del promissario acquirente, nelle pagine che precedono si è evidenziato tale fattispecie non desta particolari snodi argomentativi in quanto viene applicata a tutela del promittente venditore rimasto *in bonis* la disciplina generale prevista in materia di contratti pendenti ex art. 172 C.c.i.i.. La figura del promittente venditore, infatti, si pone alla pari di qualsiasi contraente *in bonis* di un contratto rimasto inseguito che, come tale, non versa in una esigenza garantistica rafforzata a differenza dell'opposto caso che vede solvente il promissario acquirente e che sappiamo essere la fattispecie maggiormente normata dalla disciplina fallimentare. Pertanto, dal complesso del sistema confermato dal futuro Codice della crisi di impresa, si desume che, nel caso in cui sia il promissario acquirente a fallire, il curatore conservi il diritto di esercitare la scelta tra subentro e scioglimento del preliminare, fino al momento in cui non si sia verificato l'effetto traslativo del bene; effetto che nel preliminare, come noto, può prodursi solamente o attraverso la stipula del contratto definitivo oppure per mezzo di sentenza passata in giudicato pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c..

In ogni caso, sia che insolvente sia il promissario acquirente o il promittente venditore, è opportuno sottolineare il particolare potere invalidante che l'istanza di scioglimento del curatore può produrre in relazione al preliminare, allorché quest'ultimo abbia ad oggetto un immobile in comproprietà indivisibile. In tale fattispecie, l'istanza di scioglimento emessa dal curatore del fallimento di uno dei contitolari inficia l'intero rapporto negoziale, in quanto causa il venir meno *ab origine* quell'unica volontà negoziale, costituita dall'unanime consenso di tutti i singoli contitolari del bene, per se stessa idonea a trasferire la titolarità dell'immobile in capo ad un soggetto terzo che, conseguentemente, non potrà legittimamente spendere l'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. (Cass, n. 239 del 1999).

Da ultimo, bisogna considerare che, nella pratica commerciale, molto diffusa è la prassi di stipulare una particolare tipologia di contratti preliminari che si caratterizza per la sua idoneità a produrre sin dalla loro conclusione gli effetti tipici di una compravendita: il trasferimento della disponibilità materiale dell'immobile e il pagamento totale o parziale del corrispettivo del prezzo accordato.

Essi, vengono indicati, non a caso, con il nome di contratti preliminari c.d. ad effetti anticipati. A causa della loro natura anticipatoria, dottrina e giurisprudenza si erano a lungo interrogate sulla possibilità di applicarvi la disciplina generale dei contratti pendenti disposta dall'art. 72 l.f., e dunque il regime di sospensione con scelta rimessa in capo al curatore sulla loro sorte.

In particolare si trattava di stabilire se il pagamento anticipato del prezzo, nonché la consegna dell'immobile escludessero siffatto potere di scelta del curatore.

Sul punto è intervenuta la Cassazione che, con sentenza n. 7070/2004, ha affermato che solamente il trasferimento del diritto di proprietà sul bene costituisce evento ostativo della facoltà di scelta del curatore; evento questo che avviene solo ed esclusivamente con la stipula del definitivo. A coronamento di tale disciplina con la sentenza n. 7930 del 2008, le Sezioni Unite hanno ulteriormente disposto in merito alla posizione che l'acquirente viene a ricoprire in relazione al bene ricevuto anticipatamente rispetto all'acquisto della proprietà. In tale sede, la Suprema Corte ha sancito che il promissario acquirente fallito, rivestendo una posizione di mero detentore dell'immobile, dovrà necessariamente restituire al promittente alienante tanto l'immobile ricevuto anticipatamente, che i frutti dello stesso percepiti dalla data di apertura della procedura, nel caso in cui il curatore optasse per lo scioglimento del preliminare, equivalendo la sottoscrizione di tale contratto ad uno spossessamento. La Corte perviene ad analoga conclusione, nel caso in cui a fallire dovesse essere il promittente venditore; in tal caso, però, viene riconosciuto al promissario acquirente un credito restitutorio da far valere al passivo fallimentare e pari al pagamento anticipato del prezzo, maggiorato degli interessi al tasso legale dalla data di avvenuto pagamento.

\*\*\*

In estrema sintesi, volendo giungere alla conclusione di questo elaborato, si può correttamente affermare che il nuovo Codice della Crisi d'impresa (D.l. 12.01.2019 n. 14), costituisce il punto di arrivo di un lungo percorso riformativo, finalizzato a rendere maggiormente organica l'intera materia fallimentare e a riqualificare la figura di imprenditori e di imprese che, trovandosi in dissesto, possono, con l'aiuto degli opportuni strumenti (le c.d. misure di allerta), far fronte alla propria insolvenza, in una prospettiva di sviluppo e sostegno dell'economica del nostro Paese.

Non mancano alcune critiche alla nuova normativa che, come più volte anticipato, pur concretizzando numerosi orientamenti giuridici, lascia spazio per alcuni dubbi e diverse soluzioni interpretative. In particolare, in conseguenza dello straordinario periodo di cui siamo stati testimoni a causa dell'emergenza sanitaria *Covid-19*, pare opportuno domandarsi se il futuro Codice non debba subire ulteriori revisioni, in un'ottica di attenzione sempre maggiore al bisogno delle imprese italiane. Immane, infatti, è una riflessione negativa in merito alla gestione della crisi susseguitasi al necessario *lockdown* economico; crisi inevitabile, se si tiene conto della mancanza, nel nostro ordinamento, di una normativa idonea - seppur nel limite del possibile - ad intervenire in aiuto alle imprese in situazioni straordinarie. Più precisamente, alla scrivente preme sottolineare come, affinché si possa giovare di una riforma organica esaustiva e rivoluzionaria quale vuole essere il nuovo Codice della Crisi, sia necessario pensare ad una normativa che sia il più completa ed efficiente possibile, con ciò intendendo una disciplina che tenga conto di ogni ipotetico scenario e che, dunque, comprenda anche la gestione di eventi eccezionali quali quello attuale, seppur nella ovvia speranza che un'emergenza di tale dimensioni e natura non si verifichi più. Ecco che, allora, dalla crisi, si può desumere un monito a che la futura normativa venga rigorosamente completata: il necessario slittamento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi, cioè, potrebbe essere costruttivamente utilizzato per rafforzare la disciplina in esso contenuta, emendandola dagli inevitabili "errori" o mancanze emerse in proprio concomitanza della crisi suddetta, in un'ottica di futura prevenzione e assistenza.

Più che mai, infatti, oggi è avvertita l'esigenza di un sistema di regole capace di tendere la mano, piuttosto che puntare il dito, tanto a piccoli che grandi imprenditori che, per qualsivoglia motivo, si trovino ad affrontare un periodo di crisi finanziaria, garantendo loro la possibilità di risollevarsi e tornare competitivi sul mercato.

Ciò, chiaramente, deve pur sempre avvenire nel rigoroso rispetto e riconoscimento dei diritti patrimoniali degli eventuali creditori *in bonis* del soggetto debitore, sulla base di un armonioso e continuo meccanismo di bilanciamento di interessi in gioco necessari a sostenere e garantire lo sviluppo commerciale di ogni cittadino, soprattutto quando si tratti di soggetti che, per la loro particolare posizione sul mercato, ricoprono una posizione contrattualmente svantaggiosa.

Ecco che tale meccanismo viene ad essere riassunto proprio nel nuovo Codice della crisi, le cui disposizioni sono frutto di consapevolezza ed esperienza tanto pratica che giuridica: esso, infatti, finalmente codifica, così consolidandoli, numerosi orientamenti giurisprudenziali innovati, nonché approdi dottrinali che sono espressione tanto di principi cardine del nostro sistema che di esigenze evoluzionistiche.

Per questo motivo, pur essendone stata differita l'entrata in vigore in ragione dell'emergenza sanitaria che ha sconvolto i primi mesi del 2020, l'attuazione del Codice della Crisi è atteso in ogni ambiente commerciale italiano e non può che considerarsi la disciplina cui ispirarsi per la corretta impostazione delle diverse questioni fallimentari. Esso, infatti, vergine nella sua applicazione pratica, è stato legittimamente ritenuto strumento inidoneo a fronteggiare una crisi economica forzata di tipo straordinario quale quella generata da un globale *lockdown* di ogni attività del Paese, ma sarà successivamente pronto, in condizioni economiche ordinarie, ad esplicitare la sua forza innovativa. Ciò naturalmente, pur non mancando dovute critiche costruttive alla riforma, in una prospettiva di continuo miglioramento del sistema fallimentare; critiche che, ci si augura, potranno essere lo spunto proprio nel periodo di differimento per nuove riflessioni che conducano a suggerire correzioni ed adattamenti finalizzati, in primo luogo, a fronteggiare eventuali futuri periodi di emergenza.

Concludendo, obiettivo dell'analisi svolta nelle pagine che precedono è stato dimostrare che il Codice della Crisi di impresa sia uno strumento idoneo ad assicurare una normativa esaustiva ed efficiente in tema di contratti pendenti e, in particolare, di contratto preliminare immobiliare di vendita, nell'eventualità di fallimento di una delle parti negoziali.

In sede di disciplina del preliminare immobiliare in presenza di procedure concorsuali, l'obiettivo da raggiungere è il raccordo tra le esigenze di tutela della massa dei creditori e la protezione del soggetto considerato contrattualmente più debole, al quale viene così offerta una disciplina riequilibratrice di uno squilibrio negoziale, nella consapevolezza di dover assicurare una seconda possibilità alla controparte debitrice.

Gli articoli 173 e 174 C.c.i.i. offrono, a parere della scrivente, il miglior sistema di tutela del promissario acquirente fino ad oggi previsto dal legislatore italiano, in attuazione di quella fondamentale politica europea di uguaglianza, equità e bilanciamento delle forze in gioco che un ordinamento moderno e democratico deve garantire.

## BIBLIOGRAFIA

- Abate F. e Ferro M. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali. I rapporti giuridici pendenti. Convegno Nazionale, Bologna 5-6 giugno 1998*; Ipsoa, Milano 1998;
- Amadio G. e Macario F., *Diritto Civile I. Norme, questioni, concetti*, Il Mulino, Bologna 2014;
- Battaglia G., nota alla sentenza della Corte di Cassazione n.18131/2015, in *Riv. dir. Proc.*, novembre-dicembre 2016;
- Belli G., *Preliminare ad effetti anticipati e fallimento del promittente venditore*, in *www.personaedanno.it*, 25 novembre 2010;
- Bianca C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile Vol. 3*, Giuffr , Milano 1984
- Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII Legislatura, *Riforma della procedura di insolvenza*, 25 marzo 2019;
- Cardone A., *Dalla Legge Fallimentare al nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza: le (nuove) azioni di responsabilit  del curatore fallimentare*, in *Associate Law & Co.*, 11 settembre 2019;
- Cavallo M.B., *La trascrizione del contratto preliminare*, Olbia 18 aprile 2008;
- Corrias P.E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del cd. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998;
- Cortucci D., *Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, in *Rassegna di diritto civile 3/1994*, Milano;
- Costola J., *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (Prima parte)*, SI, 2004;
- D'amico G., *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale. La riforma fallimentare*, Panzani L., vol. 1 a cura di F. Di Marzio, Ipsoa, Milano 2007;
- De Benedictis L.A., *Preliminare di compravendita immobiliare e crisi del venditore*;
- Del Giudice P., *L'eccezione di compromesso   opponibile al fallimento? Tribunale di Torino, sez. I civile, sentenza 10/02/2016 n  824*, in *Altalex*, 15 aprile 2016;
- De Matteis R., *La contrattazione preliminare, dall'inquadramento teorico alle questioni della pratica giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 26 maggio 2017;

- De Simone A. (diretto da), *Preliminare di vendita di cosa futura: insuscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932*, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it), *Rivista informazione giuridica*;
- Di Marzio F., *Contratti in esecuzione e fallimento, la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*; L. Panzani, *La riforma Fallimentare*, vo.l. 1, Ipsoa, Milano 2007;
- Di Marzio F., *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile*, in *Fallimento*, 2006, p. 806;
- Ferri C., *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1287;
- Ferro M. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali. I rapporti giuridici pendenti. Convegno Nazionale, Bologna 5-6 giugno 1998*, Ipsoa, Bologna 1998;
- Ferrucci A., Ferrentino C., Amoresano A., *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Manuali delle lezioni di Capozzi G., Giuffrè, Milano 2008,
- Fichera G., *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento*, in *Il Caso.it*, 14 febbraio 2014
- Fiengo C., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in [iris.unina.it](http://iris.unina.it);
- *Foroeuropeo.it*, la rivista giuridica online, Reg. 98/2014, Tribunale di Roma.
- Gabassi G., *Corte di Cassazione (26641/2018) – Scioglimento da parte del curatore da un preliminare di vendita: inopponibilità al promissario acquirente, che abbia, prima del fallimento del promittente, trascritto una domanda ex art. 2932 c.c., poi accolta*, in [www.ilCaso.it](http://www.ilCaso.it), 8 gennaio 2019;
- Gazzoni F., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Rivista del notariato*, 1997;
- Gianni - Origoni - Grippo - Cappellini & Partners, *Codice della Crisi e dell'Insolvenza: riflessi della liquidazione giudiziale sui contratti pendenti con particolare riguardo ai rapporti di lavoro subordinato*, in *Diritto del Lavoro // Procedure concorsuali e ristrutturazioni*, in [www.gop.it](http://www.gop.it), 11 aprile 2019;
- Glanesini, N., *L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: Dal Regio Decreto n. 267 del 1942 ai nostri giorni*, in *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli Editore, Torino 2016,
- Guida P., *Le vendite di immobili non soggette ad azione revocatoria fallimentare (art. 67, co. 3 lettera c, L.f.)*, in *Rivista Studi e materiali CNN*, gennaio 2006 e ss., [www.fondazioneitalianadelnotariato.it](http://www.fondazioneitalianadelnotariato.it);

- Guida P., *Revocatorie fallimentari ed ordinarie, alienazioni immobiliari, cautele notarili*, in *Il nuovo diritto fallimentare ed il ruolo del notaio, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, in [www.fondazioneitalianadelnotariato.it](http://www.fondazioneitalianadelnotariato.it);
- Guidi F., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Art. 72 e 72bis l.f.* in *Il giovedì del curatore*, a cura di ODCEC PISTOIA;
- Altalex, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), Ipsoa, 12 dicembre 2018;
- Lamanna F., *La problematica cancellazione delle ipoteche iscritte in caso di subentro del curatore nel preliminare*, in [IlFallimentarista.it](http://IlFallimentarista.it), 13 febbraio 2017.
- Lener G., *Contratto preliminare ad esecuzione anticipata del definitivo e rapporto intermedio*, in *Foro It.*, 1977;
- Lener G., *Immissioni intollerabili e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'actio negatoria. La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati"*, in *Foro it.*, 1994;
- Limone M., *La trascrizione. La domanda giudiziale e il contratto preliminare nell'ipotesi di fallimento del promittente venditore*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 25 aprile 2017;
- Lo Cascio G. (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Ipsoa Milano 2017;
- Loche L., *Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*, in *Riv. giur. Sarda*, 1986;
- Luminoso A., *La compravendita*, Giappichelli, Torino VII Ediz., 2011;
- Luminoso A., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D.lgs. 122/2005). Appendice a La compravendita*, Giappichelli, Torino 2005;
- Maffezzoni F. M., *Inopponibilità al fallimento di preliminare di vendita non trascritto. Esecuzione dell'accordo per fatti concludenti ex art. 72 l.f.*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 6 settembre 2016
- Mammani D. E Pesando P., *Il Privilegio speciale del promissario acquirente, Fine di un orientamento molto particolare*;
- Martini M., *Preliminare in generale e preliminare immobiliare*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com);
- Mellone C., *Il contratto preliminare in generale*, in *Manuale di Diritto Privato*, in [Photocity.it](http://Photocity.it), 2012;
- Nigro A. e Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, il Mulino, Bologna, IV ediz., 2017;

- Nisivoccia N., *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 826;
- Panzani L., *I fallimenti immobiliari*, in *Fallimento*, 2006, p. 253;
- Panzani L. e Di Marzio F. (a cura di), *La riforma fallimentare*, vol. 1, Ipsoa, Milano 2007;
- Petrelli G. e G. Laurini (diretto da), *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Ipsoa, Milano 2005;
- Petrelli G., *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Prospetto riassuntivo*, in [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it), 31 dicembre 2005;
- Pollio M e Vidal G., *Codice della crisi d'impresa verso il rinvio*, in *ItaliaOggi*, n. 076, 31 marzo 2020;
- Re A., Scaliti G., *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire: D.lgs del 20 giugno 2005 n. 122*, Utet giuridica, 2006;
- Relazione illustrativa al Decreto Legge 08.04.2020 n. 23;
- *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2016;
- Rizzi G., *Decreto legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, in *Studi e materiali*, Giuffr , Milano 2005;
- Rizzi G. e Trentin D., *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in [www.notairizzitrentin.it](http://www.notairizzitrentin.it), 4 febbraio 2017;
- Rocchio F., *Contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Corriere Giuridico*, novembre 2004;
- Sacco R. e Caterina R., *Il possesso, Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffr , Milano 2014;
- Sandulli M., *Il Fallimento*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano, dicembre 2015;
- Schiano di Pepe G., *Il diritto fallimentare riformato, appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova 2008;
- Serrao E., *Il contratto preliminare. Nuova Enciclopedia*, Cedam, Padova 2011;
- Tagliaferri V., *Vendita, permuta, leasing. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffr , Milano 2010;
- Termine I., *Subentro del Curatore nel contratto preliminare: no all'effetto purgativo delle ipoteche*, in *IusLetter - informazione aggiornamento giuridico*, 9 marzo 2020;
- Ticozzi M., *La tutela egli acquirenti d'immobili da costruire*, Sicchiero, Padova, 2005;

- Tidona & Associati - Studio legale, *Fallimento del promittente venditore e conflitto del privilegio ex art. 2775 bis c.c. con l'ipoteca anteriormente iscritta*, in [www.tidona.com](http://www.tidona.com), 18 aprile 2013;
- Toffolo F. P., *La tutela dell'acquirente di immobili: problematiche fallimentari*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 20 dicembre 2007;
- Tonalini P., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire nel d.lgs. 122/2005, a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 14/2019*, Pavia, 19 marzo 2019;
- Torrente A. e Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano 2015, 22esima Ediz.;
- Zucchetti Software giuridico S.r.l., *Il Curatore - compiti e funzioni*, in [www.fallco.it](http://www.fallco.it), ediz. 7, gennaio 2020.