



Università
Ca' Foscari
Venezia
Facoltà
di Economia

Corso di Laurea Magistrale
in Amministrazione, finanza e controllo

Prova finale di Laurea

Sulla tutela dell'acquirente di
immobili e le inerenti
problematiche fallimentari

Relatore

Prof. Mauro Pizzigati

Laureando

Marco Spadotto
Matricola 831362

Anno Accademico
2010 / 2011

MARCO SPADOTTO

**SULLA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI E LE
INERENTI PROBLEMATICHE FALLIMENTARI**

INDICE SOMMARIO

Introduzione generale	pag. VIII
-----------------------	-----------

**PARTE PRIMA – UNA TUTELA OBBLIGATORIA E UNA TUTELA
REALE: LA SALVAGUARDIA DELLE SOMME VERSATE IN
ANTICIPO E IL COMPIMENTO DEL PROGRAMMA
CONTRATTUALE**

I CAPITOLO

Una dovuta premessa: cenni sul contratto preliminare di vendita

1. Natura e funzione, distinzione dal contratto definitivo	pag. 15
2. Requisiti del preliminare	pag. 20
3. Preliminare ad effetti anticipati	pag. 25
4. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre	pag. 30
5. Trascrizione del preliminare, efficacia e limiti temporali	pag. 32

II CAPITOLO

Tutela obbligatoria per il caso di immobili da ultimare

1. La salvaguardia delle somme versate in anticipo	pag. 37
1.1 L'influenza del modello francese	pag. 39
2. Un primo intervento in Italia, il d.l. 669/1996: il privilegio	pag. 42
3. Orientamenti recenti: il conflitto tra cause legittime di prelazione e la sentenza n. 21045 del 2009 delle S.U. della Corte di Cassazione	pag. 48

V

4. Il d.lgs 122/2005, la tutela degli acquirenti di immobili da costruire	pag. 53
5. Definizioni e ambito di applicabilità (<i>segue</i>)	pag. 55
6. La fideiussione da parte del costruttore (<i>segue</i>)	pag. 60
6.1 I contratti o gli altri atti soggetti alla disciplina	pag. 65
7. L'assicurazione obbligatoria (<i>segue</i>)	pag. 66
8. Il contenuto minimo del preliminare (<i>segue</i>)	pag. 67
9. La protezione dalle iscrizioni pregiudizievoli (<i>segue</i>)	pag. 71
10. La prelazione dell'acquirente: la natura non reale della stessa (<i>segue</i>)	pag. 73
11. L'introduzione dell'art. 72- <i>bis</i> L.F.: l'escussione della garanzia e lo scioglimento del contratto (<i>segue</i>)	pag. 75
12. Gli interventi legislativi modificativi dell'art. 72- <i>bis</i> L.F.	pag. 78

III CAPITOLO

Tutela reale per il caso di immobili ultimati

1. Un isolato principio di tutela reale, la sentenza n. 12505 del 2004 delle S.U. della Corte di Cassazione	pag. 81
2. Il compimento del programma contrattuale: la disciplina generale dei contratti pendenti in caso di fallimento. Gli interventi legislativi modificativi dell'art. 72 L.F.	pag. 85
3. La tutela reale nella riforma per gli immobili ad uso abitativo: art. 72 L.F. ultimo comma	pag. 93

**PARTE SECONDA – UNA TUTELA “CONSERVATIVA”: IL RISCHIO
DELL'ASSOGGETTABILITA' A REVOCATORIA FALLIMENTARE**

I CAPITOLO

La revocatoria fallimentare e il sistema delle esenzioni

- | | |
|--|----------|
| 1. Cenni e filosofia sulla revocatoria fallimentare | pag. 100 |
| 2. Il sistema delle esenzioni e la <i>ratio</i> della scelta legislativa | pag. 104 |

II CAPITOLO

**L'esenzione da revocatoria per le vendite al giusto prezzo di immobili ad uso
abitativo**

- | | |
|--|--------------|
| 1. La sovrapposizione non sempre univoca di interventi legislativi
ridondanti | pag. 108 |
| 2. La questione del giusto prezzo | pag. 113 |
| 2.1 Una prassi a fini... fiscali: la simulazione parziale del prezzo | pag. 116 |
| 3. Modifica dell'art. 67 co. 3 lett. c) L.F. come da d.lgs. 169/2007:
l'estensione della previsione al contratto preliminare come
conseguenza dell'ipotesi introdotta dall'ultimo comma art. 72 L.F. | pag. 119 |
|
Paragrafo conclusivo |
pag. 122 |
|
Bibliografia |
pag. 126 |
| Giurisprudenza | pag. 133 |

**SULLA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI E LE
INERENTI PROBLEMATICHE FALLIMENTARI**

INTRODUZIONE GENERALE

Nel settore degli acquisti immobiliari è dato constatare come i mutamenti nelle forme dell'ordinamento abbiano a lungo impegnato il legislatore e negli ultimi due lustri condotto alla predisposizione di un sistema di regole di tutela piuttosto elaborato. Difatti, sino a poco più che una decina di anni fa, impervio e dissestato era il cammino in cui era costretto ad avventurarsi l'acquirente di immobili, soggetto com'era – sostanzialmente inerme e indifeso, per ciò che atteneva alla salvaguardia dei propri interessi di compratore – a tutte quelle rovinose frane che potevano conseguire alla crisi del costruttore-venditore.

Benché notoriamente riconosciuto dalla dottrina, fin dal principio degli anni settanta, l'acquirente di immobili come “parte debole” del rapporto contrattuale, non si è mai tuttavia pervenuti ad una soluzione della questione se non in tempi molto più recenti.

La necessità di predisporre una adeguata tutela giuridica per chi acquisti o prometta di acquistare un immobile è emersa inizialmente in relazione ai vizi, materiali o giuridici, del bene oggetto del contratto ovvero al ritardo nell'adempimento o, peggio, all'inadempimento del costruttore¹. E' intuibile come i rischi di maggiore gravità siano connessi alle ipotesi in cui il costruttore incorra nella c.d. situazione di crisi, soprattutto in considerazione delle modalità attraverso le quali si svolge questo tipo di negoziazione: nella prassi non era – e non è – infatti infrequente che i costruttori richiedessero la corresponsione di importanti acconti anticipati al fine di finanziare con gli stessi la costruzione medesima. Per tutto il tempo che intercorreva tra la stipula del contratto preliminare e il definitivo acquisto del fabbricato a lavori terminati, gli acquirenti erano così esposti al rischio della sopravvenuta insolvenza del costruttore e della sua impossibilità di adempiere all'obbligo di ultimazione del fabbricato medesimo e, dunque, correlativamente, alla perdita dei sopraccitati acconti senza, peraltro, poter venire in possesso della cosa oggetto del contratto e, perciò, senza che il programma

¹ Sin dalla fase delle trattative, questo tipo di contratti immobiliari costringeva l'acquirente alla “supina accettazione di clausole predisposte dal costruttore, clausole che, lungi dal garantire l'acquirente, in realtà tutelano il promittente sia da ogni inadempienza del futuro acquirente che, talora, dall'ingerenza di costui”. FIANDACA, ARMATI, FERRO, *Le garanzie degli acquirenti di case di abitazione nei confronti dei promotori e dei costruttori: i momenti della tutela*, in *Riv. not.*, 1976, 587.

IX

contrattuale potesse giungere a compimento. L'acquirente, pertanto, da un lato correva il rischio di perdere, in tutto o in parte, le somme versate a titolo di acconto: nel caso in cui il costruttore fosse fallito, il curatore fallimentare avrebbe potuto scegliere di sciogliere il contratto *ex art. 72 L.F.* e all'acquirente non sarebbe rimasto altro da fare che insinuarsi al passivo come creditore chirografario, sprovvisto di legittima causa di prelazione alcuna, al fine – il più delle volte evanescente – di ottenere la restituzione di quanto pagato. Dall'altro lato, neppure l'eventuale scelta del curatore di proseguire il rapporto contrattuale avrebbe fornito all'acquirente garanzie concrete a tutela dei propri diritti di compratore.

Ancora, merita di essere sottolineata l'impossibilità, per l'acquirente, di agire *ex art. 2932 c.c.* per ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare (trattandosi di immobile ancora da costruire) condizione che andava in tal modo ad acuire l'impotenza del consumatore dinanzi alla situazione prospettata.

In definitiva, sfumata dunque la possibilità di veder realizzato il programma contrattuale che avrebbe condotto l'acquirente a divenire proprietario dell'immobile, accadeva sovente che pure venissero persi gli acconti versati, data l'incerta prospettiva perfino di un parziale rimborso.

Non solo, i toni assumevano tinte marcatamente più drammatiche nel momento in cui l'immobile, già ultimato e consegnato, egualmente a causa della dichiarazione di fallimento del costruttore, fosse rientrato nel novero degli oggetti di negoziazione suscettibili di soccombere sotto la scure della revocatoria fallimentare; parafrasando il noto racconto ciceroniano, tale ipotesi rappresentava una vera e propria spada di Damocle pendente sul capo dell'acquirente, il quale avrebbe potuto vedersi sottrarre il bene in cui non soltanto già si era insediato ma – di più – il cui diritto di proprietà gli era già stato trasferito, ritrovandosi tra le mani il solo pretesto per poter domandare l'ammissione al passivo fallimentare: si può ben dire che il compratore dell'immobile sovente “si ritrovava ad aver acquistato solamente un lungo processo”².

Un primo – ma infruttuoso – tentativo di colmare la carenza è stato operato dalla

2 Mi permetto di citare l'amara ironia del senatore francese Nungesser, che così denunciava in "*Documents Sénat*", p. 2585, *Journal Officiel* 20 décembre 1966, come riporta SAINT-ALARY, *Les garanties de bonne fin des opérations de construction immobilière*, in Y.P. Bouchetard, *Librarie du journal des notaires et des avocats*, 1977.

proposta di legge 589 del 22 novembre 1972, presentata ad opera dei senatori Carraro e Follieri, avente per oggetto il “contratto di vendita di porzione di edifici da costruire”. Il progetto, ancorché mai tradotto in legge, ha però avuto il pregio di aprire il dibattito sul tema, catalizzando anche autorevoli contributi dottrinali³, auspicanti il riconoscimento al promissario acquirente, nel caso di scioglimento del contratto, del privilegio speciale immobiliare sul credito inerente alla restituzione degli eventuali acconti di prezzo versati, oltre ad una più profonda ed efficace salvaguardia dei propri interessi nel caso di vizi relativi all'immobile ceduto.

Il graduale intervento del legislatore volto a rimediare siffatto disequilibrio si è sviluppato in un *iter* normativo costituito da più tappe: esso ha infatti avuto inizio con il d.l. 31 dicembre 1996 n. 669 convertito con modifiche nella legge 28 febbraio 1997 n. 30 e, passando per il d.lgs. n. 122 del 2005, ha trovato progressivo compimento con le modifiche alla legge fallimentare, introdotte di seguito e con il d.l. 14.3.2005 n. 35, convertito con modifiche in legge 14.5.2005 n. 80 e con il d.lgs. 9.1.2006 n. 5 e infine con il più recente d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, correttivo della riforma della legge fallimentare e le cui norme sono entrate in vigore il 1° gennaio 2008.

Il primo intervento, il d.l. 31 dicembre 1996 n. 669 convertito con modifiche nella legge 28 febbraio 1997 n. 30, il quale introduceva la possibilità di trascrizione del preliminare (avente ad oggetto – tra le altre ipotesi – la conclusione di un contratto di vendita di immobili), presupposto dei correlati effetti prenotativi, pur non vertendo direttamente sulla disciplina fallimentare ha di riflesso comportato delle innovazioni in tal senso: difatti, nell'ipotesi di mancata esecuzione del preliminare (e quindi, di per sé, non solo in caso di fallimento del costruttore) è stato previsto che, sotto determinate condizioni, il credito del promissario acquirente alla restituzione degli acconti di prezzo versati possa godere di privilegio speciale sull'immobile oggetto del contratto. Con specifico riferimento al caso di insolvenza del costruttore, la legge in esame ha modificato l'art. 72 L.F. statuendo, qualora il preliminare sia stato trascritto ed il curatore abbia optato per lo scioglimento del contratto, il diritto dell'acquirente di far valere il proprio credito, per quanto anticipato, al passivo del fallimento potendo fruire del privilegio di cui sopra. Veniva così realizzata “la prima forma di tutela c.d. obbligatoria, che privilegia il

3 BIANCA, *Notazioni per una disciplina in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 23.

promissario acquirente rispetto ad altri creditori, rendendo un po' più concreta la speranza di una restituzione almeno parziale degli acconti versati"⁴.

Detta tutela, tuttavia, imperniandosi sul cardine di una possibilità poco sfruttata nella prassi, sia a causa del rigoroso obbligo di forma sia in ragione di una miope convenienza meramente economica, si rivelava poco efficace in ordine agli imponenti obiettivi prefissi; infatti, come notano i commentatori del successivo provvedimento legislativo, “il fenomeno delle famiglie impegnatesi nell’acquisto di un immobile in costruzione – e successivamente coinvolte nella crisi di impresa del costruttore – aveva assunto dimensioni non più sostenibili (si registrano stime di circa 200 mila famiglie a far tempo dal 1993)”⁵.

Numerosi, come accennato, gli interventi che ad esso hanno seguito, i quali sono andati a costituire quell'elaborato sistema di cui si parlava al principio della presente introduzione; *in primis*, naturalmente, rileva il capostipite d.lgs 122/2005: “la *ratio* della nuova disciplina è stata quella di rafforzare la posizione dell’acquirente di immobili in corso di costruzione o da costruire, introducendo un sistema di tutele a suo favore, con l’obiettivo [...] di realizzare un intervento di limitato impatto normativo, con finalità fortemente connotate dalla necessità e dall’urgenza di dare maggior tutela al credito degli acquirenti, laddove il costruttore sia coinvolto in una situazione di crisi”⁶. Negli anni successivi modifiche allo stesso decreto legislativo e alla legge fallimentare si sono accavallate istituendo altresì – occorre anzitutto sottolineare – una ipotesi di esenzione da revocatoria per quanto attiene agli immobili destinati ad uso abitativo (e a determinate altre condizioni che in seguito si andranno ad analizzare); in tal caso soprattutto, ma parimenti per quanto riguarda gli altri provvedimenti sopra menzionati, infatti, il dissesto del costruttore-venditore dell’immobile travolge un interesse fondamentale, tutelato anche dall’art. 47 della Costituzione, a norma del quale “la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme e favorisce l’accesso del risparmio popolare alla proprietà dell’abitazione”, ed è dunque anche in una simile ottica che si inquadrano gli innesti normativi operati dal legislatore.

4 PETRUCCO TOFFOLO, *La tutela dell’acquirente di immobili: problematiche fallimentari*, in *Il Caso.it*, n. 86, II – dottrina, opinioni ed interventi, 20 dicembre 2007, 3

5 CASARANO, BALDI, TIMPANO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il sole 24 ore* del 13 ottobre, 2006, IX

6 *Ibidem*

XII

Alla luce della situazione normativa odierna, obliate le voragini legislative che delle priorità dell'acquirente porgevano il fianco – in termini eufemistici – ai poteri pressoché illimitati, in materia, del curatore, i recenti sviluppi hanno perciò condotto alla creazione di un corposo sistema di tutela nei confronti degli interessi dell'acquirente di immobili a fronte del fallimento del costruttore-venditore.

Trattasi di un sistema di tutele tripartito che permette la simultanea convivenza di, appunto, tre livelli di tutela sovrapposti: un primo livello, c.d. tutela obbligatoria o “recuperatoria”, che attiene principalmente alla restituzione e alla salvaguardia delle somme versate in anticipo dall'acquirente; un secondo livello di tutela, che possiamo definire c.d. tutela reale o acquisitiva, volto a colmare le carenze legislative in ordine alla conclusione e al compimento del programma contrattuale originario; infine, un terzo ed ultimo livello di tutela, che si può definire tutela “conservativa”, per l'ipotesi in cui il programma contrattuale si sia realizzato in epoca prefallimentare ed il rischio sussista nell'assoggettabilità dell'acquisto – pur intervenuto – all'azione revocatoria fallimentare, con la conseguente perdita del bene da parte dell'acquirente⁷.

Il panorama è quindi talmente mutato, in termini di complessità, da non ricomprendere solo norme disciplinanti specificatamente il destino degli acquisti immobiliari ad uso abitativo dinanzi alla dichiarazione di fallimento del venditore e, ancora, non solo esistono norme che proteggono dalla revocatoria fallimentare le vendite di immobili ad uso abitativo, ma addirittura ne esistono sì numerose (e l'abitudine del legislatore a correggere e riformare continuamente i propri provvedimenti ne irrobustisce la macchinosità e le connesse difficoltà di lettura) “che il problema interpretativo più serio non è quello di applicarle una per una – singolarmente considerate – ma è quello di conferirvi senso complessivamente, cioè armonicamente e coerentemente l'una rispetto alle altre”⁸.

Un elaborato *corpus* normativo è venuto a formarsi dalla stratificazione di svariati provvedimenti, i quali, talvolta – in difetto di sofisticatezza – prevedono differenti soluzioni per situazioni non semplicemente analoghe bensì identiche. Pur rimanendo ferma e indissolubile la *ratio* che funge da fondamento alla citata produzione legislativa,

7 PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 1

8 NISIVOCCIA, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. Comm.*, 2008, 04, 826

XIII

dalla quale si evince che, al di là delle tecniche di volta in volta utilizzabili, l'acquirente persona fisica di immobile da costruire o ad uso abitativo appare sempre come un soggetto meritevole di tutela a causa dei rischi intrinseci all'operazione compiuta, viene dunque richiesto, all'interprete che voglia razionalizzare e ricostruire il sistema, di svolgere un compito non certo facile, e tanto più arduo quanto maggiore è il grado di non trasparenza delle scelte operate dalla giurisprudenza al fine di comporre i conflitti di interessi in gioco.

Il presente lavoro si prefigge anzitutto come obiettivo quello di definire, in un senso molto prossimo a quello più squisitamente ontologico, gli attributi dell'ente-sistema di tutele, marcando analiticamente le varie categorie dalle quali quest'ultimo è connotato. Trattasi di uno studio di approfondimento sulle varie norme e sulle relative forme di tutela che, di volta in volta, appaiono nel ventaglio delle scelte prospettate a seconda della situazione e delle circostanze di fatto previste come presupposti dall'elaborato legislativo.

Partendo da una dovuta premessa in ordine alla fattispecie contratto preliminare di compravendita, si provvederà ad analizzare le tre forme di tutela sopra menzionate, evidenziandone i prelude e le conseguenze, parallelamente all'esposizione dei vari provvedimenti normativi che delle stesse sono stati la fonte. Infine, l'ultima parte del lavoro sarà dedicata ad un paragrafo conclusivo, nel quale verranno sottolineate le lacune tutt'ora presenti nel sistema e le potenziali cause di insuccesso di quest'ultimo, nonché gli orizzonti di sviluppo del delicato ambito normativo dedicato ai c.d. fallimenti immobiliari.

**PARTE PRIMA – UNA TUTELA OBBLIGATORIA E UNA TUTELA
REALE: LA SALVAGUARDIA DELLE SOMME VERSATE IN
ANTICIPO E IL COMPIMENTO DEL PROGRAMMA
CONTRATTUALE**

I CAPITOLO

UNA DOVUTA PREMESSA: CENNI SUL CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA

1. Natura e funzioni, distinzione dal contratto definitivo

L'Italia del secondo dopoguerra, lasciata alle spalle – per buona parte – una economia dai connotati prevalentemente rurali, venne caratterizzata dalle massicce migrazioni delle popolazioni delle campagne agli agglomerati cittadini; in tale contesto e a causa di esso ebbe luogo quella che è ricordata come esplosione, in senso positivo, del mercato edilizio: ne conseguì un denso proliferare degli acquisti immobiliari, soprattutto, logicamente, di immobili da costruire. Tuttavia, la prassi commerciale dimostrò ben presto come la fattispecie contrattuale della compravendita fosse inadeguata alle esigenze di un simile settore del mercato, contraddistinto non solo dalla presenza di importanti interessi patrimoniali, ma anche da una componente intrinseca di rischiosità piuttosto elevata per ambedue le parti (venditore e compratore). La scelta dello schema contrattuale da utilizzare ricadde allora – ed è tuttora invariata la preferenza accordata – sulla figura giuridica del contratto preliminare di vendita.

Proprio per tali motivi, non si ritiene opportuno principiare *ex abrupto* con la trattazione del tema principale, piuttosto si crede sia quantomeno dovuto procedere ad una preliminare indagine, almeno per capi sommari, relativa alla figura giuridica sopraccitata, in modo da poterne comprendere appieno l'incidenza per ciò che riguarda l'ambito scientifico primario che nel presente lavoro si va ad approfondire, e cioè la tutela dell'acquirente di immobili.

Il contratto preliminare, in breve, dunque, costituisce una fattispecie negoziale connotata da vincolo obbligatorio in sé perfetto, la quale però assume la suddetta denominazione poiché è destinata, in un certo senso, ad innestarsi nell'*iter* di formazione del contratto definitivo. Trattasi di una prassi che ampio successo ha

riscosso nell'ordinamento giuridico italiano, nel quale è stata trapiantata, dovendone invece ricercare le radici nell'ordinamento tedesco: era infatti sconosciuta tale fattispecie al codice civile del 1865. Esso costituisce l'espressione del movimento volitivo delle parti, le quali intendono, certamente, manifestare l'intento di impegnarsi reciprocamente; tuttavia, sussistendo una qualsivoglia condizione ostativa alla definizione puntuale di alcuni elementi dell'accordo nella forma legislativamente determinata – ed ampio è il novero delle motivazioni che possono spingere i soggetti dei traffici commerciali a stipulare un contratto preliminare – viene a preferirsi siffatta soluzione, mediante la quale le parti medesime si obbligano, vicendevolmente, alla stipula di un futuro contratto, il definitivo.

Anzitutto è possibile rilevare come esso si differenzi dalla vendita obbligatoria, difatti quest'ultima rappresenta un negozio unitario per il quale, all'avvenimento di un determinato atto o fatto (che può essere costituito, tra l'altro, dal venire ad esistenza dell'oggetto della vendita, e in tal caso si parlerà di vendita di cosa futura), si avrà il momento traslativo dei diritti in base al contenuto di un contratto già discusso e perfezionato precedentemente; i due effetti, quello obbligatorio e quello reale, in tale ipotesi, hanno come unica fonte il solo contratto di compravendita: il realizzarsi dell'atto o del fatto, il venire ad esistenza dell'oggetto venduto, sono elementi che appartengono alla sfera esecutiva del contratto.

Se da un lato è pur vero che il contratto preliminare è stato variamente inquadrato nell'ambito della teoria di formazione del contratto, ovvero nella teoria generale del contratto, od ancora tra le fonti dell'obbligo di contrarre⁹; occorre però precisare che, anzitutto, appare frettoloso relegare tale fattispecie nel mero ambito delle tappe per la formazione del contratto definitivo, quale primo grado di un procedimento di progressiva formazione del contenuto contrattuale, essendo, come accennato sopra, una fattispecie caratterizzata sì dalla transitorietà, ma in sé compiuta nonché autonoma e nettamente distinta da quella del contratto definitivo¹⁰. In secondo luogo, è altresì opportuno sottolineare come pure sembra riduttivo l'inquadramento del preliminare fra le fonti dell'obbligo di contrarre.

Andando ad indagare indietro nel tempo, ripercorrendo la nascita dell'orientamento

9 SERRAO, *Il contratto preliminare*, 2002, Cedam, 4

10 V. *infra* I.I.2

dottrinale preminente, è possibile confrontarsi colla definizione tradizionalmente accettata del negozio in oggetto, la quale riconduce il preliminare – appunto – ad un rapporto obbligatorio attraverso il quale le parti assumono l'impegno di stipulare, in seguito, fra loro, un ulteriore contratto già determinato, perlomeno, per ciò che riguarda gli elementi essenziali¹¹. C'è stato chi l'ha qualificato quale fonte di un obbligo di dare in senso tecnico, ritenendo privo di senso “l'obbligarsi ad obbligarsi”, benché comunque la prassi abbia dimostrato un frequente ricorso alla combinazione preliminare-definitivo anche nel campo dei contratti ad effetti obbligatori. Altri, invece, hanno ritenuto fosse uno strumento di controllo del rischio atto a provvedere, tra l'altro, al controllo delle sopravvenienze prima della stipula del definitivo; in altre parole, nel caso l'esecuzione si rivelasse troppo onerosa, anche e soprattutto sotto il profilo di una analisi di economicità, ovvero la causa fosse intaccata da difetto o vizi funzionali, allora il preliminare permetterebbe lo scioglimento dell'accordo limitando gli oneri e le incombenze accessorie del recedente (in quanto tale) e le parti sarebbero libere di non concludere il definitivo.

Ad ogni modo, emergono di conseguenza i due tratti peculiari del contratto preliminare, i *propria* del concetto che ad esso sottende: anzitutto, una simile definizione non può che abbracciare il principio per cui il preliminare rappresenta una categoria contrattuale in grado di rivestire, almeno in via di principio, qualsiasi contenuto; in secondo luogo, essa ne ribadisce – ancora una volta – l'autonomia¹². Il contratto preliminare risulta così porsi come “modo negoziale di procedere”¹³: se è pur vero che la nuda promessa di futuro contratto costituisce fonte di semplice obbligo e non già di obbligazione, essa tuttavia tende oggi ad essere percepita e delineata alla stregua di un contratto a sé stante e ad essere intesa in termini di autonoma rilevanza causale¹⁴.

Parzialmente in antitesi con gli sviluppi sopra delineati, altra parte della dottrina, traendo spunto dal dettato normativo, che impone l'esistenza, nel preliminare, di tutti i requisiti di validità del contratto definitivo, osserva come la differenza fra i due atti si

11 COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Encicl. Giur.*, 1902

12 V., per tutti, ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, 1997, UTET, 886, il quale conferma che il contratto preliminare “è un contratto vero e proprio, con effetti solo obbligatori”. L'obbligo delle parti consisterebbe “nel dover concludere un altro contratto, con il medesimo oggetto”.

13 LUMINOSO, PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare : regole e dogmi*, 1998, Cedam, 113

14 PALERMO, *Contratto preliminare*, 1991, Cedam, 73 ss.

rinvenga esclusivamente nella differente efficacia che rispettivamente ciascuno produce¹⁵; in altri termini, occorrerebbe ricercare la funzionalità del preliminare nella possibilità che esso offre di dilatare i tempi nei trasferimenti dei diritti e nella costituzione dei rapporti obbligatori in generale, in modo da permettere al soggetto operante una più puntuale e ponderata valutazione della situazione. Situazione, quella poc'anzi descritta, che risulta evidente in particolar modo quando il contratto ha ad oggetto un immobile da costruire, poiché, da un lato, il venditore, posticipando gli effetti traslativi della proprietà, è tutelato da un'eventuale inadempienza nel pagamento del prezzo concordato; dall'altro lato, risponde ad un'esigenza di maggiore protezione degli interessi patrimoniali dell'acquirente la possibilità di accertare, man mano che l'immobile viene ad esistenza, la conformità del bene al regolamento di interessi pattuito. In quest'ultimo caso, infatti, è lampante che l'opportunità offerta dal preliminare, sarebbe a dire la facoltà di non concludere la vendita, è di gran lunga la strada più agevole da percorrere piuttosto che l'azione in via giudiziale al fine di rimuovere un vincolo contrattuale che già ha prodotto i suoi effetti.

Bisogna tuttavia evidenziare che, una tale interpretazione, apparirebbe quanto meno stridente con il disposto dell'art. 2932 c.c.: la possibilità di ottenere forzatamente l'attuazione di quanto stabilito nell'accordo preliminare implica la necessità dell'offerta della controprestazione. Pertanto, il merito della questione rimane ancora oggetto di dibattito.

In ossequio alle ultime evoluzioni dottrinali, in tempi più recenti, è stata condotta alle estreme conseguenze la tesi¹⁶ del preliminare quale “vero e proprio contratto di compravendita (obbligatoria), riducendo il definitivo ad atto di trasferimento con causa esterna coincidente con la causa del preliminare”¹⁷. Il definitivo assumerebbe dunque i

15 COSTANZA, *Contratto preliminare e prescrizione dell'azione generale di rescissione*, in *Giur. Comm.*, 1977, I, 1381

16 PALERMO, *op. cit.*, 116, osserva che “deriva da tale impostazione il pressoché totale assorbimento della più importante figura di contratto preliminare – quello di compravendita – nell'astratto schema della “vendita obbligatoria”, il quale dovrebbe realizzare l'assetto di interessi [...] attraverso atti formali di adempimento, tutti polarizzati verso il finale “atto di disposizione”, anch'esso avente carattere di prestazione dovuta”. Inoltre, c'è chi nota, SPECIALE, *Il “Vorvertrag” nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione del contratto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1986, I, 89, che “un tale accordo è già vincolante e, ove siano soddisfatte le esigenze di controllo e di garanzia [...], può determinare gli effetti contrattuali previsti, previo semmai l'intervento giudiziale. Il contratto definitivo in tali casi non può che limitarsi a fotografare un accordo già delineato”.

17 SERRAO, *op. cit.*, 6

tratti di un negozio solutorio che non vive di causa propria o che, comunque, non può prescindere dalla causa di un primo negozio, il preliminare appunto¹⁸. Una decisa svolta che sembra inoltre supportata dalla disciplina che, per ultima, è stata disposta circa la trascrizione del preliminare: difatti, non solo la trascrizione non sana i vizi dell'atto ed è, parimenti ai suoi effetti¹⁹, indissolubilmente legata alla sorte del preliminare eventualmente soggetto a caducazione, ma anche nell'art. 2645 *bis*, si parla, citando testualmente, di “trascrizione del contratto definitivo o di altro atto” ammettendo, dunque, che il definitivo venga ad assumere il ruolo di “atto”, termine col quale il legislatore si riferisce agli atti unilaterali²⁰: “ciò confermerebbe la tesi per cui il definitivo non è necessariamente un contratto, potendo risultare adempiuto l'obbligo scaturente dal preliminare anche mediante un atto unilaterale”²¹.

In via generale, la successione tra contratto preliminare e contratto definitivo costituisce la combinazione degli elementi di una peculiare sequenza normativa – un *continuum* legislativamente previsto – la quale integra una sorta di collegamento negoziale necessario, obbligatorio in un certo senso, di cui il primo elemento, il preliminare, non è che il momento introduttivo della graduale instaurazione di un concreto equilibrio di interessi; si tratta di due componenti che rappresentano realtà tra loro differenti caratterizzate però dalla complementarità. Può, dunque, affermarsi correttamente “che non vi è coincidenza logica, né giuridica, tra contratto preliminare e definitivo: i due contratti si distinguono sia come tipi di atto, sia con riguardo agli effetti che producono”²².

Il contratto preliminare possiede un contenuto positivo che già costituisce, perlomeno, la struttura portante su cui si incardinerà il regolamento di interessi finale, senza però che l'attuazione di quest'ultimo sia voluta al momento della stipula; è, difatti, il contratto definitivo lo strumento deputato a rappresentare la volontà di dare vita a quel medesimo assetto di interessi, apprestante il titolo formale dell'operazione. Da ciò si desume che la

18 Soprattutto GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, Edizioni Scientifiche Italiane, 833: “il contratto preliminare genera l'obbligo non tanto di prestare il consenso quanto di dare e costituisce un'ipotesi di pagamento traslativo, con scissione del *titulus* e del *modus acquirendi* a conferma della tesi della causa solutoria del definitivo”.

19 V. *infra* I.1.5

20 V. art. 428 c.c., art. 1324 c.c. e art. 1350 n. 5 c.c.

21 SERRAO, *op. cit.*, 7

22 SERRAO, *op. cit.*, 15

differenza fondamentale tra i due atti, quel *quid* che ne rende possibile una qualificazione, si sostanzia, in sintesi, nella volontà delle parti di vincolarsi in modo definitivo.

Occorre anzitutto rilevare che, indubbiamente, il contenuto del definitivo deve rimanere entro i solchi già tracciati col preliminare (e, difatti, sovente, è stata riconosciuta la rilevanza del preminente del preliminare in caso di discordanza col definitivo²³, nel senso che questo non elide quanto del primo non sia riproposto). Viene posta, tuttavia, la dibattuta questione seguente, e cioè ci si chiede come sia conciliabile, eventualmente, la duplice natura del definitivo, atto solutorio e atto di autonomia negoziale: allora, ancora prima, occorre domandarsi se il definitivo rappresenti un atto dovuto, un semplice adempimento del preliminare, ovvero un atto di autonomia negoziale avente i presupposti e la struttura di questo e solo di questo, o, infine, una figura ibrida tra le due delineate. Volendo approfondire detto aspetto, se è possibile ritenere che il contratto definitivo abbia natura di atto dovuto, salvo che per la misura in cui esso si sia innovato rispetto alla disciplina dettata nel preliminare; o, ancora, se ne rinvenga la natura di atto negoziale anche oltre i limiti descritti nel preliminare ma solo in ragione di una specifica funzione, e cioè quella di far fronte a determinate gravi sopravvenienze senza che queste comportino lo scioglimento del contratto; oppure, al contrario, se è possibile sostenere la netta incompatibilità tra l'adempimento di obbligazione e il contratto, richiedendo la scelta decisa tra una delle due alternative; la dottrina dominante ha, però, seguito la tesi per cui il definitivo sarebbe, da un lato, adempimento e, dall'altro, negozio traslativo espressione di autonomia privata, senza riscontrare alcuna inconciliabilità tra le due sfaccettature e, anzi, proclamandone una verosimile convivenza.

2. Requisiti del preliminare

La figura del contratto preliminare viene presa in considerazione dal Codice Civile come autonoma fattispecie contrattuale²⁴; si deve ritenere che, per mezzo delle

²³ Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, *NGCC*, 1988, I, 537

²⁴ V. art. 1351c.c. il quale omette di fornirne una definizione e si limita a prescrivere per il preliminare, a pena di nullità, l'osservanza della forma prevista per la stipulazione del contratto definitivo, in

disposizioni in questione, il legislatore abbia voluto evitare che le parti potessero eludere la norma relativa alla forma dei contratti, stipulando un preliminare che avesse forma orale seguito poi, *ex art. 2932*, dal ricorso allo strumento di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre²⁵.

Anzitutto occorre precisare che devono risultare per iscritto e il contenuto della pattuizione sulla quale le parti si sono accordate e la sottoscrizione di coloro che reciprocamente si sono accordati²⁶.

La forza precettiva della norma, peraltro, non può limitarsi al semplice e ristretto profilo formale, bensì estende la propria portata al complesso della disciplina del contratto, di guisa che, almeno in linea di principio, il preliminare sia soggetto ai medesimi requisiti richiesti per la validità del definitivo, con riferimento in particolare alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, nonché alla capacità delle parti e alla illiceità del contenuto del contratto. Si ribadisce, ancora una volta, che il preliminare deve indicare, almeno nei suoi tratti essenziali²⁷, il contenuto del definitivo, trovando in

conformità al cosiddetto principio di simmetria; il contratto preliminare per ciò che attiene a una compravendita immobiliare, dunque, dovrebbe possedere, per essere valido, forma scritta e, più precisamente, dovrebbe trattarsi di atto pubblico o scrittura privata autenticata.

25 In verità, proprio l'art. 1351 c.c. in passato è stato il l'oggetto di un acceso dibattito dottrinale; difatti, in accordo con una interpretazione ormai oltrepassata, tale norma sarebbe stata diretta non a fissare un requisito di validità del contratto, alla stregua dell'art. 1325 c.c., bensì avrebbe costituito semplicemente il presupposto per l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c., con la conseguenza che sarebbe stato così configurabile un preliminare a forma libera ogni qualvolta le parti avessero dichiarato di rinunciare preventivamente alla possibilità di utilizzare lo strumento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Tuttavia, il fatto che il legislatore attribuisca al contraente non inadempiente una libera scelta tra i due rimedi dell'esecuzione forzata in forma specifica e del risarcimento del danno per equivalente, implica che non sia logico differenziare a priori la disciplina relativa alla forma, in modo che una fattispecie sia inidonea all'esecuzione forzata in forma specifica, ma al contempo idonea al rimedio del risarcimento per equivalente. Ciò, in definitiva, elimina ogni dubbio sul fatto che il requisito formale assurga a requisito di validità dello stesso preliminare, anche se, coloro che ritengono che il preliminare debba sempre e comunque essere stipulato nella medesima forma del definitivo giungono, ad ogni modo, alla conclusione che la mancanza di forma del preliminare possa essere sanata dalla stipulazione di un definitivo in forma corretta.

26 Per converso, il requisito della forma non si estende ai requisiti non essenziali del contratto.

27 Invero, parte della dottrina tenderebbe a ritenere che la determinatezza dell'oggetto non si possa avere se non quando le parti abbiano regolato gli elementi principali del rapporto e anche i punti di secondario interesse; in altre parole, per la validità del preliminare, in accordo con quanto sopra, verrebbe richiesta la precisazione di tutta la disciplina finale dell'assetto di interessi prefigurato dalle parti. Tuttavia la giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto la validità del contratto preliminare definito da un contenuto minimo, purché di esso sia possibile un completamento mediante l'opera giudiziale di integrazione ed interpretazione e sottolineando categoricamente che, ad ogni modo, non può essere rinviata al definitivo la determinazione dell'oggetto del contratto (v., ad esempio, Cass., 3 agosto 1992, n. 9232, *CED Cass.*, RV 478426).

caso contrario applicazione l'art. 1346 c.c. che ne sancisce l'invalidità per indeterminatezza dell'oggetto²⁸. Così, nell'eventualità in cui oggetto del preliminare sia un bene immobile, occorre che siano determinabili – si badi – nell'atto scritto, tutti quegli elementi oggettivi, ad esempio l'ubicazione, i confini, i dati catastali, che risultano adeguati al fine di individuare il bene promesso in vendita²⁹. Si afferma, dunque, che la determinabilità dell'oggetto debba risultare da elementi intrinseci all'atto direttamente o indirettamente precostituiti dalle parti: “il contratto preliminare, pur lasciando alle parti la possibilità di addivenire ad ulteriori pattuizioni marginali, [è necessario] contenga gli elementi essenziali della futura convenzione, fra cui, appunto, la determinazione o determinabilità dell'oggetto, non essendo, tuttavia, esclusa la validità del contratto, allorquando l'oggetto possa determinarsi attraverso atti e fatti storici, anche successivi alla sua conclusione, e, perfino, in base ad elementi del mondo esterno ad esso estranei o anche *per relationem*”³⁰.

Per ciò che attiene agli elementi accidentali, non osta invece alla validità del preliminare la temporanea impossibilità dell'oggetto del contratto definitivo, come può intuitivamente desumersi dal riconoscimento legislativo operato dall'art. 1347 c.c. relativo alla possibilità sopravvenuta della prestazione prima dell'avverarsi della condizione o della scadenza del termine. Dal preliminare di vendita potrebbe nascere l'obbligo di concludere il contratto definitivo entro un dato lasso di tempo; i contraenti sono perciò soliti apporre al preliminare un termine per tale adempimento, che, in ogni caso, evidenzia parte della dottrina³¹, non può essere considerato come un elemento

28 Ciò non esclude ovviamente che le parti possano successivamente inserire nel definitivo, di comune accordo, clausole ed elementi non indicati nel contratto preliminare, v. *supra* nota 15.

29 Non potranno ritenersi idonei strumenti d'integrazione del contenuto negoziale la produzione della planimetria non sottoscritta dalle parti o la prova testimoniale quando il contratto scritto non contenga alcun elemento identificativo dell'immobile.

30 Cass., 10 giugno 1991, *GC*, 1992, I, 1021; *contra*, si dà atto che Cass., 23 agosto 1997, n. 7935 ha riconosciuto validità al contratto preliminare anche se carente dei dati identificativi del bene oggetto di compravendita, ritenendo sufficiente che fosse certo, in base alle risultanze probatorie, che le parti avevano inteso riferirsi ad un bene determinato o, comunque, determinabile.

31 *Contra*, SERRAO, *op. cit.*, 56, la quale ritiene erronea siffatta impostazione trattandosi, “in realtà, della prevista durata di un negozio giuridico”, e, dunque, rifacendosi ad una costante massima giurisprudenziale, ne ravvisa “una essenzialità tacita, in presenza di quegli elementi i quali facciano ritenere che senza la stretta osservanza del termine le parti non sarebbero addivenute alla conclusione del contratto stesso”, pur non potendo valorizzare *ex post* comportamenti di una delle parti. Le due posizioni non appaiono quindi, certo, inconciliabili, dal momento che è possibile sostenere coerentemente la non essenzialità del termine salvo che essa sia insita nel contratto e dunque manifestazione di una volontà dispositiva, quella dei destinatari dei precetti, volta a derogare al principio in oggetto sancito dal legislatore (v. *infra* nota 24).

essenziale del contratto³², ma deve essere inteso, ad ogni modo, con riferimento all'adempimento dello stesso: esso ha funzione di termine di adempimento e non, come veniva un tempo inquadrato, di termine di durata, nel senso che l'inosservanza del medesimo produrrà come conseguenza l'inadempimento di una (o di entrambe) le parti; in altre parole i promittenti hanno l'obbligo di prestare il consenso a stipulare il definitivo entro il lasso di tempo convenuto, risultando inadempienti in caso contrario, tuttavia a tale eventualità non conseguirà immediatamente lo scioglimento del preliminare, come se si trattasse di una scadenza ultima oltre la quale si ha l'estinzione del contratto: difatti, il contraente che ne avesse interesse potrà sì provocare la risoluzione del contratto, ma soltanto mediante una propria iniziativa giudiziale ai sensi dell'art. 1453 c.c., purché l'inadempimento, naturalmente, non si sostanzi in un evento di trascurabile importanza³³.

Nel caso in cui invece le parti nulla abbiano disposto circa il momento della conclusione della vendita, è oggetto di dibattito tra dottrina e giurisprudenza se proprio l'intento dilatorio giustifichi l'affermazione secondo cui, in caso di mancanza di un termine espresso, sia comunque esclusa l'applicazione del principio per cui *quod sine die debetur statim debetur*, e sia dunque onere della parte che abbia interesse alla stipulazione del definitivo, secondo quanto stabilito dall'art. 1183 c.c., adire il giudice per la fissazione di un termine, ovvero se proprio la ritenuta applicabilità dell'art. 1183 c.c. determini l'immediata esigibilità della prestazione dedotta, dal momento che “il contratto preliminare è fonte di obbligazione al pari di ogni altro contratto e il suo particolare oggetto [...] non esclude che sia applicabile [...] la regola dello immediato adempimento”³⁴.

Ancora riguardo gli elementi accidentali, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il contratto preliminare può essere sottoposto a condizione, espressamente prevista nel testo contrattuale, purché l'evento ivi dedotto sia determinato o determinabile, pena la nullità del contratto sospensivamente condizionato per l'impossibilità di verificare

32 Ovviamente è possibile che le parti, nel pieno della rispettiva autonomia negoziale, dispongano quanto all'apposizione di un termine essenziale, tuttavia, altrettanto ovviamente, tutto ciò non può essere oggetto di presunzione.

33 Per completezza, nell'ipotesi fosse apposto un termine dichiaratamente essenziale, il contratto verrà risolto automaticamente, salvo che la parte non inadempiente dia notizia della volontà di prorogare il rapporto entro e non oltre tre giorni dalla scadenza del termine in questione.

34 Cass., 29 luglio 1992, n. 9086, *VN*, 1993, I, 212

l'avveramento della condizione³⁵, il verificarsi della quale, peraltro, a differenza di quanto avviene nel definitivo, non ne comporta la retroazione degli effetti³⁶.

E' infine possibile che il preliminare sia sospensivamente condizionato al rilascio di un provvedimento amministrativo (ed è frequente, per quanto riguarda il presente lavoro, l'ipotesi in cui, ad esempio, si debba ottenere il rilascio della licenza edilizia, al fine di rendere efficace il preliminare), e la giurisprudenza sottolinea che “se il fatto dedotto in condizione è un provvedimento amministrativo ed il procedimento per la sua adozione non ha potuto concludersi per fatto di chi aveva interesse contrario alla realizzazione della condizione, la prova, [...] non può avere ad oggetto la certezza che il provvedimento positivo vi sarebbe stato, ma solo lo stabilire se, nella situazione data, una legittima conclusione del procedimento fosse possibile”³⁷, cosicché non possa negarsi alla parte interessata all'avveramento della condizione il diritto al risarcimento del danno quale conseguenza del comportamento contrario alla buona fede tenuto dalla controparte in pendenza di condizione.

Identificati quindi gli elementi tecnici che vanno a comporre la fattispecie contratto preliminare, giova accennare a quella problematica che ha viste contrapposte la giurisprudenza³⁸ e parte della dottrina³⁹; il contratto preliminare di vendita, in base ad una diffusissima prassi, è caratterizzato da una sequenza progressiva di atti che portano alla formazione del consenso: in principio, generalmente, si ha la proposta di acquisto definitiva per mano dell'acquirente e a questa seguono l'accettazione del venditore e infine la stipula di un contratto preliminare c.d. formale. La questione risiede proprio nella possibilità di configurare come fattispecie di preliminare di vendita la fase intermedia del suddetto procedimento individuabile nella combinazione “proposta di acquisto-accettazione”, senza la necessità che ad esse debba seguire la stipula di un formale contratto preliminare. Il dibattito si è sviluppato lungo opposte direzioni e ha visto, da una parte, la giurisprudenza attribuire il valore di un vero e proprio contratto preliminare all'accettazione della proposta di acquisto senza che la pur prevista conclusione

35 Cass., 14 febbraio 1994, n. 1453

36 SERRAO, *op. cit.*, 62

37 Cass., 3 aprile 1996, n. 3084, *GC*, 1996, I, 2259

38 Cass., 10 maggio 2002, n. 6731, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2523 e Cass., 22 marzo 2001, n. 4126, in *Contratti*, 2001, 885.

39 DE MATTEIS, *Codice della vendita*, Milano, 2005, 72 e RESCIGNO, *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi formale*, in *Quaderni del notariato*, 1995, 2 ss.

successiva del contratto abbia un rilievo funzionale che trascende la mera ricognizione del patto negoziato, trattandosi perciò di un contratto che obbliga le parti a sottoscrivere il definitivo trasferendo così il diritto. Dall'altra parte, la sopraccitata dottrina nell'interazione tra proposta e accettazione non ravvisa l'esistenza di un *quid* che permetta di qualificare la stessa diversamente da un mero accordo preliminare, fonte di un obbligo a trattare piuttosto che di un obbligo a contrarre. Si tratterebbe, dunque, di un contratto che non ricade all'interno della tutela dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., rappresentando invece il titolo per far valere una semplice tutela risarcitoria.

3. Preliminare ad effetti anticipati

Come accennato in precedenza, le sorti del preliminare si sono particolarmente nonché intensamente intrecciate con quelle della prassi maturata all'interno del perimetro settoriale tracciato da un certo contesto commerciale, e cioè quello delle vendite immobiliari. Nell'ambito della fenomenologia che investe tali contratti di scambio, all'archetipo dell'*unus* negoziale, il modello legale unitario della vendita, animato e sorretto dal principio consensualistico, si è venuta a sovrapporre, via via affinandosi col tempo sempre maggiormente, una tipologia contrattuale assai articolata, in risonanza cogli interessi perseguiti dalle parti, i cui modelli si rinvergono principalmente nella prassi e altresì si desumono dall'esperienza giurisprudenziale; tali modelli, di norma, mirano all'obiettivo di comporre la vicenda traslativa del bene secondo una sequenza procedimentale di atti, in cui la fase obbligatoria è funzionalmente preordinata alla realizzazione dell'effetto traslativo sul bene: siffatto cambiamento si è svolto sulla scorta dell'uso che “della sequenza preliminare-definitivo di vendita è stato fatto dagli operatori del settore e che la giurisprudenza ha talvolta sostenuto con adeguate scelte operazionali”⁴⁰. E' la costante volontà delle parti di ricercare una soluzione che premettesse di offrire la possibilità di un graduale controllo sulla corretta esecuzione del rapporto prima del verificarsi dell'effetto traslativo, momento finale d'attuazione

40 DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare a effetti anticipati*, 1991, Cedam, 2

dell'assetto di interessi predisposto, ad aver spinto l'evoluzione di un simile fenomeno. Si tratta di un motivo di interesse pratico rispondente a ben precise esigenze emerse nel traffico giuridico, esigenze che la regola consensualistica avrebbe disatteso, non consentendo la scissione tra fase acquisitiva e fase intermedia obbligatoria, la cui introduzione, invece, veniva invocata dal vivo sostegno dei soggetti che dovevano procedere all'acquisto ovvero alla vendita di un bene immobile, e al fine di riservarsi un certo lasso di tempo per ponderare oculatamente l'operazione economica, in modo da non incorrere in miopi scelte, senza peraltro correre il rischio di perdere l'affare, e al fine di scandire nel tempo l'esecuzione delle prestazioni, permettendo all'acquirente sia di provvedere al pagamento del corrispettivo pattuito mediante una rateizzazione dello stesso sia di fruire di un immediato godimento del bene a fronte di un pagamento del prezzo dilazionato nel tempo⁴¹, nonché al venditore di conservare il titolo di proprietario del bene, in modo che ciò costituisca garanzia per il pagamento dovuto. Quel che si andava ricercando era l'instaurazione una solida correlazione tra gli adempimenti relativi al pagamento del prezzo e alla consegna del bene e l'attività di edificazione svolta sullo stesso.

Acuitesi nel corso dei decenni dette necessità, soprattutto – appunto – nello specifico settore delle contrattazioni relative alle vendite immobiliari, è venuto a diffondersi un certo negozio, ormai assunto quale forma paradigmatica dello svolgersi degli affari in tale ambito, caratterizzato da peculiari connotati e la cui fattispecie prende il nome di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. Esso costituisce uno schema ispirato alla volontà delle parti circa l'immediata esecuzione, una volta stipulato il contratto preliminare, delle prestazioni tipiche del contratto definitivo di compravendita, ossia il pagamento del prezzo e la consegna del bene⁴². E' stato definito, in questi casi, quale “preliminare “complesso”, le cui clausole consentono l'anticipazione degli effetti finali ma sono considerate dalla giurisprudenza clausole “accessorie” del tutto autonome dal

41 Ancora, è stato possibile includere nella fase “obbligatoria” specifiche obbligazioni, a carico del promittente venditore anche costruttore del bene, finalizzate al *facere* necessario per rendere il bene conforme alle esigenze abitative del promissario acquirente.

42 Secondo Cass. S.U., 27 marzo 2008, n. 7930 il contratto preliminare di compravendita è, e resta, un negozio tipico, mentre i rapporti accessori, nel caso in esame la consegna anticipata del bene e pagamento anticipato del prezzo, sono negozi giuridici ad esso collegati. Ragion per cui quando si ha una anticipata concessione del bene, la natura giuridica di tale negozio collegato al preliminare è quella del comodato. Quando si ha una anticipata corresponsione di denaro, la natura giuridica del negozio è quella di un mutuo gratuito.

contratto definitivo”⁴³. Oltre ad essere evidente la mediazione di una fase obbligatoria che interviene prima di quella attributiva del diritto reale, in una simile ipotesi, occorre notare che la stessa fase obbligatoria è preordinata ad una “attuazione progressiva dell'assetto di interessi convenuto con l'accordo iniziale, tramite l'esecuzione (integrale o solo parziale) delle obbligazioni di pagamento del prezzo e/o di consegna del bene in un momento antecedente il verificarsi dell'effetto traslativo sul bene”⁴⁴.

Ed è, dunque, l'inidoneità del preliminare ad effetti anticipati a costituire l'evento produttivo dell'effetto reale l'unico elemento di differenziazione che intercorre tra lo stesso e il definitivo: se è pur vero che è certamente possibile e, forse, più corretto parlare di contratto preliminare con anticipazione degli effetti del definitivo, nel senso che il preliminare diviene fonte e dell'obbligo di stipula del definitivo e dell'obbligo di dare esecuzione agli effetti di quest'ultimo benché non ancora concluso, siffatta anticipazione degli effetti non può oltrepassare la soglia costituita dagli effetti reali, sostanziale eccezione.

A questo punto, parrebbe intuitivo, se venissero integralmente anticipati gli effetti del definitivo, dover in tal caso interpretare la condotta delle parti come mirata alla conclusione di un contratto definitivo vero e proprio; pur tutta via, alcune recenti pronunce giurisprudenziali paiono discostarsi da tale osservazione non condividendola⁴⁵: dovendo attribuire ad una convenzione negoziale la natura giuridica di contratto di compravendita ovvero di semplice preliminare, si dice, che la previsione della “*traditio*” del bene e del pagamento, anche nel suo intero, del prezzo, non costituiscono vicende assolutamente incompatibili coll'intento di stipulare un semplice preliminare di vendita.

Il ricorso alla descritta fattispecie è più frequente, in particolare, nelle ipotesi di vendita di immobili che ancora debbono essere edificati (c.d. vendite sulla carta); ne emerge,

43 ROCCHIO, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2004, 11, 1459; SERRAO, *op. cit.*, 153, che, peraltro, di seguito, fa notare come a siffatta conclusione non si è pervenuti se non successivamente ad una pronuncia della Corte di Cassazione del 1976, la quale, in antitesi alla giurisprudenza più risalente che aveva ricostruito il fenomeno in chiave di anticipata esecuzione delle obbligazioni che trovano la loro fonte nel contratto definitivo, rimarcando l'autonomia del preliminare, ha ricondotto ad esso medesimo la fonte delle obbligazioni ritenute accessorie rispetto alla principale obbligazione di stipulazione del definitivo contratto.

44 DE MATTEIS, *op. cit.*, 52

45 Ad esempio, Cass., 19 aprile 2000, n. 5132, *CED Cass.*, RV 535880

però, un palese squilibrio rispetto allo schema della vendita, in cui è tipica una rigorosa corrispettività tra effetto traslativo e prezzo⁴⁶: nelle costruzioni di case di abitazione, infatti, è d'uso comune la prassi per cui l'impresa costruttrice richiede ai destinatari dell'opera una partecipazione economica alla stessa che tende ad eguagliare il prezzo della porzione d'immobile da riservarsi al singolo acquirente, ben prima che questo ne diventi proprietario: si parla in proposito di contratto di vendita di porzione di edificio da costruire. Ed è possibile addivenire ad una simile situazione nel momento in cui ci si avvale dello strumento fornito dalla sequenza preliminare-definitivo con anticipazione obbligatoria di uno degli effetti del definitivo, nello specifico l'obbligo del pagamento del prezzo, prima, naturalmente, della stipula del contratto definitivo medesimo e della contestuale efficacia traslativa che esso comporta. Nello schema del contratto preliminare ad effetti anticipati “si realizza in tal modo un abuso del tipo contrattuale, ossia un'utilizzazione del tipo contrattuale non conforme alla sua funzione”⁴⁷. Si tratta di una corresponsione pecuniaria che non trova giustificazione in mancanza del trasferimento della proprietà e che rende ampiamente criticabile la figura giuridica in oggetto: “il versamento del prezzo è correlato (anche temporalmente) al progredire della prestazione di *facere*. Questi elementi inducono, in primo luogo, a ribadire l'insufficienza dello schema del “preliminare”, atteso che il versamento del prezzo costituisce la prestazione dell'acquirente e non del promittente acquirente; e, in secondo luogo, accentuano l'urgenza di salvaguardare le aspettative riposte da detto soggetto nell'esatto adempimento della controparte”⁴⁸.

Nell'ampio ventaglio di modelli contrattuali riconducibili alla contrattazione preliminare ad effetti anticipati, si reputa opportuno produrre una breve casistica, lungi dall'essere esaustiva che, per completezza e in quanto a inerenza, merita di essere menzionata nel presente lavoro.

- i) Preliminare di vendita con consegna anticipata del bene e pagamento rateale del prezzo: tale schema permette di soddisfare reciprocamente le necessità di chi desidera mantenere la proprietà del bene immobiliare sino al saldo

46 L'analogo squilibrio creato tra le prestazioni dallo schema del contratto di vendita di cosa futura è, in vece, conseguenza delle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

47 LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, in *FI*, I, 1993, 2462

48 *Ibidem*

dell'operazione e chi, disponendo di limitato potere economico ma avendo urgenti esigenze abitative, si offre di anticipare parte del prezzo finale per poi completare il pagamento alla stipula del definitivo⁴⁹.

- ii) Preliminare di vendita con pagamento (integrale) anticipato del prezzo pattuito.
- iii) Preliminare di vendita (di cosa futura) con pagamento del prezzo anticipato ed eventuale consegna anticipata del bene: è facile che una impresa edile, impegnata nella costruzione di un certo complesso residenziale, occupandosi anche della vendita delle singole unità immobiliari che lo compongono, stipuli un preliminare con i futuri destinatari di tali unità immobiliari, con inizio dei pagamenti rateizzati, al fine di conservare la proprietà degli stabili in corso di formazione in modo da conservare la possibilità di sottoscrivere, tramite un istituto di credito, un mutuo con ipoteca sugli stessi, ed in questo modo di poter giovare di una duplice fonte di finanziamento⁵⁰.
- iv) Preliminare di permuta di area edificabile con appartamento da costruirsi sulla stessa area e consegna anticipata del bene esistente: ad una impresa edile viene concesso di costruire dei fabbricati su un terreno, con il consenso del proprietario di quest'ultimo, il quale però stabilisce, come corrispettivo, di vedersi attribuire, una volta costruiti, diritto di proprietà sui fabbricati stessi (normalmente su parte di essi). Una simile tecnica di contrattazione, con l'esecuzione anticipata del definitivo di permuta, consente la possibilità di un preventivo controllo sulla regolarità dell'esecuzione delle prestazioni, ed in particolare riconosce al proprietario della cosa presente la possibilità di cautelarsi – mediante il differimento dell'effetto traslativo, relativamente al bene esistente, al momento in cui verrà attuato quello sul bene nel frattempo venuto ad esistenza – contro il rischio di un eventuale inadempimento⁵¹.

49 Normalmente il corrispettivo pattuito dovrà scontare oltre il valore capitale del bene, anche il valore di godimento dello stesso, in ragione dell'intervallo di tempo che è previsto debba intercorrere tra la stipulazione del preliminare, con contestuale consegna del bene, e quella del definitivo di vendita (anche se è raro che ciò emerga dagli accordi).

50 L'utilità del promissario acquirente sta nella possibilità di evitare il pagamento del saldo del prezzo alla stipula del definitivo, nei limiti in cui è effettuato l'accollo di una quota frazionata del mutuo.

51 Al contratto definitivo di permuta di cosa presente con cosa futura immediatamente produttivo di effetti reali, per quel che concerne il trasferimento della proprietà della cosa presente, e in modo differito, per quanto riguarda la cosa futura, viene preferita – in ragione dell'attitudine di tale schema a calmierare il rischio di inadempimento del promittente permutante – la stipula di un preliminare di

4. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre

L'ampia fortuna riscossa nella pratica dalla fattispecie contratto preliminare è dovuta, per gran parte, alla possibilità che essa offre di fruire di un'ampia tutela nell'ipotesi di inadempimento di uno dei contraenti. La vigente normativa civilistica, difatti concede alla parte diligente la possibilità, sancita dall'art. 2932 c.c., di richiedere una pronuncia giurisprudenziale che non semplicemente dichiari l'inadempienza dell'altra parte, ma che, più incisivamente, costituisca, senza necessità di ulteriore attività esecutiva, la fonte del diritto all'adempimento nonché di tutti i diritti scaturenti dal rapporto contrattuale. In altre parole, la sentenza del giudice permetterebbe alla parte che ne ha richiesto l'intervento di veder prodotti gli effetti del contratto definitivo non concluso, e cioè gli effetti prefigurati nel preliminare. E' la statuizione dell'autorità giudiziale che si compone colla volontà di una delle parti e sostituisce il consenso mai prestato dalla parte inadempiente, ciò a prescindere dalla richiesta di risarcimento del danno, che può sempre essere introdotta⁵², comprensiva anche del deprezzamento subito dalla somma versata a titolo di acconto che debba essere eventualmente restituita dalla parte inadempiente⁵³.

La complessità della struttura di tale sentenza, per certi versi ambivalente, caratterizzata dalla combinazione tra un provvedimento di cognizione ed un atto di esecuzione forzata⁵⁴, ha dato modo di spendere, in passato, pagine ed inchiostro in un'annosa disputa teorica che ha visti contrapposti eminenti studiosi del diritto⁵⁵, le cui impostazioni dottrinali si sono intrecciate in uno sforzo dialettico che ha visto emergere la tesi che attribuisce alla sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre natura costitutiva, assimilandola ad una sentenza costitutiva di un diritto (quello sancito dal definitivo contratto), segnando la moderna letteratura nel senso che la sentenza in oggetto, da una parte, accerta l'esistenza di un diritto della parte al mutamento giuridico (agli effetti del contratto non concluso) e, dall'altra parte, produce essa stessa quel mutamento, che

permuta, con consegna anticipata dei beni da permutare.

52 Cass., 17 novembre 2003, n. 17340, la quale tuttavia pare riferirsi all'ipotesi in cui non sia possibile ottenere una sentenza costitutiva .

53 Cass., 13 maggio 2004, n. 9091

54 Cass., 18 dicembre 1997, n. 12817, CED Cass., RV 511025

55 Calamandrei e Chiovenda fra tutti.

prima di essa non poteva considerarsi esistente. L'emissione della sentenza dà vita al contratto che le parti si erano reciprocamente obbligate a stipulare: quando questo contratto deduce il trasferimento o la costituzione di un diritto si verificano pertanto effetti traslativi direttamente scaturenti dalla pronunzia giudiziale.

Per ciò che attiene ai presupposti di applicabilità dell'art. 2932 c.c., anzitutto occorre rammentare che il giudice è tenuto a verificare d'ufficio l'esistenza degli elementi necessari per poter emanare la sentenza di esecuzione in forma specifica.

In *primis*, dunque, un primo livello di analisi, circa la fondatezza della proposizione della domanda, si soffermerà sui requisiti di forma del contratto preliminare, giacché la nullità di quest'ultimo, non solo escluderà la possibilità di ricorrere al rimedio in esame, ma anche precluderà la possibilità di valersi di ogni tipo di tutela, pure se meramente risarcitoria, salvo, naturalmente, il diritto a ripetere le eventuali somme versate anticipatamente a titolo di caparra.

In secondo luogo, verrà richiesta la sussistenza dell'inadempimento di una delle parti per ciò che riguarda l'obbligazione di stipulare il contratto definitivo^{56 57}. Al fine di rendere operativa la tutela l'attore dovrà procedere con l'offerta della controprestazione (purché attualmente esigibile) e, se è previsto che questa sia contestuale alla stipula del definitivo, si ricorrerà al meccanismo della sentenza condizionata.

Infine verrà rilevata altresì una eventuale impossibilità (che può essere di fatto o di diritto)⁵⁸. Non sempre il ricorso alla pronunzia costitutiva risulta invocabile: per i contratti che deducono un *facere* infungibile è intuibile che non abbia senso la pronunzia di una sentenza sostitutiva della volontà del contraente che non può certo essere costretto ad eseguire la prestazione. Per ciò che concerne i contratti reali la dottrina è divisa: alcuni ravvisano che neppure in tale ipotesi risulti possibile pervenire alla pronunzia, dal momento che in tale categoria di contratti alla prestazione del consenso si affianca, ai fini del perfezionamento del contratto, anche la materiale

56 Riconoscendo un collegamento funzionale tra la condanna e la sentenza costitutiva, la giurisprudenza è pervenuta alla soluzione di concedere alla parte inadempiente un termine entro cui prestare il proprio consenso, scaduto il quale acquisisce operatività la sentenza costitutiva.

57 Non è necessaria la previa costituzione in mora dell'obbligato per la proposizione della domanda.

58 Dottrina e giurisprudenza dominanti sono concordi nell'affermare l'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica quando la trascrizione della domanda ex. art. 2932 c.c. sia posteriore a quella del titolo di acquisto del terzo al quale il bene sia stato alienato. Per tutti si veda Cass. 14 aprile 2000, n. 4819, in *CED Cass.*, RV 535687.

dazione della *res*; altri, invece, reputano ammissibile l'emissione della sentenza costitutiva anche in questi casi, poiché essa andrebbe a incidere sull'accordo, pur sempre presente nei contratti reali, salva la necessità, in seguito, di proporre distinta azione ai sensi dell'art. 2930 c.c. per conseguire la consegna della cosa.

E ancora, in tal senso, rileva il caso delle norme che impongono menzioni urbanistiche, che debbono a pena di nullità essere contenute negli atti di trasferimento della proprietà ed alla possibilità che esse vengano eluse per il tramite della fattispecie complessa di preliminare inadempito seguito da sentenza di esecuzione in forma specifica. Occorre inoltre darsi carico degli eventuali divieti di legge in ordine alla consecuzione degli effetti traslativi propri del contratto definitivo eventualmente sopravvenuti nel tempo successivo alla stipulazione del contratto preliminare. Si pensi alla promessa di vendere una porzione di terreno che poi viene abusivamente lottizzato. In tal caso il contratto preliminare non è nullo, ma il risultato vietato non può certo essere conseguito per il tramite della pronuncia costitutiva.

Si ribadisce che, qualora non sia possibile l'esecuzione in forma specifica, il contraente non inadempiente conserva, ad ogni modo, il diritto alla tutela risarcitoria.

L'opinione prevalente ritiene che gli effetti della sentenza, non si producano retroattivamente, bensì *ex nunc*, successivamente al passaggio giudicato⁵⁹, proprio come diretta conseguenza della natura costitutiva di questa, la quale natura costitutiva costituisce fonte autonoma di rapporti giuridici, per cui una operatività retroattiva risulta impraticabile.

5. Trascrizione del preliminare, efficacia e limiti temporali

La trascrizione è un procedimento formale di pubblicità di atti, negozi, domande giudiziali e sentenze che hanno per oggetto beni immobili o mobili registrati e che producono il trasferimento di tali beni o la costituzione su di essi di diritti reali limitati.

⁵⁹ Va precisato che, secondo l'orientamento prevalente, il trasferimento del diritto che segue l'emissione della pronuncia in parola, nonostante il generale principio in base al quale la sentenza di primo grado è immediatamente esecutiva, si produce soltanto con il passaggio in giudicato della stessa. Ne segue che, prima di tale momento, il creditore del promissario non potrà agire esecutivamente sul bene oggetto della pronuncia costitutiva, indipendentemente dal fatto che la stessa sia stata trascritta.

Funzione sostanziale della trascrizione è quella di dirimere le controversie tra i più aventi causa dal medesimo soggetto in ordine al medesimo bene.

Il legislatore, ravvisando l'inadeguatezza dello strumento dell'esecuzione forzata in forma specifica a garantire l'integrità della tutela degli interessi del promissario acquirente conto gli eventuali atti di disposizione del bene promesso, posti in essere dal promittente alienante nelle more tra la stipula del preliminare ed il definitivo, ha ritenuto opportuno intervenire con un provvedimento normativo che regolasse la trascrivibilità del preliminare. La riforma⁶⁰, che disciplina la trascrizione del contratto preliminare, si muove, dunque, lungo una via che tende alla tutela del consumatore per mezzo di uno strumento di controllo e di certezza delle situazioni giuridiche attraverso il sistema della pubblicità collegato con l'autenticità del documento, con il precipuo scopo di favorire le ragioni dell'acquirente, tale da accrescere il livello di trasparenza dei contratti preliminari e difendere in modo più vigoroso gli interessi di quello che viene considerato il contraente debole, le cui ragioni assurgono a un ruolo preminente soprattutto in situazioni nelle quali le medesime rischierebbero di piegarsi dinanzi a raggiri o a disastri economici in capo all'alienante; in altre parole, esso viene sottratto al rischio di un successivo trasferimento, da parte del promittente alienante del bene, ad altro avente causa primo trascrivente, “non solo agli effetti della normale soluzione del conflitto fra più promissari (o altri aventi causa), ma anche a quelli d'una più incisiva tutela del promissario acquirente in caso di fallimento del promittente venditore”⁶¹.

Osservando la situazione che si aveva in precedenza, se è pur vero che la tassatività degli atti annoverati nell'art. 2643 c.c. era mitigata dall'art. 2645 c.c., il quale consentiva di ampliare il contenuto del primo, esso comunque conduceva ad una rigorosa tassatività degli effetti; in altri termini erano soggetti a trascrizione solo gli effetti prodotti da quell'elenco di atti dell'art. 2643 c.c. o eventualmente altri atti, secondo appunto la norma del 2645 c.c., ma che producessero quegli stessi effetti. Il contratto preliminare, nel nostro ordinamento non produceva, in quel sistema, effetti soggetti alla trascrizione.

L'art. 3, 1° comma, l. 28 febbraio 1997, n. 30 ha introdotto l'art. 2645-*bis* c.c., il primo

60 L'art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n. 30, entrato in vigore il 15 marzo 1997, ha introdotto nel codice civile l'art. 2645-*bis*.

61 TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *FI*, 1997, V, 276

comma del quale dispone: “i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente”. Norme specifiche regolanti la trascrizione di detti preliminari e le inerenti formalità sono poi contenute nei successivi commi 4°, 5° e 6° del medesimo articolo, nonché all'art. 2659 c.c., n.4, come modificato dal decreto e successiva legge di conversione. Tra questi, occorre precisare, il comma 4° dell'art. 2645-*bis* c.c. dispone che, “per essere trascritti”, i preliminari aventi oggetto porzioni di edifici da costruire o edifici costruendi, debbono contenere indicazione della superficie utile della porzione di edificio e la quota, espressa in millesimi, del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero fabbricato in corso di costruzione.

L'eccezionalità dell'intervento legislativo va correlata sia al fatto che è stata prevista la trascrizione di un contratto con effetti obbligatori, sia alla particolare efficacia, definita “prenotativa”, di tale pubblicità, la quale deve intendersi generale e il cui scopo è quello di far retroagire alla data di trascrizione del preliminare l'opponibilità degli effetti reali del contratto definitivo⁶², rendendo, appunto, inopponibili al promissario acquirente sia gli atti posti in essere successivamente dal promissario alienante, sia quelli dallo stesso subiti, come la trascrizione di pignoramenti e di sequestri o l'iscrizione di ipoteche giudiziali⁶³. La trascrizione prenota in capo al promissario acquirente due situazioni sostanziali alternative tra loro: la prima è quella disciplinata dall'art. 2645-*bis* c.c., 2° comma, la seconda è quella prevista dall'art. 2775-*bis* c.c., pure introdotto dalla l. n. 30 del 1997, all'art. 3, 4° comma⁶⁴. L'art. 2645-*bis* c.c., 2° comma, stabilisce che “la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1° ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare”; mentre l'art. 2775-*bis* c.c. dispone che

62 CARRABBA, *La trascrizione del contratto preliminare*, 1998, Edizioni Scientifiche Italiane, 46

63 GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium Juris*, 1997, 457 e già prima della riforma MARICONDA, *La trascrivibilità del contratto preliminare*, in *Notariato*, 1995, 337

64 CARRABBA, *op. cit.*, 96

“nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare [...]”⁶⁵. La riforma, si badi, non ha eliminato, né ha introdotto nuovi strumenti processuali di tutela del promissario acquirente in caso di inadempimento del promittente alienante alle obbligazioni contenute nel contratto preliminare. Difatti, anche a seguito del provvedimento in esame, permangono esperibili, in caso di inadempimento, le sole possibilità offerte dagli artt. 2932 c.c. e 1453 c.c., 1° comma, e cioè, rispettivamente, l'esecuzione in forma specifica e la richiesta di risoluzione nonché di risarcimento danni patiti; il contratto preliminare, avendo natura obbligatoria, non è idoneo, ancorché trascritto, a trasferire in capo al promissario acquirente il diritto di proprietà: la pubblicità del preliminare ha come unico compito quello di precostituire il grado della trascrizione del contratto definitivo: più precisamente, anticipa l'efficacia della trascrizione del definitivo contratto riconducendola al momento della trascrizione del preliminare⁶⁶.

Giova ricordare che, “stante la retroattività della trascrizione prenotata, ne discende che l'acquisto del diritto reale [...] da parte del già promissario acquirente, conseguente al contratto definitivo (o alla sentenza sostitutiva), sarà opponibile ai terzi che abbiano acquistato diritti dal promittente alienante in virtù di atti trascritti o iscritti *medio tempore*”⁶⁷.

La previsione legislativa si cura inoltre di limitare il suddetto effetto prenotativo⁶⁸ della trascrizione del preliminare entro un arco temporale ragionevole e di natura perentoria: il 3° comma dell'art. 2645-*bis* c.c. stabilisce infatti che tale effetto cessa, e si considera come mai prodotto, se entro un anno dalla data convenuta dalle parti per la stipula del definitivo contratto e, in ogni caso, entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non venga eseguita la trascrizione del contratto definitivo (o di altro atto esecutivo del

65 V. *infra* I.II.2

66 LUMINOSO, PALERMO, *op. cit.*, 40

67 *Ibidem*

68 La limitazione temporale incide anche sulla efficacia della seconda situazione sostanziale alternativa alla prima, prenotata dalla trascrizione del contratto preliminare, infatti, il diritto al privilegio speciale sul bene immobile, per i crediti derivanti dal preliminare, sussiste “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”.

preliminare) ovvero della domanda giudiziale di cui all'art. 2652 c.c intesa ad ottenere la sentenza sostitutiva. Ne consegue che, in caso di inerzia, il promissario acquirente prede i benefici dell'effetto prenotazione, senza che alcuna delle due situazioni sostanziali alternative venga a giuridica esistenza. Sull'interessato grava, dunque, l'onere di una doppia trascrizione, in quanto oltre al preliminare egli deve trascrivere il definitivo o altro atto che comunque costituisce esecuzione del preliminare, ovvero la sentenza che accoglie la domanda di esecuzione in forma specifica. Tali termini sono di decadenza, per cui non sono ad essi applicabili le cause di sospensione e di interruzione previste in materia di prescrizione.

Allo scadere di siffatti termini, per alcuni⁶⁹, consegue la non rilevabilità d'ufficio della perdita di efficacia della trascrizione e quest'ultima dev'essere eccepita dalla parte interessata, per altri⁷⁰, al contrario, l'efficacia prenotativa viene meno *ipso iure* e senza lasciare traccia, come se la pubblicità non fosse mai stata eseguita.

Data l'inderogabilità del termine, le parti non hanno la possibilità di prorogarlo, ma possono eventualmente soltanto rinnovare la trascrizione⁷¹, che prenderà ovviamente grado dalla data della nuova trascrizione.

Occorre infine rimarcare che la caducazione dell'efficacia prenotativa, una volta decorso il termine di cui sopra, non implica la cancellazione della trascrizione, motivo per il quale sarà cura dell'utilizzatore dei registri verificare che, entro il termine di legge, non sia stata eseguita la trascrizione prenotata.

69 SERRAO, *op. cit.*, 214

70 LUMINOSO, PALERMO, *op. cit.*, 44

71 Sia tramite nuovo contratto sia grazie ad una ripetizione del contratto preliminare: GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. Not.*, 1997, 23

II CAPITOLO

TUTELA OBBLIGATORIA PER IL CASO DI IMMOBILI DA ULTIMARE**1. La salvaguardia delle somme versate in anticipo**

Il fallimento dell'impresa costruttrice di un immobile può avvenire per i più disparati motivi, ad ogni modo relativi a uno stato di insolvenza di quest'ultima. L'istituto di credito che ha finanziato l'operazione edilizia e, parimenti, altri eventuali creditori dell'imprenditore nei confronti dei quali non siano state onorate le obbligazioni assunte, qualora, quindi, non riescano a ottenere il pagamento del dovuto, hanno la facoltà di presentare presso il Tribunale competente apposita istanza di fallimento.

L'ipotesi più ricorrente è quella in cui l'immobile sia in fase di costruzione e l'acquirente abbia anticipato parte del prezzo finale concordato, al fine di contribuire al finanziamento dell'opera in corso⁷², in sede di stipulazione del contratto preliminare, anche a garanzia dell'impegno assunto. L'impresa edile, in difetto di mezzi propri, si autofinanzia dunque con gli acconti percepiti dai promissari acquirenti, operazione questa naturalmente lecita; le criticità sorgono nel momento in cui l'impresa medesima, eventualmente, interrompe i lavori senza avere concluso l'opera ovvero viene pronunciata sentenza di fallimento, pur successivamente al completamento e alla consegna dell'opera ma, in ogni caso, anteriormente alla stipula del rogito – l'atto di compravendita stipulato presso il notaio – che opera il trasferimento della proprietà dell'immobile dall'impresa costruttrice e venditrice all'acquirente.

Può anche accadere, ed in tal caso la liceità dell'operazione non sarebbe più così naturale, che il venditore prometta lo stesso bene a più acquirenti, riscuotendo da ciascuno di loro un congruo acconto. Ancora, ipotesi non certo remota, anche dopo la

⁷² Si dubita dell'eccezionalità di una situazione che possa vedere l'imprenditore edile fruire di una doppia fonte di finanziamento: quella dell'istituto di credito mutuante, e quella dell'acquirente dell'immobile, nel caso in cui in cui si sia pattuita la corresponsione di un cospicuo anticipo per un ammontare considerevole del prezzo finale negoziato (si pensi, ad esempio, all'ipotesi conseguente ad un contratto preliminare ad effetti anticipati).

definitiva traslazione della proprietà, il compratore può scoprire che l'impresa costruttrice sia venuta meno all'obbligo di frazionare l'ipoteca iscritta sull'intero edificio o di cancellarla, avendo il primo saldato l'intero corrispettivo, sempre in difetto di accollo di un mutuo. In questo caso l'acquirente, pur essendo divenuto proprietario dell'appartamento e pur avendo interamente pagato il corrispettivo al costruttore alienante, si trova gravato di un ulteriore e inaspettato debito nei confronti della banca che ha finanziato l'attività di costruzione.

E' normale che, in simili circostanze, abbia origine un fervente contenzioso promosso dai promissari acquirenti, i quali adiranno le vie legali al fine di ottenere il trasferimento della proprietà delle unità immobiliari promesse in vendita. Una volta avviata la procedura fallimentare, le dimensioni del patrimonio immobiliare acquisito alla procedura e la natura della stessa comportano sovente una previsione di tempi di risoluzione della questione assai dilatati. Inoltre, l'impossibilità per gli organi concorsuali di effettuare una manutenzione degli immobili e di garantire un'adeguata sorveglianza dei cantieri conduce spesso ad una rilevante diminuzione del valore degli edifici. Altra concreta ipotesi di diminuzione del valore del patrimonio immobiliare acquisito alle procedure fallimentari, dovuta ancora ai lunghi tempi della procedura, è poi costituita dalla possibilità che le amministrazioni comunali, sul territorio delle quali sorgono le aree o i cantieri, modifichino le destinazioni urbanistiche delle stesse, con conseguente perdita del valore derivante dalla piena edificabilità dell'area.

Per lungo tempo, il sistema fallimentare non ha riconosciuto l'acquirente di beni immobili ad uso abitativo quale soggetto autonomo, non ritenendolo degno dell'attenzione specifica del sistema medesimo.

L'immediata conseguenza era che la sorte di chi avesse acquistato un immobile ad uso abitativo da un soggetto che sarebbe in seguito fallito doveva essere ricondotta alle norme generali, le quali prescrivevano, anzitutto, che il contratto sarebbe potuto essere revocato come atto a prestazioni sproporzionate ovvero come atto normale, ai sensi dei primi due commi dell'art. 67 L.F., e inoltre che la prosecuzione dello stesso, nel caso non fosse stato ancora compiutamente eseguito, sarebbe stata rimessa al mero arbitrio del curatore, che dunque, nulla dovuto, avrebbe anche potuto scegliere per lo scioglimento, a prescindere dalla volontà del contraente *in bonis*. In ogni caso infatti,

qualora fosse stato stipulato un contratto preliminare, l'esercizio della facoltà di scioglimento del contratto medesimo da parte del curatore poteva essere impedito solo se, anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento, avesse trovato conclusione il definitivo negozio, ovvero fosse stata trascritta la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto⁷³.

1.1 L'influenza del modello francese

Il legislatore francese manifestò una precoce attenzione – ancora sconosciuta, all'epoca, e Italia e, più in generale, in Europa – rivolta alle problematiche relative allo specifico ambito dei c.d. fallimenti immobiliari, con particolare riguardo alla tutela patrimoniale dell'acquirente: la normativa in questione, che si è sviluppata nel corso degli anni '60 e '70 del secolo scorso, prevede strumenti volti all'obiettivo di garantire all'acquirente il conseguimento effettivo dell'immobile acquistato sulla carta, nonché la proficua destinazione dei suoi risparmi.

Al precipuo scopo di contenere il contenzioso che aveva modo di sorgere nel settore immobiliare, il legislatore francese anzitutto tentò di percorrere la strada delle agevolazioni fiscali: si cercò di privilegiare la vendita “chiavi in mano”, piuttosto che la vendita in stato di costruzione, in considerazione del fatto che solo in casi rari la prima dava luogo a controversie. Così, nel 1963 fu approvata ed introdotta una legge⁷⁴ che, riformando le imposte di registro, di bollo e la fiscalità immobiliare, instaurava un sistema di imposizione dei plusvalori indubbiamente favorevole ai venditori di immobili ad uso prima casa, ponendo come condizione che l'immobile fosse venduto successivamente all'ultimazione della sua costruzione. In altri termini, il gettito che lo Stato avrebbe perso a causa delle minori entrate fiscali lo avrebbe largamente recuperato risparmiandolo sotto forma di efficienza nelle aule di giustizia. Inoltre, quella stessa legge, agli articoli 28-I e 30-I, prevedeva che il suddetto *favor* fiscale trovasse applicazione anche nella compravendita di immobili ancora in fase di costruzione e nei casi di cessione di quote o azioni di società immobiliari che offrivano il diritto

⁷³ Cass. S.U., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Rivista del notariato*, anno 2005, 59, 2, 360.

⁷⁴ *Loi 15 mars 1963, n. 63-253*.

all'assegnazione di immobili, tutto ciò purché venissero rispettate le regole previste da un successivo decreto⁷⁵. Tali regole⁷⁶ erano destinate a trovare importanti sviluppi nel campo della legislazione immobiliare: si trattava di “testi normativi che introducevano un regime di protezione degli acquirenti di alloggi, delineando dunque un sistema di garanzie per il buon fine dell'operazione, garanzie che si posavano essenzialmente sull'intervento di soggetti terzi notoriamente solventi. La più grande lacuna era, tuttavia, che la loro applicazione non era obbligatoria, ma dipendeva solo da quanto fosse attraente fiscalmente una tale operazione. Il costruttore poteva rinunciare alle agevolazioni fiscali, garantendosi comunque dei buoni profitti a danno di incauti acquirenti”⁷⁷.

Da questa iniziale esperienza, senz'altro incoraggiante, il legislatore d'oltralpe si mosse verso la successiva *loi*, 3 janvier 1967, n. 67-3, completata poi dal decreto di attuazione 22 décembre 1967, n. 67-1166. Il provvedimento fu accolto con toni entusiastici⁷⁸.

Già il *Code Civil* offriva una definizione della fattispecie relativa alla vendita di immobili da costruire: all'articolo 1601, infatti, si precisa che “*la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat*” e che “*elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement*”.

Sono previsti, dunque, due tipi di vendita di immobili da costruire: da una parte c'è la c.d. vendita a termine⁷⁹, dall'altra, ed è questo lo strumento più utilizzato, si trova la c.d.

75 Emanato il 9 luglio 1963, n. 63-678

76 Il decreto del 1963 regolamentava la vendita di immobili da costruire e la vendita a termine, stabilendo strumenti di tutela dell'acquirente: al fine di beneficiare degli incentivi fiscali l'acquirente aveva l'onere di concludere la vendita necessariamente con atto notarile, dovendo precisarsi la natura e le condizioni tecniche di esecuzione dei lavori. Occorreva anche, per la corretta esecuzione del contratto, che il venditore si procurasse dei garanti finanziari.

77 VELLA, *Construction finance nel diritto Francese. Una normativa a tutela degli acquirenti ed a garanzia del completamento del progetto*, in *Diritto&Diritti*, www.diritto.it, 2002.

78 SAINT-ALARY, *Les garantie de bonne fin des opérations de construction immobilière*, in *Y.P. Bouchetard*, *Librarie du journal des notaires et des avocats*, 1977, 8.

79 Non si tratta di un vero e proprio termine, come inteso in Italia, ma piuttosto di una condizione sospensiva. La *vente à terme* è definita dall'art. 1601-2 c.c. come il contratto con cui il venditore si obbliga a consegnare l'immobile al suo completamento, mentre l'acquirente si obbliga a prenderlo in consegna e a pagarne il prezzo alla data di consegna: il trasferimento ha luogo al momento della constatazione, con atto notarile, del completamento dell'immobile, ma produce effetti retroattivamente al giorno della vendita: in altre parole, corrisponde alla nostra vendita sottoposta ad una condizione sospensiva di completamento. Il limite di tale norma si scorge nel momento in cui si realizza che, poiché il prezzo non è pagabile fino alla consegna, il costruttore non può essere finanziato nella costruzione medesima (difatti è vietato per il costruttore accettare la corresponsione di anticipi per un

*vente en l'état futur d'achèvement*⁸⁰. Essa è definita dall'articolo 1601-3 del *Code Civil* come “*le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux*”.

Appare però doveroso precisare che le citate norme in tema di vendite di immobili da costruire posseggono una valenza imperativa nel solo c.d. settore protetto, ossia per ciò che riguarda tutti gli immobili ad uso abitativo. Negli altri casi queste norme sono meramente suppletive, ad eccezione dell'ipotesi in cui si tratti di norme relative ai vizi occulti dell'opera. Il legislatore francese ha voluto proteggere gli interessi di colui che anticipa del denaro proprio al fine di procurarsi un alloggio.

Le vendite di immobili da costruire nel citato settore protetto devono essere conformi alle norme degli articoli dal L.261-10 al L.261-14 del *Code de la construction et de l'habitation*: ogni clausola contraria è considerata non scritta e quindi *vitiatur sed non vitiat*. Queste ultime disposizioni sanciscono precisi obblighi formali e di contenuto relativamente ai contratti posti in essere aventi ad oggetto gli immobili di cui sopra.

Il venditore deve assumersi due obblighi fondamentali nei confronti dell'acquirente, essi consistono nel primario obbligo di edificare, e cioè di portare a termine l'opera, e nel non meno importante obbligo di garantire che l'opera medesima si esente da vizi sia visibili sia occulti. A ulteriore tutela dell'acquirente sussiste un duplice obbligo assicurativo istituito dal legislatore francese con provvedimento datato 4 gennaio 1978. Si tratta di un sistema che vede, da un lato, la sottoscrizione di una assicurazione per la responsabilità, la quale garantisce i soggetti tenuti a rispondere della responsabilità decennale per vizi occulti (da stipularsi prima dell'apertura del cantiere, ma opera per sinistri successivi alla c.d. *riception*), il costruttore è difatti responsabile dei danni che compromettono, anche se determinati da vizi del suolo, la solidità dell'opera ovvero che la rendono inadeguata alla sua destinazione (concetto piuttosto stringente quello di

ammontare superiore al 5% del valore dell'immobile, a pena di sanzioni penali) e, quindi, dovrebbe scontare un simile svantaggio. Per tali motivi l'istituto non ha incontrato un sufficiente favore della prassi.

80 Nonostante un certo sciovinismo linguistico (comunque mitigato, in questo caso, dalla comune radice romanza), troviamo davvero brutta la trasposizione in italiano del nome della fattispecie in oggetto – che pure riconduce fedelmente ad una corretta traduzione dei termini – nome che, ad ogni modo, per ragioni di completezza, si riporta di seguito: vendita in stato di futuro completamento.

inadeguatezza del bene alla sua destinazione), compromettendone i suoi elementi costitutivi: si ravvisa l'esistenza di una esimente nel solo caso in cui il costruttore provi che i danni provengono da una causa estranea; dall'altro lato esiste una assicurazione dell'opera, che interviene in caso di chiusura del cantiere o per ogni altro inadempimento dell'impresa.

Si tratta di una legge semplice che tutela gli acquirenti da sgradevoli sorprese, ma, nello stesso tempo, accontenta i costruttori in quanto ne determina una elevata qualità professionale. Questa normativa ha consentito ai costruttori francesi di intraprendere, anche partendo da capitali limitati, delle colossali costruzioni, potendo reperire con relativa facilità i mezzi finanziari, grazie all'intervento degli istituti di credito. E ciò è avvenuto lasciando il consumatore-acquirente nella massima sicurezza.

2. Un primo intervento in Italia, il d.l. 669/1996: il privilegio speciale

In un commento ad una serie di decisioni della Cassazione⁸¹, le quali avevano ribadito con fermezza la volontà di escludere la possibilità di una congrua tutela per il promissario acquirente dinanzi alla scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 L.F., l'autore⁸² concluse con una affermazione di questo letterale tenore: “al promissario acquirente non resta che la scelta fra la rassegnazione e l'attesa per una riforma della norma di cui non si intravedono le anticipazioni”.

In verità, di lì a poco, il legislatore si fece carico del problema e diede vita al d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, con l. 28 febbraio 1997, n. 30 che, in primo luogo, introducendo l'art. 2645-bis c.c. e quindi la possibilità di trascrivere il contratto preliminare avente ad oggetto la conclusione di un contratto di vendita di immobili o un diritto reale di godimento o la costituzione della comunione, mirava al rafforzamento della tutela del promissario acquirente, a prescindere dall'ambito delle procedure concorsuali, in riferimento al rischio della doppia alienazione dell'immobile.

81 Cass., 27 agosto 1994, n. 7544, in *Foro it.*, 1995, I, 1539 e Cass., 26 agosto 1994, n. 7522, in *Foro it.*, 1995, I, 1539.

82 FABIANI, *Fallimento del promittente venditore, diritto alla casa e tutela dei creditori: un conflitto che non può essere mediato*, in *Foro it.*, 1995, I, 1540

Con lo stesso provvedimento il legislatore intervenne altresì sul *corpus* normativo della legge fallimentare ed effettivamente aggiunse, 6° comma, un ulteriore comma all'art. 72 L.F., prevedendo che “qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c. 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* c.c. a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento”. Oltre ad essere garantito contro altri acquirenti, il promissario acquirente viene anche messo al riparo nei confronti di pignoramenti, ipoteche e sequestri successivi alla trascrizione con la sola eccezione, prevista nell'art. 2825-*bis* c.c. (pure questo di nuova forgia), del mutuo fondiario contratto per l'intervento edilizio, ma solo “limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo”⁸³.

In definitiva, con l'art. 3 del decreto, venivano introdotte nell'ordinamento tre nuove norme, specificatamente gli artt. 2645-*bis*, 2775-*bis* e 2825-*bis*, e veniva inoltre aggiunto un nuovo comma all'art. 72 L.F.; trattasi di innovazioni importanti e interessanti poiché, prima dell'entrata in vigore del d.l. in oggetto, largamente diffusa, anzi, dominante in dottrina era l'opinione per cui il contratto preliminare⁸⁴ non rientrasse tra gli atti soggetti a trascrizione⁸⁵. Come precedentemente affermato in questo lavoro⁸⁶, difatti, alla luce del combinato disposto dell'art. 2643 c.c. e dell'art. 2645 c.c., pur non potendosi far riferimento ad una ferrea tassatività degli atti soggetti a trascrizione, si doveva per forza convenire sulla inappellabile tassatività, invece, degli effetti che detti atti avrebbero dovuto produrre al fine di rientrare nel novero di quelli trascrivibili: risultava agevole la constatazione che l'effetto tipico del preliminare – vale a dire il sorgere dell'obbligo di prevenire alla conclusione di un successivo contratto, rientrante,

83 D.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, con l. 28 febbraio 1997, n. 30, art. 3, punto 3.

84 Si intende, avente ad oggetto la stipulazione di un definitivo con effetti traslativi di diritti reali su immobili o mobili registrati o, comunque, di un definitivo trascrivibile.

85 Così asserisce DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ.*, 1998, 3, e riporta, in nota al medesimo articolo, nota (1), un corposo ed esaustivo elenco di autori a sostegno di tale affermazione.

86 V. *supra* I.I.5

questo sì, nella categoria degli atti trascrivibili – non figurava tra gli effetti contemplati dalla lettura all'unisono delle norme suddette. La novella del decreto estende quindi la trascrizione, tradizionalmente riservata ai contratti con effetti reali, ai contratti con effetti obbligatori, creando un nuovo privilegio speciale immobiliare.

L'art. 2775-*bis* c.c. sancisce al primo comma che in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto del promissario acquirente che eventualmente ne conseguono sono assistiti da “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 di 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”. Al secondo comma, inoltre, viene statuito che tale privilegio “non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile, nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-*bis*”.

Il privilegio immobiliare in questione si colloca al sesto grado dell'ordine dei privilegi previsto dall'art. 2780 c.c. in base all'art. 3 della nuova legge.

Il dispositivo dell'articolo introduce dunque nell'ordinamento un ulteriore privilegio immobiliare che va a sommarsi ai cinque già previsti⁸⁷, ma che, tuttavia, si discosta quanto a obiettivi da questi: trattasi difatti di un privilegio volto a difendere un interesse privato e non pubblico: quello del promissario acquirente. L'eccezionalità di detto privilegio immobiliare nei confronti di quelli già previsti dall'originario legislatore del 1942, si ravvisa anche nel fatto che esso è l'unico, tra tutti, ad avere natura c.d. iscrizionale, mentre per quelli previsti dagli artt. dal 2770 c.c al 2775 c.c. non è richiesta formalità alcuna, essi si può dire siano – in un certo senso – occulti, in ragione della precisa scelta di favorire la circolazione degli immobili non gravandoli con un numero eccessivo di privilegi.

Il sorgere del privilegio è pertanto strettamente subordinato alla trascrizione del contratto preliminare ineseguito. Se il preliminare rimasto ineseguito non è stato trascritto il credito del promissario acquirente non viene assistito dal privilegio

⁸⁷ Artt. da 2770 a 2775 c.c. che riguardano spese di giustizia sostenute nell'interesse comune dai creditori, crediti dello Stato e contributi per opere di bonifica e miglioramento.

immobiliare in parola.

Il citato art. 3 del decreto, come accennato, ha aggiunto all'art. 72 L.F. un quinto comma che recita quanto segue: “qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 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'articolo 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”. Appare palese che il legislatore abbia modificato l'articolo suddetto per eliminare la profonda iniquità ai danni del promissario acquirente che a seguito della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare poteva solamente insinuarsi al passivo fallimentare in veste di creditore chirografario, senza peraltro il diritto al risarcimento del danno. Si noti che, pur non mancando i detrattori⁸⁸, secondo la giurisprudenza consolidata della Cassazione la facoltà di sciogliersi dal contratto preliminare può essere esercitata liberamente e discrezionalmente dal curatore, senza la necessità di alcuna preventiva autorizzazione del giudice delegato⁸⁹.

Inoltre, si ricorda che l'ammissione al passivo del credito del promissario acquirente con il privilegio immobiliare è indissolubilmente condizionata dal 5° comma dell'art. 72 L.F. al fatto che “gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento”. In altre parole, si viene rimandati all'art. 2645-*bis* c.c., 3° comma, per cui il privilegio può essere riconosciuto solo se la sentenza di fallimento viene depositata entro un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo, ovvero, in ogni caso, entro tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare se la data per la conclusione del definitivo non è stata fissata dalle parti.

In conclusione, la nuova disciplina, prevedendo la trascrizione del contratto preliminare e introducendo il privilegio immobiliare, certamente raggiunge gli obiettivi di una

88 ALESSI, *Il privilegio del promissario acquirente*, in *Il Fallimento*, 1997, 364, ritiene che, in ragione della delicatezza della scelta, la quale potrebbe anche finire per danneggiare la massa dei creditori, la stessa dovrebbe costituire un atto di straordinaria amministrazione, con riferimento – appunto – “alle finalità ed alla funzione tipica del fallimento e come tale debba essere preventivamente autorizzato per iscritto dal giudice delegato ex art. 25 n. 6 legge fallimentare”.

89 Cass., 3 settembre 2010, n. 19035, in www.ilcaso.it.

minima tutela del promissario acquirente contro le frodi del promittente venditore e nei confronti del fallimento dello stesso che ne hanno costituito il moto propulsivo iniziale. Quello concesso al promissario acquirente, difatti, appare essere un titolo di prelazione piuttosto favorevole, pur considerando che lo stesso, per espressa previsione di legge, risulta posposto al credito dei soggetti muniti di ipoteca relativa a mutui concessi per l'intervento edilizio nel limite della quota che il promissario acquirente si sia accollato col preliminare stesso o con atto successivo. Risulta particolarmente favorevole, si diceva, poiché “per il resto, in qualità di privilegio immobiliare, esso prevale, in ossequio alla regola generale disposta dall'art. 2748 c.c., sulle ipoteche anche se iscritte anteriormente”^{90 91}.

Dunque, con riferimento al modificato art. 72 L.F., prevedendo che, qualora il preliminare sia stato trascritto ed il curatore abbia scelto lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di insinuarsi al passivo del fallimento per il proprio credito relativo al prezzo versato godendo del privilegio di cui sopra, viene a realizzarsi la prima forma di tutela obbligatoria, che privilegia il promissario acquirente rispetto ad altri creditori, rendendo già più tangibile la speranza di una restituzione almeno parziale degli acconti corrisposti.

Tuttavia, quanto al decreto medesimo, alcune osservazioni relative al metodo e al merito paiono lasciare aperte non trascurabili perplessità⁹².

Anzitutto si rileva amaramente come la disciplina è contenuta in un decreto legge “recante disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra finanziaria per l'anno 1997”, e ci si pone in aperta polemica con l'uso – ahinoi! tutt'ora in voga – per cui è frequente arrecare profonde innovazioni all'ordinamento giuridico quasi clandestinamente nell'ambito di provvedimenti legislativi aventi per oggetto materie del tutto differenti tra loro, attraverso c.d. decreti o *maxi*-decreti ed affini, convertiti in legge col voto di fiducia,

90 PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 3.

91 Si riporta l'interpretazione data dalla giurisprudenza fino alla sentenza n. 21045 del 2009 delle S.U. della Corte di Cassazione (v. *infra* I.II.3), in quanto comunque temporalmente rilevante per più di un decennio, posto che la suddetta sentenza ha accolto l'opinione della prevalente dottrina, dal principio orientata in senso opposto, sottolineando l'origine iscrivibile della prelazione al fine di sottoporla al criterio cronologico nel rapporto con le ipoteche.

92 FABIANI, *Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega (nota a Cass. 4 novembre 2003, n. 16505, e 9 luglio 2003, n. 10792)*, in *Il Foro it.*, 2004, 129, 10, 2846-2847; ALESSI, *op.cit.*, 360-361.

il quale vorrebbe essere uno strumento eccezionale ma si rivela un accessorio dall'intensivo utilizzo che ne rende palpabile l'aura ricattatoria.

Se è pur vero che la questione dei c.d. fallimenti immobiliari aveva assunto rilevanza e dimensioni tali da esigere un profondo e rapido intervento, c'è stato chi ha ammesso “di non comprendere quali ragioni imponessero di introdurre nel nostro ordinamento innovazioni tanto importanti con un provvedimento di urgenza⁹³, peraltro non discusso e approfondito perché convertito con voto di fiducia”⁹⁴.

Quanto al merito invece, in primo luogo, gli interpreti hanno colto agevolmente come la tutela offerta al compratore sia – da una parte – non risolveva certo il problema del diritto alla casa, lasciando inalterata la facoltà del curatore di sciogliersi⁹⁵ dal contratto preliminare con conseguente obbligo del compratore di rilasciare l'abitazione non senza l'onere aggiuntivo del pagamento di una indennità per la prosecuzione della occupazione⁹⁶, divenuta priva di titolo, sia – dall'altra – presupponeva “adempimenti non propriamente usuali, quali la trascrizione del contratto preliminare, che non sono penetrati neppure a distanza di tempo nelle consuetudini degli operatori del mercato immobiliare”⁹⁷; in seconda istanza – e numerose sono le voci che si sono levate e che in seguito avrebbero trovato ragione⁹⁸ – si nota come una eguale tutela sarebbe potuta essere assicurata con il riconoscimento dell'ipoteca legale a garanzia del credito del promissario acquirente, evitando di sconvolgere la tradizionale struttura della trascrizione e senza introdurre un nuovo privilegio immobiliare, il quale, inoltre, “conferma l'erosione progressiva dell'area di applicazione della *par condicio creditorum*”

93 Altri, limitandosi a constatare la necessità del provvedimento, non sollevano dubbi circa i metodi; tra tutti ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali : dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, 2008, UTET giuridica, 145, il quale sottolinea la “necessità di fornire tutela agli acquirenti di immobili dall'inadempimento del venditore manifestatasi in seguito a crisi di imprese che avevano causato rilevanti problemi di ordine sociale” e che “per fronteggiare tale emergenza è stato emanato il d.l.” in questione.

94 ALESSI, *op. loc. cit.*

95 Cass., 24 febbraio 1999, n. 1601, in *Foro it.*, 2000, 546, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 L.F. per contrasto con l'art. 3 Cost., dal momento che “non possono essere collocate sullo stesso piano le posizioni del singolo contraente e quelle dell'ufficio fallimentare, il quale mira a conservare, nell'interesse della massa dei creditori, la garanzia costituita dal patrimonio del debitore fallito ed a realizzare la *par condicio*, che potrebbe essere alterata qualora il fallimento fosse costretto a subire un'azione esecutiva individuale quel è quella disciplinata dall'art. 2932 c.c.”.

96 Cass., 16 aprile 2003, n. 6018, in *Foro it.*, 2003, 471 e Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Foro it.*, 2000, 548.

97 FABIANI, *op. loc. cit.*

98 V. *infra* I.II.3.

che, a seguito dei tanti privilegi generali e delle molteplici prededuzioni introdotti da circa un ventennio, è ormai riservata solo ad alcuni creditori finanziari e commerciali”⁹⁹. Appariva, dunque, sproporzionato tale privilegio accordato rispetto al danno che si voleva evitare, nel senso che esso ingiustificatamente sacrificava le ipoteche già iscritte, riducendo la portata del principio generale riassunto dal brocardo per cui *prior in tempore potior in iure*.

Bisogna inoltre rilevare che il riconoscimento del privilegio immobiliare può generare gravi abusi allorquando il promittente venditore, il cui immobile è gravato da ipoteca, si accordi con un compiacente promittente acquirente simulando di obbligarsi ad alienare il bene, dichiarando di avere ricevuto l'intero prezzo pattuito, trascrivendo il contratto preliminare e poi risolvendo quest'ultimo consensualmente con atto di data certa anteriore a quella fissata per la stipula del definitivo. In tale ipotesi l'intero prezzo realizzato dalla vendita forzata dall'immobile sarebbe indirizzato a soddisfare il privilegio immobiliare del promissario acquirente, “che froderebbe tutti i creditori ipotecari ex art. 2748 c.c. e li befferebbe dividendo il ricavato della frode con il promittente venditore”¹⁰⁰.

3. Orientamenti recenti: il conflitto tra cause legittime di prelazione e la sentenza n. 21045 del 2009 delle S.U. della Corte di Cassazione

Nella dolente prospettiva di insufficiente realizzo dell'attivo patrimoniale in seguito all'apertura della procedura esecutiva, sorge l'annosa problematica di conciliare l'aspettativa di ciascun creditore all'integrale soddisfacimento del proprio credito col sacrificio insito nel principio per cui sussiste un identico diritto facente capo alla restante parte dei creditori. Una simile questione, definita da alcuni più di conflitto che di concorso, richiede di pervenire ad una soluzione ricorrendo alla scelta fra uno dei due criteri astrattamente individuabili, vale a dire uguaglianza ovvero preferenza¹⁰¹, dovendo

⁹⁹ ALESSI, *op. loc. cit.*

¹⁰⁰E' ancora ALESSI, *op. cit.*, 365, a notare come l'introduzione del nuovo privilegio che prevale sulle ipoteche anteriori si presta ad operazioni fraudolente.

¹⁰¹PUPPO, *Prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare nel conflitto con il privilegio speciale in favore del promissario acquirente*, in *Banca borsa tit. cred.*,

comunque accogliere l'osservazione per cui, ad ogni modo, i due criteri siano destinati a coesistere ed integrarsi: è insegnamento comune quello per cui la *par condicio creditorum* mantiene ancora intatta la propria rilevanza nel senso in cui essa si applica, in termini di riparto proporzionale, all'interno di categorie omogenee di creditori¹⁰².

In questa sede si vuole aprire una parentesi sulla *vexata quaestio* della prevalenza tra cause legittime di prelazione che diversi soggetti possono vantare nel caso di fallimento immobiliare con annessa vendita c.d. sulla carta¹⁰³, vale a dire il privilegio del promissario acquirente di immobile relativo ai crediti derivanti dall'inadempimento al contratto preliminare – di cui ampiamente si è discusso nel precedente paragrafo – e le ipoteche iscritte precedentemente rispetto alla trascrizione del preliminare stesso.

La rilevanza pratica della questione assume importanza per nulla marginale dato che, di regola, l'operazione immobiliare è in principio sovvenzionata da un soggetto – una banca normalmente – che si tutela iscrivendo ipoteca sull'immobile in questione; poiché sovente l'erogazione del finanziamento precede temporalmente il collocamento sul mercato dell'abitazione, l'iscrizione ipotecaria non può che risultare antecedente rispetto alla trascrizione del contratto preliminare. In altre parole, la frequenza con cui il conflitto si manifesta è significativa e direttamente discendente dal fatto che l'iniziativa edilizia è generalmente finanziata dal credito fondiario, tutelato da ipoteca sull'immobile medesimo, iscritta anteriormente a qualsiasi scrittura relativa ai promissari acquirenti.

All'indomani dell'entrata in vigore del d.l. 669/1996, d'immediato si ebbe di che dibattere circa il dubbio interpretativo alimentato dalla contraddizione esistente tra la norma per cui nel conflitto fra creditore assistito dal privilegio immobiliare e creditore ipotecario dovesse soccombere quest'ultimo (art. 2748 c.c.) e il principio secondo il quale, considerando la natura iscrivibile del privilegio, si dovesse rivolgere l'attenzione alle norme in tema di pubblicità immobiliare, a tutela queste ultime del creditore ipotecario la cui ragione risulterebbe, di conseguenza, prevalente, anche in considerazione del fatto che questi, altrimenti, se nel concorso con creditori privilegiati dovesse risultare occupante una posizione subalterna, si troverebbe “esposto al rischio

2011, 1, 61

¹⁰²GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2008, Giappichelli, 17.

¹⁰³Così si è soliti definire le operazioni immobiliari che si costituiscono anche di un contratto preliminare ad effetti anticipati.

imprevedibile della sottrazione del bene alla sua garanzia patrimoniale”¹⁰⁴.

Le due tesi hanno trovato i principali sostenitori, quanto alla prima, nella giurisprudenza¹⁰⁵, quanto alla seconda, invece, nella dottrina dominante.

Il primo orientamento, quello favorevole alla tutela del consumatore con privilegio – e comunque, si noti, la tutela era assicurata esclusivamente sul versante obbligatorio – veniva per di più avallato dalla Nota dell'Ufficio Legislativo del Ministro di Grazia e Giustizia¹⁰⁶ per cui il privilegio a sostegno dei crediti del promissario acquirente, per mancata esecuzione del contratto preliminare, prevale, in base all'art. 2748, comma 2°, c.c., sui crediti ipotecari, pure se l'ipoteca è stata iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare. Era proprio il tenore letterale di quest'ultimo art. 2748 c.c. a condurre ad una siffatta conclusione, coerente col disposto per il quale “i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari salvo che la legge non disponga diversamente”. Non rinvenendosi tale disposizione differente, non esistendo, in altre parole, una espressa deroga al precetto stabilito, non si riteneva sussistesse una valida giustificazione per non far prevalere, nel caso in esame, il privilegio sull'ipoteca. La giurisprudenza ha affermato che non era, dunque, possibile trovasse applicazione l'art. 2644 c.c., volto a disciplinare il conflitto tra cause legittime di prelazione e diritti acquisiti mediante un atto precedentemente iscritto o trascritto, sostenendo che al principio della prevalenza del privilegio potrebbe derogarsi soltanto in presenza di un dato normativo chiaro ed inequivocabile, il quale, evidentemente, non venne ravvisato né nell'art. 2775-*bis* c.c., né nell'art. 2825-*bis* c.c. (l'applicazione del quale sarebbe dovuta intendersi operante esclusivamente nei confronti delle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare e non nei confronti di quelle iscritte in data anteriore).

Sul versante opposto – e la tesi fu abbracciata da altra e consistente parte della dottrina¹⁰⁷ – si è al contrario argomentato rilevando anzitutto come la sopra prospettata

¹⁰⁴FABIANI, *op. cit.*, 2846

¹⁰⁵Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 794; Trib. Lucca, 23 novembre 2002, in *Arch. Civ.*, 2003, 416; Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 1312; Trib. Genova, 25 gennaio 2001, in *Foro it.*, 2001, II, 188; in dottrina, tra gli altri, ALESSI, *op. cit.*, 360; DELLE MONACHE, *op. cit.*, 39; BOZZA, CANZIO, *Il privilegio che assiste i creditori del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, 346.

¹⁰⁶UFFICIO LEGISLATIVO DEL MINISTRO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Nota 21 aprile 1997*, in *Guida dir.*, 1997, n. 19, 118

¹⁰⁷Tra gli altri ABATE, *Profili di incostituzionalità del privilegio del promissario acquirente*, in

soluzione darebbe luogo ad una serie di inconvenienti pratici¹⁰⁸ nonché incongruenze.

Il costrutto teorico così formulato pone le sue fondamenta sulla ragionevolezza che connota l'assegnazione di una natura costitutiva¹⁰⁹ alla trascrizione del contratto: si deve dunque parlare di privilegio iscrizionale, che non si deve esclusivamente alla causa del credito, e la trascrizione che di esso ne costituisce il presupposto, di conseguenza, viene ad assumere quel ruolo per cui è essa stessa lo strumento con cui vengono risolti i possibili conflitti tra soggetti le cui posizioni sono assoggettate al medesimo regime di pubblicità (vale a dire, il creditore privilegiato e i terzi titolari di diritti incompatibili); in altra parole, la natura iscrizionale del privilegio *ex art. 2775-bis*, precluderebbe la possibilità di valersi della regola di conflitto *ex art. 2748-bis*, comma 2°, c.c., come prospettato dai sostenitori dell'antitetica tesi, facendo divenire operativa la regola del *prior in tempore potior in iure* dettata in tema di trascrizione degli atti.

Inoltre, si osserva che la predisposta graduazione dei privilegi di cui all'art. 2780 c.c. renderebbe difficile difendere la coerenza del sistema dal momento che risulterebbe impossibile stabilire l'ordine delle cause delle prelazioni: privilegi a cui quello in parola è postergato soccomberebbero, al contrario di quest'ultimo, per espressa previsione dell'art. 2772 c.c., comma 4° e dell'art. 2775-bis c.c., comma 2°, alle ipoteche iscritte anteriormente.

Ancora, è stato notato, con una acuta premura di stampo costituzionale, che siffatto privilegio, nel caso prevalessse sulle ipoteche iscritte anteriormente, comporterebbe una

Fallimento, 1997, 1156; TANZARIELLO, *Prevalenza del privilegio speciale del promissario acquirente sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare. Problematiche e questioni interpretative*, in *Fallimento*, 2003, 1332; TUCCI, *Conflitto tra privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 476; PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare inesequito e ipoteche: "tot capita tot sententiae"?*, 2001, II, 495; LUMINOSO, PALERMO, *op. cit.*, 83; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, 229; FERRO, *I rapporti giuridici pendenti*, Ipsa, 1998, 39;

108 LOTTA, *Sul conflitto tra privilegio a favore del promissario acquirente di immobile e ipoteca (nota a Cass., 1° ottobre 2009, n. 21045, sez. Unite)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 71

109 Anche ALESSI, *op. loc. cit.*, sostiene che la nascita del privilegio è ineluttabilmente subordinata alla trascrizione del contratto preliminare inesequito e che in ciò si avvalorano le tesi della natura dualistica della trascrizione del preliminare: essa, nell'opinione dell'autore, difatti, se da un lato assume efficacia costitutiva a favore del promissario acquirente, è dichiarativa, invece, l'efficacia che esso possiede nei confronti degli acquirenti e dei creditori del promittente venditore: se il preliminare viene eseguito e si perviene al definitivo, decade la natura costitutiva per divenire attuale la sola natura dichiarativa: non avrebbe senso concepire una garanzia reale a favore dell'acquirente su un immobile di cui è divenuto proprietario e per un credito che non esiste più; se invece il preliminare rimane inesequito è invece la natura costitutiva a prendere il sopravvento e dalla quale nasce il privilegio immobiliare.

ingiustificata disparità di trattamento tra il soggetto promissario acquirente che di esso può beneficiare iscrivendo il contratto preliminare e il medesimo soggetto acquirente definitivo che invece non può godere dello stesso vantaggio, essendo il suo credito postergato rispetto alle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare, le quali ad esso sono certamente opponibili. Si tratterebbe quindi, naturalmente, di presunta violazione del principio di uguaglianza.

Per di più, si è rilevato come l'interpretazione più favorevole al consumatore in realtà comporti delle ulteriori complicazioni in tema di erogazione del credito fondiario¹¹⁰: il rischio dei finanziatori risulterebbe sproporzionato ed economicamente privo di significato nel momento in cui nemmeno una ipoteca potesse costituire una sufficiente garanzia a favore di questi sussistendo comunque, ed essendo imprevedibile *a priori*, la possibilità che la stessa venga scavalcata dalle ragioni dei promissari acquirenti.

Infine, è stata paventata la possibilità di incappare in abusi e frodi a danno dei soggetti i cui crediti sono garantiti dalle suddette ipoteche, e più in generale in lesione della *par condicio creditorum*, a causa di disonesti accordi tra il promittente venditore e il promissario acquirente¹¹¹.

Nel solco tracciato da questo secondo orientamento dottrinale si è adagiata la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 21045, del 2009. I giudici hanno ritenuto proficuo procedere ad una interpretazione che fosse la più armonica e coordinata possibile col sistema intero, anche in considerazione dell'estraneità della norma oggetto della decisione, resa necessaria da contingenze economiche emerse successivamente, all'elaborato codicistico originario. Le Sezioni Unite sostengono quindi che “nel nostro sistema una espressa nonna¹¹² derogatoria al precetto stabilito dalla prima parte dell'art. 2748 c.c., comma 2°, non esiste, ma l'organica analisi dell'intero quadro normativo disciplinante la materia consente di affermare che i creditori muniti dello speciale privilegio del promissario acquirente non sono preferiti ai creditori muniti di ipoteca iscritta precedentemente al sorgere del privilegio stesso”¹¹³. Ad un tale risultato la Corte

110Si tratta di una conclusione a cui sono pervenuti anche alcuni tra gli studiosi che si sono schierati, sulla prevalenza, in senso opposto rispetto a quello della corrente in esame.

111V. *supra* I.II.2.

112Sic! Dovere di citazione letterale.

113CRIVELLARI, *Privilegio speciale immobiliare. Ipotecche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare. Scongiurati i rischi di abuso da parte dei debitori*, in *Periodico Piazzetta Monte 1*, www.creditmanagementbank.eu/studi-e-ricerche/pubblicazioni/Piazzetta-Monte-1.

è pervenuta dopo un preciso *iter* logico che, partendo dalla vocazione privatistica del privilegio in esame e della conseguente scarsa ragionevolezza dell'inclusione del medesimo tra dei privilegi *ex artt. 2770-2775 c.c.*, aventi queste caratteristiche completamente diverse e il cui soddisfacimento prioritario trova, in ragione di ciò, una più che condivisibile giustificazione, e dovendo quindi avvalorare la natura iscrizionale del medesimo, si conclude – detto percorso logico – nella statuizione per cui il privilegio del promissario acquirente, proprio poiché subordinato ad una particolare forma di pubblicità e volto a tutelare degli interessi non pubblici, sarebbe meglio configurabile come un caso di ipoteca legale piuttosto che di privilegio immobiliare, con la diretta conseguenza che ad esso non troverebbe applicazione la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche, bensì quella cronologica delle trascrizioni, che investe l'intero sistema di pubblicità.

E' possibile dunque affermare, in conclusione, grazie a tale chiarimento interpretativo, che l'ipoteca iscritta anteriormente al preliminare prevale sul privilegio che quest'ultima scrittura conferisce al promissario acquirente.

4. Il d.lgs. 122/2005, la tutela degli acquirenti di immobili da costruire

Constatata la limitata portata dei provvedimenti adottati – dei quali si ribadisce la natura meramente obbligatoria e l'inadeguatezza a fronteggiare il fenomeno dei fallimenti c.d. immobiliari nel suo complesso – e considerate le pressioni delle associazioni dei promissari acquirenti, il legislatore, con la legge 2 agosto 2004, n. 210, concesse sei mesi di tempo al Governo per l'emanazione di uno o più provvedimenti tesi a introdurre e disciplinare maggiori forme di tutela per le vittime dei fallimenti immobiliari, delineando i principi che il legislatore delegato avrebbe dovuto osservare nella formulazione della normativa.

Nel rispetto del limite temporale imposto dalla legge delega, la quale, come accennato, ha puntualizzato le direttive a cui il Governo si è dovuto attenere nella regolamentazione della materia, dunque, i suddetti principi sono stati in seguito convogliati nel d.lgs. n. 122 del 2005; si tratta di un intervento normativo la cui *ratio* si

ritrova nella volontà di rafforzare la posizione dell'acquirente di immobili da costruire ovvero in corso di costruzione¹¹⁴, elaborato da una commissione alla quale hanno partecipato tutti i rappresentanti delle categorie interessate – vale a dire Ance, Ania, Agi, Conafi, nonché del Notariato e dei Ministeri dell'Economia e delle Infrastrutture.

In estrema sintesi, volendo anticipare le questioni di maggiore rilevanza, tale provvedimento ha anzitutto introdotto nell'ordinamento l'obbligo, da parte del costruttore, a pena di nullità¹¹⁵, nell'ipotesi di sottoscrizione di un contratto volto al trasferimento non immediato della proprietà su un immobile da costruire (ovvero di un altro atto connotato dalla medesima finalità), di stipulare un contratto di fideiussione a favore dell'acquirente per un importo corrispondente alle somme da questi ricevute o che saranno riscosse prima del trasferimento del diritto reale.

Inoltre, col medesimo decreto, sempre quanto a importanti novità, è stato previsto che, nel caso di vendita forzata dell'immobile oggetto del contratto concluso col costruttore, all'acquirente, a condizione che ne abbia ricevuto la consegna e lo abbia adibito ad abitazione principale¹¹⁶ per sé o per proprio parente in primo grado, spetta il riconoscimento del diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile alle condizioni a cui il terzo si è aggiudicato lo stesso. Si tratta di una norma mirata, nelle intenzioni, a realizzare il programma contrattuale già negoziato, anche se tuttavia ne è palese il limite maggiore, ossia la completa assenza di natura reale della prelazione¹¹⁷.

Infine, dallo stesso d.lgs. n. 122 del 2005, ha avuto origine l'art. 72-bis L.F., per mezzo del quale si stabilisce che con l'escussione della fideiussione posta a garanzia delle somme versate in anticipo, si desume l'intenzione dell'acquirente circa lo scioglimento del contratto preliminare, il quale dunque, nel caso, viene a considerarsi tale, sempre che detta escussione sia effettuata prima che il curatore comunichi la propria volontà relativamente alla prosecuzione o meno del rapporto contrattuale pendente. Trattasi

114Mentre FRAULINI parla di “primo vero intervento normativo ampio e specifico a tutela degli acquirenti di immobili da costruire”, CASARANO, BALDI, TIMPANO, condividendo le considerazioni sulla ridotta portata applicativa del provvedimento in oggetto, sostengono che si tratti di un sistema di tutele “con l'obiettivo non tanto di una revisione sistematica dell'istituto della vendita immobiliare [...], ma piuttosto di [...] un intervento di limitato impatto normativo, con finalità fortemente connotate dalla necessità e dall'urgenza di dare maggior tutela al credito degli acquirenti, laddove il costruttore sia coinvolto in una situazione di crisi”.

115Trattasi di nullità relativa, come si dirà in seguito, v. *infra* I.II.6.

116Ciò, di fatto, vincola l'ipotesi ai soli immobili pressoché ultimati.

117V. *infra* I.II.9

sostanzialmente di una via alternativa alla normale regolazione dei rapporti pendenti ex art. 72 L.F. che consente alla parte *in bonis* di provocare la risoluzione del contratto nelle more inerenti la decisione del curatore in merito.

5. Definizioni e ambito di applicabilità (segue)

Art. 1 – Definizioni

1. Ai fini del presente decreto devono intendersi:

a) per “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, ovvero 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 di un immobile da costruire per iniziativa della stessa;

b) per “costruttore” 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 effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su 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;

c) per “situazione di crisi” 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;

d) per “immobili da costruire” 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 stata

ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

Come sottolineato dalla relazione illustrativa al decreto, all'art. 1 vengono accolte le definizioni di “acquirente”, “costruttore” e “situazione di crisi” coincidenti con quelle elaborate nell'art. 2 della legge delega. Ancora, evidenzia la medesima relazione che è apparso opportuno definire, altresì, la categoria degli “immobili da costruire”, “quale oggetto della tutela apprestata dalla normativa, e per far ciò si è mutuata la descrizione contenuta nell'art. 1, comma 1, della legge di delega”¹¹⁸.

Quanto al primo soggetto preso in esame dall'art.1, lett. a), ai fini dell'applicazione del citato decreto, ci si riferisce ad “acquirente” allorché, anzitutto, si ha a che fare con una persona fisica. Trattasi di attributo fondamentale, da subito esplicitato dal legislatore, il quale quindi ha inteso escludere consapevolmente dall'ombrello protettivo offerto dalla disciplina in commento tutte le società e gli enti collettivi, privi o meno di personalità giuridica che siano. Si può notare tuttavia come la definizione offerta non coincida nemmeno con quella di “consumatore”, certamente più angusta, dettata dall'art. 1469-*bis* c.c., per il quale occorre rimandare alla professionalità e imprenditorialità dell'attività a cui è finalizzata l'azione svolta allo scopo di ottenere un discrimine tra consumatore e, appunto, professionista. A riprova di ciò si potrebbe argomentare che nel medesimo art. 1, lett. a), si prevede la possibilità per l'acquirente di utilizzare uno strumento destinato, in genere, all'attività professionale e imprenditoriale, vale a dire il contratto di leasing, deponendo a favore di una nozione più ampia. Per contro, non si può prescindere dal fatto che, nel corpo del testo, gli strumenti di tutela previsti dal decreto¹¹⁹ richiedano come condizione essenziale la destinazione dell'immobile ad uso abitativo e comunque a favore dell'acquirente o dei parenti più stretti di quest'ultimo; ne consegue che, certamente, si tratta di un requisito incompatibile con la destinazione dell'immobile a bene strumentale inserito nel quadro di una qualsiasi attività professionale o imprenditoriale.

Inoltre, in accoglimento della ormai consolidata giurisprudenza¹²⁰, per cui

¹¹⁸Relazione illustrativa al d.lgs 20 giugno 2005, n. 122.

¹¹⁹V. *infra* I.II.9 e II.II.1.1: diritto alla prelazione ed esenzione dalla revocatoria.

¹²⁰Cass., 18 gennaio 2001, n. 694 e Cass., 23 marzo 2004, n. 5724.

l'assegnazione in proprietà al socio da parte della cooperativa assume le qualità di un vero e proprio contratto di compravendita, in conseguenza della netta distinzione tra i due rapporti posti in essere, quello mutualistico e quello sociale, la norma ha esteso la nozione in esame a chi, sia esso socio o terzo, assuma obbligazioni nei confronti di una cooperativa al fine di ottenere il trasferimento della proprietà di un immobile da costruire per iniziativa della medesima.

Alla lett. b) segue nell'elenco delle definizioni quella di “costruttore”; trattasi di soggetto, il promittente venditore, il quale deve necessariamente rivestire la qualifica di imprenditore ovvero deve trattarsi di una cooperativa edilizia (e il parallelo si deve chiaramente ad una questione di coerenza con la definizione di “acquirente”). Non sussistendo ulteriori precisazioni, si deve ritenere che il solo requisito domandato sia dunque quello della professionalità ovvero l'abituale e sistematico svolgimento di una stessa attività, al fine di entrare nella sfera di operatività del decreto, e non quindi anche il bisogno che l'attività di impresa venga esercitata nell'ambito del settore edilizio o immobiliare. In altre parole, è solo al di fuori del contesto imprenditoriale che si può ritenere esclusa l'applicabilità della normativa in esame.

La nozione tracciata dal legislatore appare volutamente ampia, dal momento che si ritengono afferenti alla categoria “costruttori” tutti quei soggetti che, pur non avendo partecipato direttamente alla costruzione fisica dell'immobile, magari affidata in appalto o comunque posta in esecuzione di terzi, si sono limitati alla mera attività commerciale di vendita dello stesso: è una precisa volontà antielusiva quella che ha mosso la commissione verso siffatta soluzione, in modo da arginare ogni possibile ricorso a forme negoziali mirate ad aggirare la tutela offerta; sono state volutamente incluse nell'ambito di operatività della legge, difatti, anche quelle operazioni poste in essere da società di trading ovvero, in ogni caso, da società che non hanno posto in essere la costruzione, ma che potrebbero, in virtù di rapporti di controllo, anche contrattuale, porsi quali venditrici di immobili edificati dalla controllante.

La “situazione di crisi”, descritta alla lett. c), attiene invece all'individuazione delle circostanze per cui possa verificarsi un rischio per il positivo perfezionamento del rapporto contrattuale, di per loro tali da attivare il sistema di tutela introdotto nel nostro ordinamento dalla disciplina in esame. Si distingue tra un caso in cui l'evento

determinante la situazione di crisi colpisce l'immobile oggetto del contratto, vale a dire il fatto che il medesimo sia stato sottoposto a esecuzione immobiliare, e i restanti quattro casi in cui la situazione di crisi riguarda, invece, la crisi dell'impresa e la contestuale incapacità dell'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, si tratta perciò di circostanze in cui abbiano avuto inizio procedure di fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o liquidazione coatta amministrativa tali da rendere insperato, da parte dell'acquirente, il compimento della volontà contrattuale e quindi il trasferimento della proprietà dell'immobile. Più precisamente, come si può desumere dall'art. 3, comma 2, del provvedimento legislativo in parola, la situazione di crisi si intende verificata nel momento della trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto, alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, ovvero alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, oppure, infine, al momento 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.

Se per un verso appare coerente con la volontà legislativa, mirata ad attribuire valore agli eventi che legittimano lo scioglimento unilaterale del contratto e quindi connotati da una certa rilevante gravità, la scelta di escludere dall'elenco citato circostanze che pure potrebbero ridimensionare le aspettative degli acquirenti, quali l'esecuzione di misure cautelari ovvero la trascrizione di domande giudiziali, poiché caratterizzate da una connotata provvisorietà, per altro verso, tra gli osservatori, alcuni¹²¹ hanno notato che, sebbene esistano ancora altri eventi capaci di minare le attese del promissario relative all'acquisizione della proprietà definitiva dell'immobile, essi non hanno trovato spazio nella definizione della situazione di crisi; in tal senso rileva la mancata coordinazione del decreto e alle disposizioni introdotte dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 che ha modificato la disciplina delle procedure concorsuali, introducendo gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* L.F.¹²², e alle norme comunitarie in tema di

¹²¹FERRI, Immobili da costruire e tutela degli acquirenti, in Atti del Convegno Paradigma, Milano 28 e 29 giugno 2005, 1 ss.

¹²²*Ibidem*; l'autore prospetta la possibilità di interpretare analogicamente ed estensivamente il testo del decreto tenendo in considerazione il fatto che l'accordo di ristrutturazione debiti, pur conservando una propria autonomia, può essere oggetto di deposito unitamente alla domanda di concordato.

procedure di insolvenza transfrontaliera.

In conclusione, si osserva come la nozione di “situazione di crisi” assume rilevanza e si erge a cardine della intera disciplina “non tanto per il suo contenuto, che non presenta problemi interpretativi, quanto per l'importanza di procedere all'individuazione delle situazioni in cui il più significativo meccanismo di tutela introdotto dalla legge (la garanzia fideiussoria per i pagamenti fatti dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà) diviene operativo”¹²³, anche se di ciò si farà più approfondita menzione in seguito¹²⁴.

Infine, alla lettera d), viene affrontato quello che è il macro-ambito in cui è ricompresa tutta la disciplina: sulla nozione di “immobili da costruire”, infatti, si appoggiano sia la rubrica della legge delega n. 210/2004, sia quella del decreto legislativo medesimo, e in tal senso definiscono quelli che sono i confini applicativi della normativa.

Anzitutto, occorre rilevare l'assenza di qualsivoglia riferimento alla destinazione d'uso degli immobili, ai fini dell'assoggettamento alla disciplina in questione, tanto da ricomprendere nel sistema di tutela sia gli immobili destinati ad uso abitativo come quelli che a tal uso non sono destinati. L'intento è, difatti, quello di fortificare la posizione di coloro che si impegnano all'acquisto – e, di fatto, finanziano, corrispondendo somme anticipate, la costruzione – di un immobile ancora da ultimarsi o che ancora deve venire ad esistenza e, per questo, la cui proprietà non può essere oggetto di trasferimento.

Da ciò ne deriva che devono considerarsi al di fuori dell'ombrello protettivo offerto dal legislatore gli acquisti di immobili già ultimati o per i quali non è previsto alcun intervento di completamento, ritenendo che in tali ipotesi non sussista quell'ingiusta traslazione del rischio d'impresa che migra andando a incombere sui promissari-finanziatori di fatto nelle more tra i versamenti in acconto e il definitivo trasferimento del diritto di proprietà.

Il disposto legislativo individua una finestra di eventi, un intorno chiuso, i cui estremi rappresentano il momento iniziale e il momento finale di una linea temporale entro cui si può inscrivere la categoria di “immobile da costruire” (ricomprensente sia immobili da costruire da principio e immobili da ultimare). Siffatti momenti caratterizzanti si

¹²³CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 8

¹²⁴V. *infra* I.II.6

rinvengono, rispettivamente, nella richiesta del permesso di costruire^{125 126} e nell'acquisizione dei requisiti¹²⁷ tali da consentire, anche in via meramente ipotetica, il rilascio del certificato di agibilità.

Quanto alla tipologia di interventi a cui si fa riferimento ai fini dell'applicazione della legge, si evidenzia, in prima istanza, la più ovvia tra le ipotesi, e cioè quella di interventi di nuova costruzione o di ricostruzione, a cui segue una seconda ipotesi, quella di interventi di ristrutturazione (entrambi i tipi previsti dal T.U.E., conservativa e ricostruttiva), in ragione del fatto che la legge impone alle ristrutturazioni, in tema di rilascio del certificato di agibilità e di titolo abilitativo alla costruzione, una disciplina equiparabile a quella degli interventi di nuova costruzione e ricostruzione¹²⁸. Alcuni distinguo devono essere invece precisati in merito a interventi di risanamento e restauro conservativo. In tal caso, pur sussistendo la necessità un titolo abilitativo preventivo per l'attività edificatoria il rilascio del certificato di agibilità è d'obbligo soltanto nei casi in cui ricorrano le circostanze di cui all'art. 24, lett. c), T.U.E., ovvero quando l'intervento sia tale da influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità e risparmio energetico dell'edificio e degli impianti, e dunque solo in questa ultima ipotesi siffatti interventi si inquadrano nell'area coperta dalla nozione di “immobili da costruire”.

6. La fideiussione da parte del costruttore (*segue*)

125O, dando credito ad una interpretazione estensiva del dettato legislativo, comunque sia diversamente denominato dalle normative regionali quel provvedimento che consente d'ottenere abilitazione all'attività edificatoria.

126Si osserva che se è vero che devono ritenersi escluse dalla tutela tutte quelle situazioni in cui detto permesso non sia stato richiesto, e questo per contrastare, nelle intenzioni del legislatore, fenomeni di abuso edilizio, occorre altresì rilevare che la norma richiede la mera domanda del permesso suddetto, senza nulla dire sull'effettivo rilascio del permesso o sulla effettiva corrispondenza tra l'edificio oggetto della richiesta e quello poi costruito, evidenziando così una certa irragionevolezza nell'esclusione dall'applicazione del decreto alle delicate situazioni di cui sopra e lasciando aperte perplessità sulla reale efficacia della lettera della norma a contrastare fenomeni di abusivismo edilizio, per il quale, invece, troverà spazio la sanzione di nullità, prevista per gli atti di trasferimento della proprietà *ex art. 40, legge n. 47/1985 e dall'art. 46, d.p.r. n. 380/2001 (T.U.E.)*.

127Trattasi della possibilità di accatastamento, della dichiarazione di conformità dell'opera al progetto e sulla salubrità degli ambienti, della dichiarazione di conformità degli impianti alle prescrizioni di legge dichiarata dall'impresa installatrice ovvero deve essere certificato il collaudo degli stessi, del certificato di collaudo statico nonché di tutti gli altri documenti elencati nell'art. 25, comma 3, del T.U.E.

128Art. 24 T.U.E.

Art. 2 – Garanzia fideiussoria

1. 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 e' 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, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, 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. Restano comunque esclusi le somme per le quali e' pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia.

2. Per le società cooperative, 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 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.

Art. 3 – Rilascio, contenuto e modalità di escussione della fideiussione

1. La fideiussione e' rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da 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, e successive modificazioni; essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 2, 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 e' verificata.

2. La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:

- a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;
- b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di

liquidazione coatta amministrativa;

c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

d) 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.

3. La fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi di cui al comma 2 a condizione che, per l'ipotesi di cui alla lettera a) del medesimo comma, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto e, per le ipotesi di cui alle lettere b), c) e d) del comma 2, il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare.

4. La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile e deve essere escutibile, verificatesi le condizioni di cui al comma 3, a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

5. Il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente.

6. Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di cui al comma 4. Qualora la restituzione degli importi oggetto di fideiussione non sia eseguita entro il suddetto termine, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi.

7. L'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione.

Quello operato dal legislatore attraverso codeste norme è un intervento di circoscritto

impatto che non vuole porsi quale *incipit* di una revisione sistematica dell'istituto della vendita immobiliare, ma che piuttosto risponde a quella esigenza necessaria e urgente di rafforzare la posizione creditoria dell'acquirente di immobili in corso di costruzione o da costruire, in particolare per ciò che riguarda la restituzione delle somme erogate al costruttore¹²⁹, a questi anticipate, costituenti in sostanza parte del finanziamento della costruzione.

Si rammenta come, prima dell'entrata in vigore della disciplina in esame, e a causa dell'arbitraria facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare e in ragione dell'inesistenza di qualsivoglia privilegio che mirasse ad assistere i crediti sorti in seguito alla corresponsione di anticipi da parte degli acquirenti ai costruttori, non solo al verificarsi di una situazione di crisi di questi ultimi conseguiva la perdita di ogni aspettativa in ordine al compimento del programma contrattuale e quindi relativamente al trasferimento del diritto di proprietà dell'immobile, ma anche i crediti di cui sopra si traducevano nella mera enunciazione della pretesa avanti al giudice delegato – spesso inefficace, a causa della collocazione in sede chirografaria degli stessi – con conseguente sensibile affievolimento della prospettiva recuperatoria.

La garanzia fideiussoria, il cuore pulsante del provvedimento, assume quindi i connotati di una garanzia volta a rendere immediata e certa la restituzione degli importi versati in acconto dall'acquirente; essa può essere rilasciato da una banca, da una impresa assicurativa ovvero da un intermediario abilitato come descritto nel corpo della disposizione e viene ad operare automaticamente nel momento in cui si verificano determinate circostanze, tassativamente individuate dal decreto stesso e inerenti alla situazione di crisi del costruttore, privando, nell'ottica di semplicità e rapidità che si è voluta perseguire, il garante d'ogni discrezionalità circa la valutazione delle stesse e concedendogli la sola verifica della mera regolarità formale dei documenti attestanti la veridicità dei fatti¹³⁰.

L'oggetto della garanzia consiste esclusivamente nella restituzione delle somme ricevute (o meglio, riscosse e da riscuotere) dal costruttore, essendo inoltre previsto che il valore

129V. *garanties de remboursement d'acomptes*.

130FRAULINI, *Il decreto legislativo n. 122/05 ed il regolamento di attuazione. Le nuove norme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, testo per il gruppo di lavoro, corso C.S.M., 16 maggio 2006, 8.

della fideiussione possa essere corrispondente ai versamenti effettivamente avvenuti ed attualizzato sulla base del piano di pagamento pattuito, così da inserire quel concetto di progressività che è oggetto dei suggerimenti provenienti dalle commissioni parlamentari¹³¹, e nulla ha a che vedere con la regolare esecuzione del contratto, pur presupponendo, quale essenziale condizione per l'escussione, lo scioglimento dello stesso. Scioglimento che si riconduce all'ipotesi di facoltà di recesso unilaterale¹³² dell'acquirente, concessa *ope legis* al verificarsi della situazione di crisi. Tale facoltà di recesso dovrà essere esercitata in due modalità differenti a seconda si rientri nel caso previsto alla lett. a), art. 3, comma 2, ovvero in quelli previsti alle lett. b), c) e d). Nella prima ipotesi sarà necessaria la comunicazione dell'acquirente al costruttore, nella seconda ipotesi invece la volontà di recedere potrà anche desumersi da comportamenti concludenti, quali l'escussione della garanzia in questione, rivestendo la comunicazione al curatore un mero adempimento formale, il quale, si ritiene, non possa andare ad inficiare la volontà di recesso espressa.

La norma impone al costruttore l'obbligo di ottenere il rilascio e consegnare all'acquirente, prima della stipula del contratto che impegna l'acquirente al versamento di acconti ovvero contestualmente alla stessa, la fideiussione nelle modalità e forme previste dalla lettera del testo; “si tratta di un obbligo alla prestazione di fideiussione, che ha la sua fonte nella legge”¹³³. La violazione dell'obbligo è motivo di nullità¹³⁴ del contratto, ma l'esigenza che il vizio dell'atto sia ad esclusiva tutela della parte acquirente ha indotto alla previsione di una nullità relativa, che soltanto parte acquirente può far valere¹³⁵.

Gli effetti della garanzia cessano nel momento in cui viene realizzato l'effetto traslativo del diritto di proprietà sull'immobile; tale previsione deve intendersi in senso estensivo¹³⁶, al fine di comprendere non solo la materiale stipula del contratto comportante l'effetto traslativo nei rapporti tra le parti, bensì anche il compimento di

131Relazione illustrativa al d.lgs 20 giugno 2005, n. 122.

132Si esclude possa trattarsi di risoluzione per inadempimento poiché rimane intatta la facoltà del curatore di comunicare la propria volontà vincolante di portare a compimento il rapporto contrattuale a condizione che l'acquirente ancora non abbia preventivamente escusso la garanzia fideiussoria.

133CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in Atti del convegno Paradigma, Milano 15 aprile 2005, 15

134V. *infra* III.I.1.

135Relazione illustrativa al d.lgs 20 giugno 2005, n. 122.

136CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 34.

tutte quelle formalità necessarie a rendere il trasferimento opponibile a terzi (trascrizione dell'atto nei registri immobiliari).

6.1 I contratti o gli altri atti soggetti alla disciplina

In più sedi, a partire dalla legge delega fino ad arrivare alle nozioni stesse prese in considerazione nel decreto, il legislatore ha tenuto a ribadire l'ampiezza dell'insieme di fattispecie contrattuali ricomprese tra quelle che si ricollegano al momento in cui viene a sorgere l'obbligo, per il costruttore, di rilasciare la garanzia fideiussoria, e tutto ciò al fine di eliminare la facile possibilità di eludere la normativa facendo leva su distinzioni meramente nominali tra tipi contrattuali.

In primis, la legge delega, all'art. 2, nell'individuare le differenti tipologie contrattuali, amplia la definizione includendo l'espressione “ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere come effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento”. Ancora, all'art. 3, lett. c), la medesima legge delega, facendo riferimento alla stipula del contratto preliminare d'acquisto, aggiunge: “o dell'atto equipollente ai sensi dell'art. 2”, preoccupandosi ancora una volta di sottolineare l'ampiezza della tutela offerta.

Infine, è proprio l'art. 2, comma 1, del decreto a mutuare dalla legge delega, in osservanza ed attuazione delle disposizioni da essa dettate, la nozione di “atto”, di indubbia natura negoziale, nel momento in cui alla definizione di “contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento” fa seguire quella di “atto avente le medesime finalità”¹³⁷.

Trattasi, in definitiva, dell'elaborazione di un criterio sostanziale, che prescinde la forma per andare a sondare la funzione economico-sociale attribuita all'atto o al contratto in questione, identificando non già i singoli tipi contrattuali tramite vincolante (e sterile, nell'ottica della finalità perseguita) enumerazione – la quale, oltre ad una ineluttabile

¹³⁷Al comma 2 viene precisato cosa si intenda per “atto equipollente” nell'ipotesi di società cooperative, ossia “quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere 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”.

incompletezza, avrebbe altrettanto ineluttabilmente comportato la tassatività delle fattispecie contrattuali, compromettendo la necessaria flessibilità della normativa – bensì tenendo in considerazione la loro “finalità in relazione all'interesse che muove l'acquirente alla stipulazione del contratto”¹³⁸ finalità che si ravvisa coincidere col trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

Tale ottica privilegiante la finalità dell'atto trova diretta traduzione nel possesso, da parte delle singole fattispecie negoziali, di tre connotati peculiari¹³⁹:

- l'obiettivo di realizzare il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento;
- l'identificazione dell'oggetto del trasferimento in un immobile in corso di costruzione ovvero da costruire;
- la previsione che l'acquirente si impegni ad adempiere al pagamento del corrispettivo concordato in un momento antecedente a quello in cui avviene l'effetto traslativo della proprietà ovvero di altro diritto reale di godimento.

Vengono escluse di conseguenza dalla tutela tutte quelle fattispecie negoziali che siffatte caratteristiche non posseggono¹⁴⁰.

7. L'assicurazione obbligatoria

Art. 4 – L'assicurazione obbligatoria

1. Il costruttore è obbligato a contrarre ed a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto 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.

¹³⁸CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 20.

¹³⁹FRAULINI, *op. cit.*, 15.

¹⁴⁰RIZZI, *Commento al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, in Notariato, 2005, 433 e ss.*

Dall'esperienza di altri ordinamenti giuridici europei¹⁴¹, già da tempo dotati di una normativa a tutela degli acquirenti di immobili, è stata probabilmente mutuata la disciplina dell'art. 4 del decreto, il quale istituisce simili obblighi rispetto a quelli già in vigore nei suddetti ordinamenti giuridici transnazionali.

In attuazione di quanto previsto dall'art. 3, lettera e), della legge delega, è stato sancito l'obbligo del costruttore di stipulare e consegnare¹⁴² una polizza assicurativa a beneficio dell'acquirente, avente efficacia a partire dalla data di completamento dei lavori, e mirata a garantire il risarcimento dei danni conseguenti a vizi dell'immobile manifestatisi in epoca successiva alla stipula del definitivo atto di compravendita. Si tratta di danni saldamente vincolati a quelli del richiamato art. 1669 c.c.¹⁴³ l'oggetto dei quali risulta ad esso ancorato stante la riproduzione pedissequa del suo contenuto: la previsione ricomprende quei vizi la cui gravità e significatività è tale da compromettere l'operazione effettuata e incidere sul valore del bene.

Il legislatore delegato, senza cogliere il fatto che nella legge delega si facesse riferimento a “vizi e difformità” (richiamando così testualmente la rubrica dell'art. 1667 c.c.¹⁴⁴), ha limitato l'ambito operativo dell'art. 4 a quelle situazioni che, per gravità dei vizi, risultano tali da implicare la rovina totale o parziale degli immobili ovvero pericolo di rovina o di gravi difetti, escludendo le ipotesi relative a fattispecie meno gravi. Si

141 Francia, v. *supra* I.II.1.1, *Loi 72-12 du 4 janvier 1978*, e Spagna, *Ley 38/99 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, che sanciscono gli obblighi gravanti sul costruttore nei confronti dell'acquirente nel settore dell'edilizia privata.

142 Relazione illustrativa al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, art. 4: “In accoglimento di un'osservazione del Senato della Repubblica si è previsto che, accanto all'obbligo di stipula, gravi sul costruttore altresì l'obbligo di consegnare la polizza all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà, si da garantire maggiore effettività alla garanzia.

143 “Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta. Il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denuncia”.

144 “L'appaltatore tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore. Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati. L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera. Il committente convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna”.

tratta di una differenza che ritrova propri echi anche nelle regole inerenti la durata e la decorrenza dei termini di decadenza e prescrizione.

Nel gergo assicurativo si parla della c.d. “polizza decennale postuma” la quale viene a costituire parte integrante della documentazione che corredata il contratto di compravendita al momento della stipula del rogito notarile, tanto che sembra delinarsi a carico del notaio l'onere di verificare l'esistenza, in detta documentazione, anche della polizza in questione¹⁴⁵.

Risulta da costante interpretazione¹⁴⁶ dell'art. 1669 c.c. che la norma in questione è applicabile a tutela dell'acquirente, pur essendo confinata nell'ambito delle prescrizioni disciplinanti il contratto di appalto, nei confronti del venditore che abbia realizzato l'immobile con propria gestione diretta o comunque sotto la propria responsabilità; nel caso differiscano i soggetti costruttori dai soggetti venditori, l'unico obbligo gravante su questi ultimi sarà quello di procurarsi dai primi “copia della polizza e consegnarla all'acquirente, come parte integrante dei propri obblighi contrattuali inerenti al solo contratto di compravendita”¹⁴⁷.

8. Il contenuto minimo del preliminare (segue)

Art. 6 – Contenuto del contratto preliminare

1. Il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'articolo 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto devono contenere:

- a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1), e 2826 del codice civile;*
- b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;*
- c) gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per*

¹⁴⁵PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, 2005, Ipsoa, 38.

¹⁴⁶Cass., 30 luglio 2004, n. 14561, in *Foro it.*, 2004, 15; Cass., 20 agosto 2003, 12211, in *Dir. & Giust.*, 2003, 36, 205; Cass., 5 aprile 1990, n. 2805, in *Giust. Civ. Mass.*, 1990, 4.

¹⁴⁷Relazione illustrativa al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, art. 4.

l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti;

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;

e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;

f) l'indicazione del prezzo complessivo da corrisondersi 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;

g) gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2;

h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione 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;

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;

l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.

2. 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.

3. Sono fatte salve le disposizioni di cui al regio decreto 28 marzo 1929, n. 499.

Il decreto ha inteso rafforzare, attenendosi alla puntuale indicazione della legge delega, art. 3, lett m)¹⁴⁸, la tutela di quella parte considerata “parte debole” del rapporto definendo espressamente il contenuto e gli allegati di un contratto preliminare idoneo a realizzare siffatto scopo. I principi a cui è stato fatto riferimento sono quelli di trasparenza, chiarezza e comprensibilità¹⁴⁹ e ad essi si deve vincolare l'assetto di interessi negoziato dalle parti.

L'intervento in questione si è reso necessario nonostante le passate esperienze in ambito di contratti preliminari aventi il medesimo fine, tra cui spicca il privilegio speciale di cui all'art. 2775-bis c.c.¹⁵⁰, ma che evidentemente in sede applicativa non hanno condotto ai risultati auspicati rievocando il bisogno di ricercare alternative soluzioni¹⁵¹.

La norma indica dunque, e si cita testualmente, i contenuti che il preliminare “deve contenere”. Parrebbe quindi configurarsi, proprio in ragione dell'uso della voce del verbo “dovere” nonché della finalità di tutela di interessi generali a cui è rivolta, quale norma imperativa ed in tal caso balzerebbe immediatamente all'attenzione un primo dubbio interpretativo, vertente sul fatto che non risulta prevista sanzione di sorta per la mancanza di uno o più contenuti tra quelli elencati, al contrario di quanto si può leggere in caso di omessa stipula della fideiussione, a cui consegue la nullità relativa dell'atto. Si può asserire che è quindi compito dell'interprete valutare il genere di conseguenze in cui si incorre nel caso il preliminare non sia conforme al dettato normativo. Certo appare immediato il confronto con la previsione generale di cui all'art. 1418 c.c., 1° comma, il quale sancisce la nullità del contratto che violi norme imperative. Residua comunque la discrezionalità dell'interprete nel valutare il carattere assoluto o relativo di detta nullità.

148“Disciplinare i contenuti del contratto preliminare e di ogni altro contratto comunque diretto al successivo acquisto di un immobile da costruire, prevedendo in particolare che debbano ivi indicarsi analiticamente le caratteristiche tecniche della costruzione, la tipologia dei materiali impiegati, le modalità e le fasi di esecuzione, le modalità e i tempi di pagamento del prezzo, l'esistenza di iscrizioni ipotecarie e trascrizioni pregiudizievoli, gli estremi del permesso di costruire, la planimetria dell'immobile da costruire e delle sue pertinenze di uso esclusivo nonché l'indicazione dell'appaltatore”.

149FRAULINI, *op. cit.*, 10.

150V. *supra* I.II.2.

151CENNI, *Il contenuto del contratto preliminare*, Relazione al Convegno *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: novità normative*, Bologna, 10 giugno 2005, 15.

Parte della dottrina¹⁵² ha ben definito i contorni di quella che assume i tratti di una conseguenza la quale si inquadra in una sorta di *tertium genus*, che si va ad interporre tra la nullità e l'annullabilità, e che si sostanzia nella nullità avente carattere protettivo nei confronti di un dato soggetto il quale – proprio in virtù del fine di tutela a cui è preposta – è il solo a possedere la legittimazione a farla valere. Siffatta interpretazione, anche nel caso di specie, appare oltretutto coerente con l'ulteriore necessità di evitare che come conseguenza di una dichiarata nullità possa aversi, paradossalmente, un affievolimento della tutela posta a capo della parte debole in favore della quale la norma imperativa è stata posta.

9. La protezione dalle iscrizioni e dalle trascrizioni pregiudizievoli

Art. 8 – Obbligo di cancellazione o frazionamento dell'ipoteca antecedente alla compravendita

1. 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.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 122/2005, un considerevole rischio in capo agli acquirenti consisteva nella possibilità che essi venissero travolti da espropriazioni forzate conseguenti a mancanze o inadempimenti dei costruttori, i quali comunque riversavano i loro effetti sugli incolpevoli acquirenti a causa dell'esistenza di una ipoteca gravante su tutto il complesso immobiliare – a garanzia del finanziamento concesso al costruttore – non suddivisa in quote né frazionata né tanto meno cancellata, a dispetto di eventuali promesse in tal senso effettuate dai costruttori.

Si trattava di un grave pregiudizio di cui la legge delega aveva già preso coscienza¹⁵³. La

¹⁵²BESSONE, Trattato di Diritto Privato, 2002, Giappichelli, VII, 31 ss.; PASSAGNOLI, Nullità speciali, 1995, Giuffrè, 199.

¹⁵³Legge 210/2004, art. 3, lett. n): “prevedere norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti indicati all'articolo 39, comma 6, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e all'eventuale

formulazione dell'art. 8 fa esplicito divieto al notaio¹⁵⁴ di procedere alla stipula dell'atto di compravendita se prima non si siano verificate determinate condizioni: “il rischio per l'acquirente di subire incolpevolmente l'espropriazione forzata è stato dunque neutralizzato attraverso l'imposizione del divieto di stipulare l'atto traslativo, quale che sia la forma utilizzata (atto pubblico o scrittura privata autenticata), salvo che ricorrano le condizioni suddette”¹⁵⁵.

La violazione della norma è destinata a causare la nullità dell'atto ai sensi dell'art. 1418 c.c., trattandosi di norma imperativa, e si deve parlare di nullità relativa stante il ragionamento al precedente paragrafo enucleato¹⁵⁶.

Le circostanze in cui non viene ad operare il divieto sono, anzitutto, la suddivisione del finanziamento in quote (l'acquirente si è impegnato a versare parte del prezzo mediante accollo di una quota di mutuo contratto dal costruttore) accompagnata dal perfezionamento di un titolo per il frazionamento dell'ipoteca a garanzia¹⁵⁷; ovvero, in alternativa, un titolo che renda possibile “la cancellazione o il frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile”.

Pur data la sua formulazione piuttosto generale, la norma si deve intendere riferita solamente a quei contratti aventi ad oggetto immobili in corso di costruzione secondo gli ulteriori crismi ricordati all'art. 1 del decreto medesimo. Tuttavia, stante l'ampia formulazione, si può correttamente argomentare che il divieto di stipulazione “sia operante in presenza di qualsiasi ipoteca, ancorché iscritta a garanzia di finanziamenti impiegati dal costruttore in iniziative diverse dall'edificazione del complesso immobiliare sul quale il vincolo reale viene a gravare [... Inoltre,] il divieto di stipulazione si rivolge a tutti i contratti ad efficacia traslativa non immediata, restando esclusi soltanto i contratti preliminari e gli altri contratti preparatori che presuppongono, ai fini del trasferimento della proprietà, la stipulazione di un nuovo contratto”¹⁵⁸.

cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento gravante sull'immobile da costruire, assicurando che gli atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano posti in essere prima della stipula dell'atto definitivo di compravendita, o contestualmente alla stessa”.

154Applicabile inoltre l'art. 28, legge 16 febbraio 1913, n. 89, sull'ordinamento notarile, la quale vieta il ricevimento degli atti espressamente proibiti dalla legge, a pena di responsabilità disciplinare del notaio.

155CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 76.

156V. *supra* I.II.8

157Necessario quest'ultimo al fine di non vanificare la *ratio* della norma. PETRELLI, *op. cit.*, 102.

158Ibidem.

10. La prelazione dell'acquirente: la natura non reale della stessa (segue)

Art. 9 – Diritto di prelazione

- 1. 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, e' 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.*
- 2. 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.*
- 3. Il diritto di prelazione e' esercitato dall'acquirente, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al comma 2 offrendo, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.*
- 4. 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.*
- 5. E' escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario.*

Escussa la fideiussione, il sopravvenuto scioglimento del rapporto contrattuale, implica

l'impossibilità di portare a compimento l'effetto traslativo programmato venendo l'immobile oggetto della negoziazione messo in vendita, al fine di soddisfare, col ricavato, le legittime pretese dei creditori del costruttore travolto dalla situazione di crisi.

Viene riconosciuta, all'acquirente persona fisica che abbia ottenuto la consegna dell'immobile e adibito lo stesso ad abitazione principale¹⁵⁹ per sé o per un proprio parente in primo grado¹⁶⁰, che, quindi, ne abbia conseguito il possesso-detenzione senza però aver ottenuto il trasferimento del diritto di proprietà¹⁶¹, nel caso di vendita forzata (con o senza incanto¹⁶²), una ulteriore forma di tutela di tipo acquisitivo; si tratta del diritto di prelazione, diritto cioè che attribuisce al beneficiario del medesimo di risultare preferito nell'acquisto dell'immobile, naturalmente alle stesse condizioni alle quali il terzo aggiudicatario si è dichiarato disponibile ad acquistare. Si tratta di prelazione di matrice legale, che trova la propria fonte direttamente nel precetto normativo.

Il provvedimento legislativo ha voluto traslare lungo l'asse del decreto in esame il principio sancito all'art. 47 della Costituzione, il quale valorizza la proprietà del bene "abitazione" e la riconduce ai più generali cardini della tutela e del conseguimento del risparmio a cui l'articolo medesimo è finalizzato.

La preferenza accordata, tuttavia, è bene precisare, lungi dall'assumere natura reale, non è opponibile al terzo aggiudicatario, il cui eventuale acquisto resta inattaccabile, facendo salva la certezza e la stabilità¹⁶³ delle vendite giudiziarie, rimanendo quindi escluso qualsivoglia diritto di riscatto, come d'altra parte esplicitamente previsto dal dettato normativo. Si tratta dunque di una prelazione ad efficacia obbligatoria; in altre parole, il diritto di acquistare non può essere fatto valere nei confronti del terzo acquirente, nei casi in cui l'avente diritto si sia trovato nella condizione di non poter esercitare la prelazione, per qualsivoglia ragione. Nell'ipotesi esaminanda la violazione dell'altrui diritto di prelazione non permette di agire che al fine di ottenere il

¹⁵⁹Ciò presuppone che l'immobile sia stato ultimato o che comunque abbia una consistenza tale da consentirne l'abitabilità.

¹⁶⁰I commentatori hanno subito notato la stranezza riguardante l'esclusione della figura del coniuge tra le possibilità.

¹⁶¹Ipotesi certamente non infrequente nella prassi; ciò è difatti quanto si verifica nel caso si ricorra al c.d. preliminare ad effetti anticipati (v. *supra* I.I.3).

¹⁶²CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 88.

¹⁶³Relazione illustrativa al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, art. 9.

risarcimento del danno¹⁶⁴.

Tale *favor* concesso all'acquirente dal legislatore permette di rivalutare sensibilmente la posizione di quest'ultimo, senza peraltro comportare rischio alcuno di pregiudizio nei confronti dei creditori, per i quali l'operazione è caratterizzata dalla neutralità, essendo il prezzo corrisposto da colui che esercita il diritto di prelazione quello raggiunto nella vendita forzata.

La prelazione spetta all'acquirente anche nel caso in cui egli abbia già escusso la fideiussione; difatti, “fideiussione e prelazione ben possono coesistere, atteggiandosi a strumenti di tutela aventi finalità diverse, recuperatoria la prima, acquisitiva la seconda”¹⁶⁵. Tuttavia, essendo l'interesse protetto dalla norma che concede la preferenza non tanto quello di beneficiare di un eventuale effetto speculativo derivante da una differenza d'importo tra la fideiussione escussa e il prezzo a cui ci si aggiudica l'immobile, ma piuttosto quello di realizzare il programma contrattuale già posto in essere, nel caso in cui l'acquirente, attraverso l'esercizio della prelazione, abbia ottenuto il vantaggio sopra descritto, il legislatore, ritenendolo non giustificato, ha disposto, al fine di evitare che l'azione combinata della fideiussione e della prelazione possa implicare un qualche ingiusto arricchimento in favore dell'acquirente, che la differenza, se ed in quanto esistente, debba essere restituita al fideiussore¹⁶⁶.

11. L'introduzione dell'art. 72-bis L.F.: l'escussione della garanzia e lo scioglimento del contratto (segue)

Art. 11 – Introduzione dell'articolo 72-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267

1. Dopo l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e' 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

¹⁶⁴PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 5; FRAULINI, *op. cit.*, 14.

¹⁶⁵PETRELLI, *op. cit.*, 117.

¹⁶⁶Salvo revisione della stessa eccedenza da restituire nel caso in cui l'immobile non abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore.

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.».

Il previgente assetto mutuato dall'art. 72 del citato regio decreto prevedeva che, nell'ipotesi di fallimento del venditore o promittente venditore, fosse attribuita al curatore, ove l'effetto traslativo della proprietà non avesse ancora avuto luogo, la facoltà di subentrare nel contratto ovvero di sciogliersi dal medesimo, senza che al promissario acquirente venisse riconosciuta alcuna possibilità di autonoma determinazione della propria volontà.

In attuazione della prescrizione dell'art. 3, lett. b), della legge delega, l'articolo in commento, introdotto dal decreto dopo l'art. 72 L.F., muta la situazione valorizzando la posizione del promissario acquirente al quale viene attribuita, in caso di fallimento del venditore, derogando ad uno dei principi cardine della disciplina dei rapporti pendenti, la facoltà di provocare lo scioglimento del contratto con l'escussione della fideiussione posta a garanzia delle somme versate in anticipo. L'escussione della fideiussione, in altre parole, produce quindi l'effetto di sciogliere il contratto a condizione però che tale iniziativa del promissario acquirente sia più sollecita rispetto a quella del curatore che comunica la sua scelta di dare esecuzione al contratto.

Il legislatore, inoltre, nell'ultimo inciso dell'articolo esaminando, aggiunge che la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato la propria volontà di dare esecuzione al contratto pendente, per il principio per cui nessuno dei contraenti può svincolarsi unilateralmente dal contratto liberamente concluso¹⁶⁷. Ad ogni modo non dovrebbe ricorrere, nel caso di scelta del curatore per la prosecuzione del contratto, alcun pregiudizio per gli interessi del promissario acquirente, il quale realizza comunque il conseguimento della proprietà dell'immobile attraverso la stipulazione del contratto definitivo di compravendita con la curatela¹⁶⁸.

L'escussione della fideiussione “deve essere effettuata, a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi, con richiesta scritta inviata al fideiussore a mezzo di

¹⁶⁷SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato : commento sistematico*, 2007, Cedam, 232.

¹⁶⁸FRAULINI, *op. cit.*, 16.

raccomandata con avviso di ricevimento, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme ed il valore di ogni altro corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso. Dalla documentazione deve risultare anche la situazione di crisi, che condiziona l'esercizio del diritto dell'acquirente. All'escussione si deve accompagnare anche la comunicazione che l'acquirente deve darne al curatore¹⁶⁹. In tale ipotesi il potere del curatore può essere, dunque, paralizzato da una preventiva scelta del promissario acquirente circa l'escussione della garanzia fideiussoria¹⁷⁰.

Secondo parte della dottrina¹⁷¹ la norma porrebbe in competizione “di velocità” il curatore e il promissario acquirente: “se il curatore è così veloce da dichiarare per primo di voler subentrare nel contratto, il contraente non può più escutere la garanzia per la restituzione delle somme che ha anticipato e deve aspettare i tempi di completamento dell'opera da parte del curatore, o di colui che ha acquistato l'azienda del fallito dal fallimento. Se, invece, è più veloce il contraente nella sua decisione [...], il curatore si trova di fronte ad un contratto che si è sciolto per volontà dell'altra parte, e non per sua scelta di convenienza, inoltre subisce l'insinuazione al passivo dell'impresa assicurativa o della banca che avevano rilasciato la fideiussione a garanzia delle somme anticipate alla firma del preliminare, vedendo dilatarsi il passivo concorsuale della procedura. In ogni caso la normativa non rende più allettante e conveniente per la procedura la scelta di sciogliersi dal contratto, come in passato”.

L'art. 72-*bis* L.F. non ha portata generale¹⁷², non trova rilievo nella generalità dei rapporti negoziali, bensì nei soli casi in cui si tratti di contratti relativi ad immobili da costruire¹⁷³; normalmente il contraente *in bonis* non si può sciogliere dal contratto preliminare¹⁷⁴. La limitata operatività del precetto si desume e, anzitutto, dal tenore della rubrica del medesimo e, in secondo luogo, dal fatto che esso faccia esplicito riferimento alla escussione della fideiussione la quale, a sua volta, per essere rilasciata, richiede che

169SCHIANO DI PEPE, *op. loc. cit.*

170JORIO, FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare : r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lgs. 5/2006)*, 2007, Zanichelli, 38; SCHIANO DI PEPE, *op. loc. cit.*

171PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008, Giuffrè, 464.

172MASCARELLO, *op. cit.*, 304; CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 105.

173V. *supra* I.II.5, I.II.6.1.

174SCHIANO DI PEPE, *op. loc. cit.*; MASCARELLO, *op. loc. cit.*

si tratti di contratti e soggetti identificati definiti come da d.lgs 122/2005¹⁷⁵.

Si deve ritenere, inoltre, che la disciplina si debba estendere alla generalità delle procedure concorsuali e agli organi che svolgono veci analoghe a quelle della curatela¹⁷⁶. Ancora, il contraente *in bonis* ha la possibilità di provocare lo scioglimento del contratto anche in presenza di continuazione *ex lege* del rapporto, e da ciò si desume che l'art. 72-*bis* L.F. dovrà operare anche in ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa, salvo che il curatore dopo la sospensione dal medesimo richiama (art. 104 L.F.) non dichiari di subentrare nel rapporto prima dell'escussione della garanzia¹⁷⁷.

12. Gli interventi legislativi modificativi dell'art. 72-*bis* L.F.

Sul testo dell'art. 72-*bis* L.F. ha avuto una certa incidenza, seppur poco rilevante sul piano sostanziale¹⁷⁸, il d.lgs. 5/2006, prevedendo l'impossibilità per il curatore di optare per lo scioglimento del contratto nell'ipotesi in cui la cosa venduta sia già passata in proprietà dell'acquirente, e ribadendo il beneficio del privilegio relativamente alle somme anticipate¹⁷⁹, in palese ridondanza coll'art. 72 L.F., ultimo comma¹⁸⁰.

Con il d.lgs. 169/2007 l'art. 72-*bis* assume nuovamente il contenuto sostanziale che aveva in origine¹⁸¹, alla data della sua introduzione ad opera del d.lgs. 122/2005: vengono soppressi il comma 2, “come si è visto meramente ripetitivo di quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 72 in materia di privilegio del promissario acquirente”¹⁸², nonché il primo comma, inerente all'effetto traslativo quale fatto ostativo alla scelta di sciogliere il contratto da parte del curatore, riferimento che viene riversato nell'ultimo e nuovo inciso del primo comma dell'art. 72¹⁸³.

Art. 72-bis – Contratti relativi ad immobili da costruire

175V. *supra* I.II.5.

176CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 106.

177BERTACCHINI, GUALANDI, PACCHI, SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2007, Giuffrè, 249.

178“Senza peraltro introdurre alcunché di realmente innovativo”, PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 5.

179V. *supra* I.II.2.

180Si fa riferimento al testo in vigore all'epoca, v. *infra* I.III.3.

181PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2007, 15.

182PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 6.

183V. *infra* I.III.3.

I. 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.

Art. 72-bis¹⁸⁴ – Fallimento del venditore e contratti relativi ad immobili da costruire

I. In caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore, il contratto non si scioglie.

II. Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile e il curatore, a norma dell'articolo 72, 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. All'acquirente spetta il 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 della dichiarazione di fallimento.

III. 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 ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto.

Art. 72-bis¹⁸⁵ – Contratti relativi ad immobili da costruire

I. 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,

¹⁸⁴Articolo sostituito dall'art. 58 del d.lgs 9 gennaio 2006, n. 5, pubblicato in Gazz. Uff. n. 12 del 16 gennaio 2006.

¹⁸⁵Articolo modificato dall'art. 4 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pubblicato in Gazz. Uff. n. 241 del 16 ottobre 2007, con effetto dal 1 gennaio 2008. La modifica si applica ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data del 1 gennaio 2008, nonché alle procedure concorsuali e di concordato aperte successivamente.

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.

III CAPITOLO

TUTELA REALE PER IL CASO DI IMMOBILI ULTIMATI

1. Un isolato principio di tutela reale, la sentenza 12505 del 2004 delle S.U. della Corte di Cassazione

Un accenno di tutela reale *ante litteram*¹⁸⁶ – pur avente effetti circoscritti al ricorrere di precise e non comuni condizioni – pareva *de facto* introdotto per effetto della sentenza 12505 del 2004 delle S.U. della Corte di Cassazione, una pronuncia giurisprudenziale vertente sull'annosa questione relativa all'efficacia della domanda volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre trascritta in data anteriore alla sentenza di fallimento.

Ricostruendo analiticamente e in modo sintetico la vicenda, Tizio e Caio si promettono vicendevolmente, con preliminare non trascritto, di permutare l'uno l'area edificatoria di sua proprietà e l'altro una delle palazzine che egli stesso andrà a erigere in detta area (con opportuno conguaglio in danaro): trattasi della fattispecie permuta di cosa presente con cosa futura. Tizio, adempiuto il proprio obbligo di trasferimento della proprietà dell'area, conviene in giudizio con Caio a causa della reticenza di quest'ultimo nel tener fede ai propri impegni, col precipuo scopo di ottenere pronuncia giurisprudenziale in accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*; detta domanda viene accolta e debitamente trascritta. Nel frattempo interviene il fallimento del costruttore e la curatela impugna la sentenza dichiarando di volersi sciogliere dal contratto ai sensi dell'art. 72 L.F.¹⁸⁷; il gravame viene rigettato spiegando che, in caso di permuta, “la facoltà di scelta accordata al curatore possa essere esercitata [...] soltanto

¹⁸⁶Comunque accolta non da tutti con entusiasmo: è tiepido LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, 2005, Giappichelli, 4, quando afferma che “sebbene sia apprezzabile per le finalità di tutela del promissario acquirente non sembra tuttavia condivisibile sul piano tecnico-giuridico”, e ancora più critico ROCCHIO, *op. cit.*, 1465, il quale sostiene che la Cassazione non è riuscita ad “accorgersi dei risultati paradossali cui si perviene se si accede alla tesi sostenuta dalla sentenza”.

¹⁸⁷Si osservi che trattasi della versione *ante* riforma dell'articolo in questione. E al medesimo si farà riferimento nel corso di questo paragrafo.

se nessuno dei beni oggetto di scambio sia passato in proprietà dall'un contraente all'altro"¹⁸⁸. La curatela insiste portando la questione al giudizio di legittimità sostenendo la falsa applicazione dell'art. 72 L.F., supportando tale affermazione con svariate argomentazione e forte dell'orientamento precedentemente espresso dalla prevalente giurisprudenza¹⁸⁹. “La questione è rimessa alla decisione delle Sezioni Unite che, sul punto, sanciscono 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. [...] La Corte giunge alla enunciazione del principio di diritto ora indicato [...] sulla scorta di numerosi snodi argomentativi; essi attengono [...] non solo ai profili di inquadramento giuridico delle fattispecie contrattuali della permuta e del preliminare, nella particolare veste di preliminare ad effetti anticipati, ma anche ai rapporti tra il regime pubblicitario della domanda giudiziale di adempimento del contratto preliminare e la dichiarazione di fallimento del promittente permutante (o alienante)”¹⁹⁰.

Il ragionamento delle Sezioni unite principia dalla disamina dell'art. 72 L.F., deputato a disciplinare la sorte del contratto di vendita e rileva come, nel caso di specie della permuta, che per sua natura presenta una congenita promiscuità, una commistione, tra il ruolo dell'acquirente e quello del venditore, non è possibile applicare una norma, quale è il comma 4 dell'art. 72 L.F., che nella sua specialità presuppone e richiede per essere applicata una ben netta distinzione tra le parti del contratto, bensì occorre riferirsi alla prescrizione generale contenuta nel medesimo articolo al comma 1; pacifico, difatti, il diritto della curatela di optare per lo scioglimento del contratto anche in caso di permuta, “per stabilire se il curatore possa sciogliersi dal contratto [...] bisogna giocoforza rapportarsi all'unico criterio, suscettibile di applicazione “generalizzata” [...], ossia quello della mancata o incompleta esecuzione dei patti negoziali”¹⁹¹.

Il percorso logico della Corte si muove, dunque, verso l'individuazione del momento in cui debba considerarsi per avvenuta l'esecuzione di un contratto preliminare ad effetti

188TIMPANO, *Effetti del fallimento sul contratto preliminare di permuta*, in *Contratti*, 2005, 2, 1, 121.

189PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 4.

190ROMANO, *op. cit.*, 361.

191ROLLERI, *Contratto preliminare di permuta e fallimento: limiti all'esercizio del diritto di scioglimento ex art. 72 legge fallimentare*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, 3, 741.

anticipati. Le Sezioni Unite si scostano da quello che per la giurisprudenza era un orientamento costante in materia¹⁹² approdando ad una soluzione - salutata da alcuni come “nuovo corso della giurisprudenza del Supremo Collegio”¹⁹³ - più conciliante con un altrettanto noto orientamento¹⁹⁴ che, sul presupposto dell'autonomia delle obbligazioni assunte col contratto preliminare e focalizzando l'attenzione sul “risultato finale e sostanziale” dell'operazione¹⁹⁵, osservando come l'impegno assunto col preliminare non si esaurisce nello scambio dei consensi richiesto per la stipula del definitivo, investe il preliminare del ruolo di fonte autonoma di obbligazioni, quali quelle del pagamento del prezzo e di consegna del bene, le quali, perciò, non trovano titolo nel successivo definitivo¹⁹⁶. La Corte afferma che “le conseguenze dell'esecuzione della prestazione, *ante* stipulazione del definitivo, non rappresentano un mero effetto “prodromico e anticipatore dell'assetto di interessi che, con riferimento all'effetto del passaggio di proprietà al compratore, può trovare attuazione solo nel definitivo”, ma, in linea con quanto argomentato dai contraddittori della tesi tradizionale, un “evento”, avente un ruolo ben preciso e definito, verificandosi il quale viene ad esistenza il criterio, che impedisce all'organo fallimentare di esercitare il diritto di scioglimento dal rapporto, sorto con il preliminare di permuta”¹⁹⁷.

Pur potendo considerare le argomentazioni addotte sino a questo punto dal ragionamento enucleato dalla Corte sufficienti a respingere le istanze del curatore, la motivazione della sentenza in commento giunge al suo “cuore” laddove la Corte medesima si sofferma ad analizzare con dovizia i rapporti tra gli effetti prenotativi della trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2652, n. 2 c.c.*, la dichiarazione di fallimento e il potere attribuito al curatore di sciogliersi dal contratto *ex art. 72 L.F.*¹⁹⁸.

192Cass., 9 settembre 1991, n. 9478, in *Foro it.*, 1991, 27; Cass., 3 novembre 1988, n. 5962, in *Foro it.*, 1988, 335; Cass., 21 giugno 1985, n. 3733, in *Foro it.*, 1985, 40.

193COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una svolta nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 352.

194Cass., 11 agosto 1982, n. 4562, *Foro it.*, 1982, 16; Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, *Foro it.*, 1981, I 177; Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669.

195ROLLERI, *op. cit.*, 744.

196ROCCHIO, *op. cit.*, 1457. Questione che, peraltro, il medesimo Autore accoglie con atteggiamento critico, sostenendo che se “le obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna del bene trovano titolo nel contratto preliminare, e non già nel contratto definitivo, significa letteralmente “svuotare” quest'ultimo fino a renderlo nudo atto traslativo a causa esterna, un atto cioè meramente esecutivo di un assetto di interessi altrove pattuito”. Per una trattazione della questione v. *supra* I.I.1.

197ROLLERI, *op. loc. cit.*

198TIMPANO, *op. cit.*, 131; ROCCHIO, *op. cit.*, 1461.

La Cassazione, sottopone a revisione critica quello che secondo alcuni appare come un “granitico orientamento giurisprudenziale”¹⁹⁹, per il quale la trascrizione della domanda, non seguita ex art. 2652, n.2, c.c. dalla trascrizione della sentenza, diretta a produrre gli effetti del contratto non concluso, non determina alcuna preclusione per l'organo del fallimento, posto che questa si verifica solo quando la detta sentenza sia passata in cosa giudicata e che, conseguentemente “in tali circostanze, il curatore è legittimato ad esercitare il diritto, attribuitogli dall'art. 72, comma 4, L.F.”²⁰⁰. Al contrario, la Corte, arriva a concludere che “l'avvenuta integrale esecuzione della prestazione dovuta dal soggetto *in bonis*, accompagnata dalla di lui tempestiva iniziativa processuale resa pubblica [...], non dà spazio al potere di scioglimento del curatore, che non potrà quindi avvalersi della relativa eccezione a fronte dell'altrui fondata domanda sì da renderla infondata”²⁰¹.

Si può osservare come “il ragionamento complessivo, allora, denota l'ampliamento della tutela del promissario acquirente, che, trascritta la domanda giudiziale di adempimento coattivo del contratto preliminare, non potrà più vedersi opporre la facoltà di scioglimento dal curatore e, di conseguenza, non potrà più venirsi a trovare nelle condizioni di dover insinuare al passivo della procedura fallimentare il credito alla restituzione del prezzo già versato, nella sua qualità di creditore privilegiato ex art. 2775-bis c.c.”²⁰².

Tuttavia, se alcuni²⁰³, limitandosi a constatare la portata innovativa del ragionamento (nonché apprezzando l'intento di difesa degli interessi degli acquirenti), hanno soprasseduto quanto al vaglio di alcuni passaggi argomentativi, soprattutto per quel che riguarda quello concernente il parallelismo tra art. 45 L.F. e art. 2915, comma 2, c.c., altri²⁰⁴, come accennato, si sono dimostrati piuttosto critici opinando circa l'effettiva bontà tecnico-giuridica della sentenza.

Ad ogni modo, occorre peraltro precisare che siffatto indirizzo giurisprudenziale non risulta essere confermato dalle successive pronunce, anche di legittimità, dal momento

199 *Ibidem*.

200 ROLLERI, *op. cit.*, 745

201 COLESANTI, *op. cit.*, 353.

202 ROMANO, *op. cit.*, 366

203 COLESANTI, *op. cit.*, 329 e ss.

204 ROCCHIO, *op. cit.*, 1457 e ss.; LUMINOSO, *op. loc. cit.*

che svariate sentenze²⁰⁵ di epoca più recente, statuiscono che, “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 c.c. ed abbia, inoltre, trascritto la domanda stessa, resta impregiudicata per il curatore – ai sensi dell'art. 72 L.F. – la facoltà di dare esecuzione al contratto oppure di provocarne lo scioglimento, ciò almeno [...] fino al passaggio in giudicato della sentenza *ex art.* 2932 c.c. con il conseguente trasferimento della proprietà del bene”²⁰⁶.

L'intento della Corte, in definitiva, riconoscendo alla tempestiva trascrizione della domanda il potere non solo di rendere la successiva sentenza opponibile al fallimento, ma anche di paralizzare l'iniziativa di scioglimento del curatore, appare senza dubbio privilegiare l'aspetto che riguarda la tutela del promissario acquirente, ed in questa sede l'analisi troverà in ciò la propria conclusione, rimandando alle fonti in nota per una esaustiva panoramica dei commenti alla sentenza in esame.

2. Il compimento del programma contrattuale: la disciplina generale dei rapporti pendenti in caso di fallimento. Gli interventi legislativi modificativi dell'art. 72 L.F.

Al fine di facilitare la comprensione della trattazione si propone la comparazione, riportata al termine del paragrafo, la quale riproduce il testo dell'articolo *de quo* come di volta in volta modificato²⁰⁷.

Nell'esaminare la disciplina generale dei rapporti pendenti²⁰⁸ in caso di fallimento, può forse risultare di una qualche utilità, sul piano interpretativo, prendere le mosse

205Tra tutte, a titolo di esempio, si citano Cass., 1°marzo 2007, n. 4888, in *Fallimento*, 2007, 722 e Cass., 18 maggio 2005, n. 10436.

206PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 4

207BENASSI, *Legge Fallimentare*, in <http://www.ilcaso.it/fallimenti/lfa72bis.php>.

208D'altra parte, però, si condivide quanto si legge in SANZO, *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, 2009, Zanichelli, 1: “Si utilizza l'espressione “tipizzata” dal legislatore, anche se è convincimento comune che la locuzione “effetti del fallimento sui rapporti pendenti” sia, oggi, decisamente riduttiva: tanto, alla stregua della constatazione che, nella nuova disciplina, sono diversi i casi in cui, a dispetto di una dichiarazione di fallimento, le norme di cui agli artt. 72 ss. potrebbero non trovare applicazione, ad esempio per l'attuazione dell'esercizio provvisorio, ovvero in presenza di un preesistente affitto di azienda. Per tale ragione molti preferiscono parlare di effetti della “cessazione dell'attività di impresa in conseguenza dell'apertura di una procedura concorsuale”, ovvero di effetti della “disgregazione del patrimonio aziendale”.

dall'originaria struttura dell'art. 72 L.F. nel testo anteriore alla riforma varata col d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che in rubrica titolava “vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti” e dei cui quattro commi tre disciplinavano gli effetti del fallimento del compratore con riguardo ad un contratto di vendita “ineseguito o non compiutamente eseguito”, il rimanente, invece, regolava l'ipotesi del fallimento del venditore. E' agevole ricostruire sinteticamente la struttura di detta previsione:

- in caso di fallimento del compratore, il curatore avrebbe potuto scegliere tra esecuzione e scioglimento subordinatamente al fatto che, alla data della dichiarazione di fallimento, la vendita fosse ancora ineseguita o non compiutamente eseguita da entrambe le parti;
- in caso di fallimento del venditore, il curatore avrebbe potuto scegliere tra esecuzione e scioglimento subordinatamente al fatto che, al momento della dichiarazione di fallimento, la cosa venduta non fosse divenuta di proprietà del compratore, non rilevando, in caso contrario, l'avvenuto pagamento, anche parziale, del corrispettivo negoziato.

In sostanza, comunque, il contenuto precettivo della norma si sostanziava in un diritto potestativo del curatore avente ad oggetto, alternativamente, la scelta di cessare il rapporto e sciogliersi dal contratto stipulato dal fallito (con l'ulteriore previsione che, nelle more, il contratto fosse automaticamente sospeso nella sua esecuzione), con l'attribuzione al contraente *in bonis* la sola possibilità di sollecitare l'esercizio del diritto di scelta del curatore, richiedendo al giudice delegato di assegnarvi, a tal fine, un termine.

Un quinto comma ebbe origine quale conseguenza della introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645-*bis*, relativo alla trascrizione del preliminare²⁰⁹.

Quanto ai rapporti pendenti, la legge delega medesima del provvedimento che successivamente sarebbe diventato il cardine della riforma delle procedure concorsuali, il d.lgs 5/2006, si presentava alquanto scarna: la sola indicazione verso cui veniva indirizzato il delegato legislatore concerneva unicamente l'ampliamento del termine entro cui il curatore avrebbe dovuto esercitare la scelta tra lo scioglimento e il subingresso nel contratto.

²⁰⁹V. *supra* I.II.2.

Si può affermare che, comunque, il d.lgs 5/2006 sia andato certamente oltre gli spunti offerti dalla delega, mirando a stabilire nel riformato art. 72 L.F. un paradigma normativo valido e applicabile a tutti i rapporti contrattuali²¹⁰.

Le intenzioni sottese alla norma – se non altro quelle – sono state protagoniste di un profondo mutamento nel testo riformato: per effetto del d.lgs 5/2006, chiaramente ispirato, come risulta dalla lettura della citata legge delega (e come sopra accennato), a finalità di trasformazione della disposizione in oggetto, l'art. 72 L.F. non riguarda più il solo contratto di vendita, ma viene ricondotto alla generalità dei rapporti pendenti e destinato a regolare gli effetti del fallimento su qualunque genere di contratto ineseguito; in altre parole è stata costituita una regola generale accanto a cui, comunque, la riforma continua però a prevedere una specifica disciplina per alcuni contratti tipici. Tuttavia, tanto fervore rivoluzionario, non ha avuto il coraggio di spingersi oltre una rilettura piuttosto cauta della previgente struttura normativa, la quale, sostanzialmente, è stata riprodotta, *mutatis mutandis*, pressoché pedissequamente, con la sola soppressione del comma 4 e con la semplice eliminazione di ogni riferimento alla vendita.

Il curatore, in assenza di integrale esecuzione della prestazione da parte di entrambi i contraenti²¹¹, rimane titolare della facoltà di scegliere tra prosecuzione del rapporto contrattuale e scioglimento, previa autorizzazione del comitato dei creditori.

Alcuni²¹² ritengono che “siffatta cautela – probabilmente frutto di un doveroso tributo ad un testo normativo obiettivamente chiaro – forse non ha giovato alla nuova norma, che ha finito con l'essere fortemente influenzata, nella sua struttura di base, da richiami a principi tipici della vendita²¹³, o comunque, dei contratti consensuali ad effetto traslativo immediato, con inevitabile difficoltà di adattamento a svolgere le funzioni di norma generale nella materia degli effetti del fallimento”.

Dal punto di vista di quella che potrebbe definirsi l'architettura della norma in senso stretto, comunque, va d'altra parte osservato che “il d.lgs 5/2006 ha anche introdotto importati novità strutturali nella norma [...], tutte peraltro destinate a costituire nuove regole generali del sistema dei rapporti tra fallimento e contratti pendenti: ci si riferisce,

²¹⁰MASCARELLO, *op. cit.*, 289.

²¹¹La realizzazione dell'effetto traslativo della proprietà, dunque, continuerà ad avere efficacia ostativa all'esercizio della facoltà di scioglimento in parola, salvo il diritto di ottenere il pagamento del prezzo.

²¹²SANZO, *op. cit.*, 7.

²¹³SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 227.

in particolare, alla previsione di sospensione automatica dell'esecuzione del contratto, alla espressa estensione delle previsioni normative in materia anche alla contrattazione preliminare – che, nel sistema anteriore, poteva considerarsi far parte del c.d. diritto vivente – alla disciplina delle clausole di scioglimento automatico. Tutte disposizioni, queste, certamente concepite con la finalità di disciplinare contratti non solo di vendita²¹⁴.

In conclusione, però, se ne deriva che arbitro delle sorti del contratto è il solo curatore, il quale impone la propria scelta all'acquirente²¹⁵ o promissario acquirente, mentre a quest'ultimo non è riconosciuta alcuna possibilità di autonoma determinazione. Nella dottrina v'è stato, difatti, chi ha individuato la *ratio* della legge nella valorizzazione del ruolo di iniziativa del curatore, al fine di farne il *dominus* della procedura, specie con riferimento alle scelte di merito quanto ai rapporti pendenti, pur subordinatamente all'autorizzazione del comitato dei creditori²¹⁶.

E' facile intuire che, per questioni di mera convenienza economica²¹⁷, il curatore sarà sovente spinto a muoversi in direzione dello scioglimento dal contratto, in modo tale da assorbire il bene in modo definitivo all'interno della massa fallimentare e destinarlo al soddisfacimento concorsuale dei creditori, in legittimo danno all'interesse dell'acquirente, il quale vedrà irrimediabilmente svanire la possibilità di conseguire la

214SANZO, *op. loc. cit.*

215Nel caso di compravendita immobiliare.

216MASCARELLO, *op. cit.*, 291. Col preciso intento di ridurre l'intervento di merito nelle scelte di gestione all'interno della procedura del giudice delegato, l'autorizzazione che questi avrebbe dovuto concedere è stata sostituita – dalla legge di riforma – coll'autorizzazione del comitato dei creditori, il quale acquista quindi “una nuova funzione di controllo e di vigilanza sull'operato del curatore”.

217Per la precisione – e si cita direttamente MASCARELLO, *op. loc. cit.* – l'esercizio della scelta “presuppone valutazioni in ordine alla convenienza economica del subingresso da effettuare in relazione alle possibilità e alle disponibilità dell'amministrazione concorsuale. E' infatti evidente che il subingresso nel contratto comporterà l'assunzione in capo al curatore di tutti gli obblighi derivanti dal contratto, nessuno escluso [...]. Sotto il profilo economico il curatore avrà un indubbio interesse a subentrare nel rapporto contrattuale in varie ipotesi che possono profilarsi e cioè, ad esempio, se gran parte della prestazione a carico del fallito sia già stata eseguita o se la controprestazione da ricevere abbia un presumibile significativo valore di realizzo per l'amministrazione fallimentare o se essa sia comunque utile per la valorizzazione del patrimonio acquisito dal fallimento”. Tuttavia, in polemica con la devoluzione al comitato dei creditori del potere di autorizzazione, lo stesso autore continua sostenendo la non adeguatezza della decisione in quanto la scelta di “subingresso in un contratto non è infatti solo questione di valutazione di mezzi finanziari a disposizione dell'amministrazione fallimentare, ma comporta anche e soprattutto l'analisi attenta dell'assetto contrattuale e la valutazione delle contrapposte posizioni con riferimento a specifiche clausole che possono comportare conseguenze giuridiche ed economiche anche onerose e che solo un esperto del diritto può individuare ed apprezzare nella loro concreta portata”.

proprietà del bene in questione e che, nel contempo, maturerà nei confronti del fallito un credito²¹⁸ corrispondente agli anticipi versati²¹⁹.

Ancora, l'espressa previsione, contenuta nel riformato comma 3 dell'art. 72, come segue al d.lgs 5/2006, dell'applicabilità della regola generale anche al contratto preliminare, altro non fa che ribadire quanto già costituiva oggetto di riconoscimento giurisprudenziale: anche precedentemente all'introduzione del menzionato comma nel testo dell'art. 72, e “in difetto di un espresso riferimento normativo alla fattispecie del contratto preliminare, non si dubitava del fatto che il curatore fallimentare potesse avvalersi della facoltà di scioglimento del rapporto negoziale regolata dall'art. 72 L.F. anche nell'ipotesi di contratto preliminare, laddove, a fronte della generale necessità che il rapporto giuridico non fosse stato eseguito da entrambe le parti, la giurisprudenza univocamente individuava detta reciproca inesecuzione dell'obbligazione principale che sorge dal contratto preliminare [...] nella mancata stipulazione del contratto definitivo, ovvero nella mancata pronuncia di sentenza *ex art. 2932 c.c.* avente efficacia di giudicato”²²⁰.

Al d.lgs. 5/2006 è succeduto il d.lgs. 169/2007 (c.d. decreto correttivo) il quale ha introdotto novità non secondarie nella struttura della disposizione in esame; per una parte esse appaiono improntate sulla finalità di completare il quadro degli effetti del fallimento sui contratti in generale, tuttavia, per altra parte, esse in realtà non risultano particolarmente utili a dirimere quelle difficoltà sul fronte interpretativo che già erano state sollevate *supra* e che sono relative alla possibile riconduzione della norma nell'alveo delle disposizione tipiche della vendita, acquisendo rilevanza siffatta incertezza nel momento in cui occorre determinare l'ambito di applicabilità della previsione.

Ad ogni modo, parrebbe²²¹ che il provvedimento suddetto, intervenendo incisivamente sul testo degli artt. 72 e 72-bis L.F., offra “una tutela compiuta delle ragioni del promissario acquirente (quantomeno dell'acquirente persona fisica in relazione

218Tale credito potrà essere soddisfatto attraverso l'escussione della fideiussione, senza necessità di insinuazione al passivo fallimentare; v. *supra* I.II.12.

219CARARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 103.

220SICOLONE, *Effetti del fallimento sul contratto preliminare di compravendita: fattispecie peculiari*, SANZO, *op. cit.*, 62.

221PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 6.

all'immobile da adibire ad abitazione principale)”. Con il c.d. decreto correttivo avviene quello che da parte della dottrina viene definito come “il completamento del disegno riformatore del 2005”²²², e ancora alcuni²²³ sostengono che la novella esplicitamente rafforza la tutela dell'acquirente sul mercato immobiliare, in particolare coloro che hanno investito il risparmio nell'abitazione principale ovvero, per il preliminare abbiano versato congrui acconti.

Per un verso, difatti, si conferma la soluzione per cui la facoltà di scelta del curatore quanto allo scioglimento del contratto non può trovare esercizio nei contratti a effetti reali, qualora già abbia avuto luogo il trasferimento del diritto; si tratta di una traccia che ricalca quella già presente nell'art. 74, comma 4, L.F. (*ante* riforma) ed è finalizzata a chiarire l'ambito operativo della disciplina dei contratti pendenti²²⁴.

In secondo luogo, viene precisato che lo scioglimento del contratto apre la possibilità, certamente, al contraente *in bonis*, di far valere il proprio credito per il mancato adempimento nel passivo fallimentare, ma che, tuttavia, il risarcimento del danno che può essere preteso con la domanda di insinuazione “deve risalire genericamente ad un fatto anteriore al fallimento”²²⁵.

Parallelamente a queste modifiche, rispettivamente nel testo del primo comma e del quarto comma dell'art. 72 L.F., avviene la correzione – pur solo formale – del testo del settimo comma in tema di privilegio²²⁶, nonché l'inserimento di un (ultimo) comma che rappresenta una reale ed assai rilevante novità – che a prima lettura potrebbe sfuggire attesa la formulazione in termini negativi della disposizione – al fine, così si legge nella Relazione Illustrativa “di accrescere ai sensi dell'art. 47 Cost. la tutela del promissario acquirente di immobile destinato a casa di abitazione”²²⁷. La disposizione esclude l'operatività del primo comma sul contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c. avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di parenti e affini entro il terzo grado.

Art. 72 – Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti

222FERRO (a cura di), *La legge fallimentare – commentario*, 2008, Wolters Kluwer, 137

223DE ANGELIS, *Un lifting sulle revocatorie*, AA.VV., *La riforma del fallimento*, 2007, Giuffrè, 83.

224INIZIARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 310

225JORIO, FABIANI, *op. cit.*, 147.

226PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 7

227Ibidem.

I. Se un contratto di vendita è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando il compratore è dichiarato fallito, il venditore ha diritto a compiere la sua prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo.

II. Se egli non intende valersi di tale diritto, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con la autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare in luogo del fallito nel contratto assumendone tutti gli obblighi relativi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

III. Il venditore può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore ad otto giorni, decorso il quale il contratto s'intende sciolto.

IV. In caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore, il contratto non si scioglie. Se la cosa venduta non è passata in proprietà del compratore, il curatore ha la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto. In caso di scioglimento del contratto il compratore ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

Art. 72²²⁸ – Rapporti pendenti

I. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

II. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende *sciolto.*

III. La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'articolo 72-bis.

IV. In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito

228Articolo sostituito dall'art. 58 del d.lgs 9 gennaio 2006, n. 5, pubblicato in Gazz. Uff. n. 12 del 16 gennaio 2006.

conseguente al mancato adempimento.

V. 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; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V.

VI. Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

VII. Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 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'articolo 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.

Art. 72²²⁹ – Rapporti pendenti

I. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

II. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

III. La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare

229 Articolo modificato dall'art. 4 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pubblicato in Gazz. Uff. n. 241 del 16 ottobre 2007, con effetto dal 1 gennaio 2008.

salvo quanto previsto nell'articolo 72-bis.

IV. In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

V. 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; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V.

VI. Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

VII. In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, 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'articolo 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.

VIII. 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.

3. La tutela reale nella riforma per gli immobili ad uso abitativo: art. 72 L.F. ultimo comma

Come accennato nel precedente paragrafo, trattasi di disposizione che trova la propria ragion d'essere nel Dettato Costituzionale che all'art. 47, comma 2, sancisce, quale valore fondante dell'ordinamento, la tutela del risparmio, in particolare, quando esso è rivolto all'acquisizione della proprietà dell'abitazione.

Si è cercato di costituire un regime di protezione del promissario acquirente che

conciliasse e una certa effettività della tutela del diritto alla casa e le aspettative della rimanente parte di creditori del fallito²³⁰.

La disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 72, così modificato dal c.d. decreto correttivo del 2007, determina l'esclusione dal campo d'applicazione del primo comma²³¹ del medesimo articolo del “contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 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”²³².

Il primo comma, a sua volta, prevede che i contratti pendenti soggiacciano – secondo, appunto, la regola generale – alla scelta del curatore circa lo scioglimento ovvero il subentro e che, comunque, essi vengano sospesi in attesa della decisione di cui sopra (che pure può essere indotta dalla parte *in bonis* per mezzo della messa in mora del curatore).

Ne segue che il promissario acquirente, il cui preliminare soddisfaccia le condizioni di cui all'articolo, mantiene integro, non ostante il fallimento dell'altra parte, il diritto ad ottenere l'esecuzione del preliminare e, in definitiva, ad acquisire la disponibilità materiale e giuridica del bene. I principi di diritto fallimentare che sorreggono siffatta fase della procedura vengono a capovolgersi prevedendo l'unico caso in cui la sorte del rapporto è rimessa esclusivamente non al curatore bensì a parte diversa. “Il fallimento viene a trovarsi, quale parte del rapporto, nella stessa posizione del fallito, con particolare riferimento all'obbligo di adempiere all'obbligo di procurare il trasferimento della proprietà”²³³.

Analizzando la componente lessicale della disposizione, si evince che l'applicabilità della stessa si ha nel solo caso in cui, *in primis*, si tratti di un contratto preliminare di vendita trascritto, e quindi opponibile al fallimento, *in secundis*, che siffatto contratto abbia ad oggetto un immobile “ad uso abitativo” – che, dunque, abbia ottenuto il rilascio

230JORIO, FABIANI, *op. cit.*, 28

231PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 7, si chiede come mai l'esclusione sia relativa al solo primo comma, “giacché tutti i commi successivi presuppongono l'applicabilità del primo”.

232GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2008, Giappichelli, 124, nota come, pur in assenza di esplicito richiamo per ciò che riguarda la stipulazione del contratto al giusto prezzo, “l'esclusione della facoltà di scioglimento del curatore si deve [...] considerare subordinata alla circostanza che il preliminare sia stato stipulato al giusto prezzo”.

233*Ibidem*

del certificato di abitabilità e che quindi, di conseguenza, risulti almeno pressoché ultimato – destinato – e tale destinazione deve risultare da esplicita e formale determinazione manifestata nel preliminare stesso ovvero, in alternativa, deve risultare già attuata al momento del fallimento²³⁴ – a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di un componente del suo nucleo familiare; il riferimento al nucleo familiare²³⁵, come determinato dal legislatore secondo criteri squisitamente politici²³⁶, presuppone che l'acquirente risulti essere necessariamente una persona fisica²³⁷.

Da una lettura comparata dell'art. 72 L.F., ultimo comma, il quale si riferisce agli immobili ad uso abitativo, e dell'art. 72-bis L.F., il quale, invece, si pone nell'ambito degli immobili da costruire, emerge, anzitutto, la necessità di distinguere in modo chiaro l'ambito di operatività di ciascheduno, anche tenendo conto del fatto che il perseguimento e la finalizzazione del programma contrattuale appare quantomeno irrealizzabile, per una procedura concorsuale, in relazione ad immobili che non siano già ultimati o la cui ultimazione non appaia sufficientemente prossima; in altre parole, “il discrimine può ritenersi dato dalla sussistenza dei presupposti per il rilascio del certificato di abitabilità, secondo il limite oggettivo-temporale offerto dal d.lgs 122/2005, di cui l'art. 72-bis L.F. è espressione”²³⁸.

Vi è stato chi, nella combinazione delle due disposizioni, ha scorto un risultato “stravagante”²³⁹, altri, più diplomaticamente, hanno sostenuto che “dal complesso degli interventi legislativi di cui si è fatta menzione, emerge, dunque, un nuovo “sistema complesso” di esercizio da parte del curatore fallimentare della facoltà di scioglimento dal contratto preliminare, in base al quale, [...] detta facoltà può risultare esclusa o limitata”²⁴⁰.

E' evidente la motivazione che ha condotto la dottrina a tali conclusioni, infatti, se è pur vero che la facoltà di scelta del curatore sembra esclusa per i preliminari relativi ad immobile ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o

234 *Ibidem*

235 In molti hanno notato che, irragionevolmente, non sussista alcun riferimento al coniuge.

236 GUALANDI, *Le “esenzioni” dalla revocatoria: l'art. 67, comma 3, lett. C. I “fallimenti immobiliari” e le operazioni di credito speciale*, in *Il diritto fallimentare*, 2006, I, 649

237 PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 8; GUALANDI, *op. loc. cit.*

238 PETRUCCO TOFFOLO, *op. loc. cit.*

239 JORIO, FABIANI, *op. loc. cit.*

240 SICOLONE, *op. cit.*, 64.

di suoi parenti ed affini entro il terzo grado²⁴¹, il preliminare pur trascritto²⁴², che non abbia ad oggetto l'acquisto di un'immobile destinato a divenire abitazione principale dei soggetti di cui sopra, rimane disciplinato dalla regola generale²⁴³; egualmente non si applica l'ultimo comma dell'art. 72 a tutti quei contratti aventi per oggetto immobili da costruire, sebbene da destinare ad uso abitativo.

Tali considerazioni hanno lasciato affiorare, in parte della dottrina²⁴⁴, svariati dubbi quanto alla legittimità costituzionale del provvedimento in esame, volto ad offrire una tutela differenziata a determinate categorie di soggetti (i sottoscrittori di preliminari aventi ad oggetto immobili destinati all'abitazione principale) che, per quanto detto sopra, appare “decisamente ingiustificata”²⁴⁵, in quanto la restrizione della facoltà di scelta in capo al curatore, comparata con il principio generale di cui all'art. 72 L.F., può condurre ad individuare una possibile “lesione del principio di eguaglianza [...] in potenziale violazione dell'art. 3 Cost.”²⁴⁶ rispetto alla generalità degli altri acquirenti di immobili da costruire.

Si viene a costruire un impianto normativo che, nell'ipotesi di promissario acquirente persona fisica sottoscrittore contratto preliminare il cui oggetto è una casa di abitazione, può venire anzitutto distinto in una duplice casistica relativa, rispettivamente, all'ambito di immobili da costruire e a quello di immobili ultimati.

Riassumendo quanto esposto nei paragrafi e nei capitoli precedenti, quanto agli immobili da costruire, devono ritenersi operanti le tutele offerte dal d.lgs. 122/2005 nonché dall'art. 72-bis L.F., in particolare la garanzia fideiussoria e la prelazione. Il curatore rimane titolare del potere di sciogliere il contratto qualora non lo ritenesse economicamente conveniente per la procedura; si noti che, comunque, tale potere dovrà essere esercitato entro un determinato termine (non superiore a sessanta giorni)

241GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 125, sostiene che una pretesa reale del contraente *in bonis* si deve considerare “acquisita anche in caso di trascrizione, anteriore al fallimento, della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare, sempreché ovviamente la domanda – da riassumersi nei confronti del fallimento secondo il rito speciale dell'accertamento dei diritti reali – risulti fondata.

242La trascrizione, in tale caso, darà fondamento al solo privilegio speciale sul credito alla restituzione degli acconti corrisposti, come ampiamente trattato *supra* I.II.2.

243GUGLIELMUCCI, *op. loc. cit.*

244FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 229

245JORIO, FABIANI, *op. loc. cit.*

246FERRO, *op. cit.*, 148

nell'eventualità che il contraente *in bonis* si sia avvalso della possibilità di mettere in mora il curatore, richiedendo formalmente che quest'ultimo prenda la sua decisione. L'esercizio della facoltà di sciogliere il contratto effettuato dal curatore non precluderà al contraente *in bonis* la possibilità di escutere la fideiussione sottoscritta a garanzia delle somme versate. Inoltre, a sua volta l'acquirente può determinare lo scioglimento del contratto escutendo la fideiussione prestata a garanzia, a condizione che il curatore non abbia già comunicato la propria volontà di subentrare nel rapporto contrattuale.

Quando, invece, trattasi di immobili ultimati (ovvero in fase di ultimazione), l'ultimo comma art. 72 L.F. prevede, in seguito alle ultime modifiche, che il promissario acquirente, sempre che sia stato debitamente trascritto il preliminare, abbia il diritto di pretendere la conclusione del contratto definitivo²⁴⁷; in assenza di una volontà in tal senso, assume importanza determinante la scelta del curatore, il quale, se interessato all'esecuzione, potrà tempestivamente dare comunicazione di ciò al promissario acquirente, precludendogli la possibilità di escutere la garanzia e vincolandolo agli impegni contrattuali. Altra ipotesi ancora è quella in cui neppure il curatore è interessato alla realizzazione del programma contrattuale e la comune volontà delle parti si manifesterà in una risoluzione consensuale, espressa o tacita, del rapporto²⁴⁸.

Si noti comunque che gli effetti dell'eventuale garanzia fideiussoria permangono anche dopo che l'immobile abbia visto l'ultimazione, con “un effetto di tutela che pare decisamente di favore per l'acquirente, che potrebbe scegliere tra il recesso *ad nutum* che di fatto si realizza con l'escussione della fideiussione e l'esecuzione del contratto, mentre facoltà di scelta non è riconosciuta al curatore; ciò in quanto espressamente l'art. 3 comma 7 del d.lgs n. 122 del 2005 prevede che gli effetti della fideiussione cessano con il trasferimento della proprietà”²⁴⁹. Naturalmente si può argomentare in senso contrario ritenendo necessaria una interpretazione del sopravvenuto comma ultimo dell'art. 72 L.F. per cui si debba escludere la possibilità di escussione della garanzia qualora l'immobile risulti già ultimato, situazione in cui le parti, in ossequio al dettato normativo, sarebbero tenute (salvo, ovviamente, risoluzione consensuale²⁵⁰)

²⁴⁷Ed in tal caso, precisa PETRUCCO TOFFOLO, *op. loc. cit.*, si dovrà tenere conto degli acconti pagati, anche se, in genere, già usufruiti dall'impresa in epoca prefallimentare.

²⁴⁸PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 9

²⁴⁹*Ibidem.*

²⁵⁰*Ibidem.*

all'esecuzione del contratto.

Si conclude il ventaglio delle possibilità commentando la sorte di quei rapporti in cui non ricorrano le condizioni soggettive ed oggettive di applicabilità di alcuna delle discipline sopraccitate; trattasi, ad esempio, degli acquisti da parte di persone giuridiche, ovvero dei casi di mancato rilascio della fideiussione o, ancora, di mancata trascrizione del preliminare, fattispecie in cui è la tutela offerta dall'art. 72 L.F., settimo comma, relativa alla natura privilegiata del credito, a doversi chiamare in causa. Tuttavia vi è chi osserva²⁵¹ che, se nel primo caso, sopra enunciato come esempio, essa è sostanzialmente inutile per un verso – potendo l'acquirente beneficiare della fideiussione, mezzo più efficace – nel secondo caso essa è, per altro verso, altrettanto inutile, giacché la prosecuzione del rapporto esclude che se ne verifichi il presupposto, cioè lo scioglimento del preliminare come esercizio del potere *ex art. 72*, primo comma.

²⁵¹*Ibidem*.

**PARTE SECONDA – UNA TUTELA “CONSERVATIVA: IL RISCHIO
DELL'ASSOGGETTABILITA' A REVOCATORIA FALLIMENTARE**

I CAPITOLO

LA REVOCATORIA FALLIMENTARE E IL SISTEMA DELLE ESENZIONI

1. Cenni e filosofia sulla revocatoria fallimentare

Pur trattandosi di approfondimento collaterale rispetto al tema centrale trattato nel presente lavoro, si reputa opportuno – per ragioni di completezza e al fine di tracciare un quadro il più possibile autonomo che tenga conto delle varie implicazioni giuridiche – delineare i tratti salienti della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, e a ciò si procederà nel seguente capitolo.

Tema centrale nell'ambito delle procedure concorsuali è quello della reintegrazione della garanzia patrimoniale del fallito a beneficio della massa dei creditori.

Uno degli strumenti offerti dal legislatore per giungere a suddetto obiettivo è costituito, appunto, dall'azione revocatoria²⁵².

Per evitare turbamenti al mercato e all'economia, postulato dell'azione fallimentare, è indispensabile che i risvolti della crisi siano accettati in qualche modo dalla totalità dei creditori in maniera proporzionale. E' necessario, in altre parole, che le conseguenze dell'insolvenza vengano spalmate sul ceto creditorio equamente, disincentivando condotte, per così dire, furbesche che mirino all'acquisizione di una posizione avvantaggiata a scapito del resto dei creditori. E' notorio, difatti, che il debitore, trovatosi in difficoltà, nel tentativo – talora vano – di porvi rimedio, si prodighi al fine di compiere una serie di atti dispositivi sul proprio patrimonio contando (o sperando) di ricavarne quella liquidità necessaria alla estinzione dei debiti scaduti e sufficiente a premettere la sopravvivenza dell'impresa stessa. Ma è altrettanto risaputo che chi ha fretta di vendere si espone all'assenza di scrupoli di taluni individui terzi – e, senza buonismi, non si reputa circostanza assai rara – i quali potrebbero approfittare della situazione negoziando atti dispositivi antieconomici per l'imprenditore in difficoltà

²⁵²In questa sede ci si occuperà della revocatoria fallimentare.

ovvero ottenere il soddisfacimento in via preferenziale dei propri crediti²⁵³.

E' questo assioma che ha costituito e tutt'oggi costituisce il fondamento della revocatoria fallimentare²⁵⁴; il bene giuridico di fondo tutelato è la *par conditio creditorum* e siffatta affermazione è sostenuta, oltre che da parte della dottrina²⁵⁵, anche da una giurisprudenza piuttosto uniforme, per la quale il pregiudizio *in re ipsa* consiste nella lesione alla *par conditio* intesa (impropriamente) come violazione delle regole sulla collocazione dei crediti²⁵⁶, lesione inevitabilmente provocata dall'atto revocato²⁵⁷. La *par conditio* deve, perciò, essere interpretata non solo come “parità di trattamento in sede di riparto, ma, soprattutto, come ripristino dell'uguaglianza che è stata violata prima del fallimento e, dunque, fenomeno espressivo di garanzia di quella simmetrica proporzione nel soffrire le conseguenze del dissesto del comune debitore, in nome del principio di uguaglianza e solidarietà”²⁵⁸.

Su tale tessuto normativo e giurisprudenziale si innesta la riforma, la quale, con

253RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare : profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, 2006, Cedam, 649.

254CAMPANI, *La riforma del diritto fallimentare*, 2008, Jovene, 72

255In dottrina si sono contrapposti due diversi fronti interpretativi e l'oggetto della controversia consisteva nella necessità o no che, ai fini della astratta revocabilità dell'atto, sia configurabile l'*eventus damni*, non inteso come lesione alla *par conditio*, quanto piuttosto come lesione del patrimonio dell'impresa. La prima tesi, c.d. indennitaria, accentua il parallelo tra revocatoria ordinaria (o *actio pauliana*) e revocatoria fallimentare, presupponendone analoga natura e fondamento, considerando impliciti nello stato di insolvenza ovvero ridotti a presunzioni taluni requisiti propri della prima fattispecie: l'*eventus damni* e il *consilium fraudis* permangono quali elementi costitutivi dell'azione e, di conseguenza, deve sussistere una lesione del patrimonio in senso quantitativo ovvero qualitativo, come diminuzione effettiva o potenziale della sua consistenza e stabilità. L'opposta teoria, c.d. redistributiva, rilevando che la finalità della revocatoria non è tanto quella di colpire un atto *uti singuli* in ragione del danno che ha comportato, in quanto siffatto danno potrebbe anche essere assente nel caso concreto. La finalità dell'azione viene individuata, invece, nella ripartizione paritaria del danno conseguente all'insolvenza su di una massa di creditori la più ampia possibile, coinvolgendo anche coloro che, prima del fallimento e consapevoli dello stato di decozione dell'imprenditore, hanno non ostante ciò ottenuto da quest'ultimo la prestazione soddisfacente. Si noti comunque che, tale impostazione, non si traduce in diritto positivo in una concezione antindenitaria pura, poiché risulta pur sempre subordinata la revocabilità alla prova che il curatore riesca a offrire della *scientia decotionis* in capo al terzo. FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 718 ss.; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali : dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, 2008, UTET giuridica, 126.

256GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 150

257Per tutte, Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 151, la quale riafferma il principio secondo cui “nell'azione revocatoria ordinaria il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore consiste nella insufficienza dei beni del debitore ad offrire la garanzia patrimoniale, mentre nell'azione revocatoria fallimentare il carattere pregiudizievole dell'atto può consistere nella lesione della *par conditio creditorum*, ossia nella violazione delle regole sulla collocazione dei crediti”.

258CAIAFA, *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, 2009, UTET giuridica, 272 e, analogamente, LIMITONE, *Le Sezioni Unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2007, 1, 8.

l'emanazione del d.l. n. 35 del 2005 (e successivo decreto correttivo), va a incidere profondamente sull'istituto della revocatoria fallimentare, mettendo in atto una revisione sistematica della stessa. La dottrina ancora si divide circa la portata delle conseguenze di quanto la novella introduce: alcuni²⁵⁹ si sono mostrati decisamente poco entusiasti delle scelte del legislatore, rilevando come questi si sia rivelato rinunciatario ad assumere una posizione nitida e univoca sulla natura e sulla funzione dell'istituto della revocatoria²⁶⁰. Altri sostengono, invece, che la riforma abbia comunque lasciato inalterato il principio sotteso all'azione revocatoria fallimentare, e cioè quello della proporzionale redistribuzione delle conseguenze dell'insolvenza verso tutti i creditori, dal momento che “la riforma ha certamente attenuato le conseguenze più estreme, e perciò più inique, dell'azione revocatoria così come concepita, come azione che serve per ricondurre tutti i creditori allo stesso livello, per distribuire proporzionalmente ai creditori le conseguenze della crisi fallimentare”²⁶¹.

L'atto oggetto di revocatoria, per essere questa accolta, deve essere caratterizzato dall'astratta idoneità a pregiudicare i creditori e “il danno inteso come pregiudizio in concreto non è richiesto per l'azione revocatoria fallimentare perché proponibile quando il debitore non è più *in bonis* ed il suo patrimonio secondo l'*id quod plerumque accidit* non è più sufficiente; e si considera non fosse sufficiente nemmeno al momento del compimento dell'atto in quanto posto in essere nel periodo sospetto legale. Perciò il presupposto del danno non è compreso fra i presupposti dell'azione revocatoria”²⁶².

“La ragione di essere dell'azione in esame non è quella di ricostruire la garanzia patrimoniale, dove il pregiudizio, l'*eventus damni*, è assolutamente sullo sfondo, sostituito dalla violazione della *par condicio creditorum*. L'elemento veramente centrale è la violazione della proporzionalità, la violazione della parità della posizione dei

259CAIAFA, *op. cit.*, 273, rileva in nota che non solo tra gli appartenenti alla dottrina ha avuto luogo la disputa tanto che “si è assistito ad una vera e propria frattura tra gli stessi componenti [della Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge di delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi], divisi tra i sostenitori del caratteri distributivo dell'azione revocatoria, e quelli che, aderendo alla teoria indennitaria, sostenevano la necessità di circoscrivere l'impianto revocatorio ai soli atti che avessero arrecato pregiudizio al patrimonio del debitore e alle ragioni dei creditori, al fine di garantire una maggiore stabilità agli atti commerciali”.

260PANZANI, *La riforma organica dell'procedure concorsuali*, 2008, Ipsoa, 257; ZANICHELLI, *op. cit.*, 128; FORTUNATO, *op. cit.*, 721.

261CAMPIONI, *op. cit.*, 72

262GUGLIELMUCCI, *op. loc. cit.*

creditori [...]. Quello che probabilmente è modificato rispetto all'azione revocatoria fallimentare di un tempo, sono alcune conseguenze un po' perniciose, portate alle estreme conseguenze dall'azione revocatoria fallimentare, concepita come azione a tutela della *par condicio creditorum*, [...] rispetto alle quali l'ordinamento ha in qualche modo voluto porre rimedio con delle attenuazioni, senza però modificare la *ratio* di fondo di questa azione”²⁶³.

Chiudendo qui l'esposizione delle argomentazioni, per così dire, filosofiche, e passando a trattare un versante più tecnico, si constata anzitutto che legittimato ad intraprendere l'azione revocatoria fallimentare è il curatore e la competenza a conoscere dell'azione spetta al tribunale fallimentare *ex art. 24 L.F.*, trattandosi di controversia che trova la propria origine nel fallimento. Il diritto ad agire decade entro tre anni dalla data della dichiarazione del fallimento e comunque non può essere proposta azione contro atti decorsi cinque anni dal compimento degli stessi.

La revoca non incide sulla validità dell'atto *inter partes* e “non implica, quindi, rtrasferimento al patrimonio del debitore dei beni e diritti acquistati dal terzo, ma solo la loro soggezione all'azione esecutiva dei creditori del dante causa”²⁶⁴.

A condizione che essi siano avvenuti nel c.d. periodo sospetto legale, di volta in volta indicato dalla singola norma, gli atti revocabili sono, anzitutto, quelli connotati, *ex comma 1 art. 67 L.F.*, salvo prova contraria della *inscientia decotionis*, da una connaturata componente di anormalità²⁶⁵, e, ancora, sono revocabili anche quegli atti c.d. normali²⁶⁶, di cui al comma 2 del medesimo articolo, se il curatore prova la sussistenza della *scientia decotionis*.

Con la riforma si è assistito alla dimidiazione²⁶⁷ del periodo sospetto legale da due anni

²⁶³CAMPIANI, *op. cit.*, 78

²⁶⁴GUGLIELMUCCI, *op. cit.* 166

²⁶⁵Atti a titolo oneroso a prestazioni sproporzionate, atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti propri non contestuali all'insorgere del debito, i pagamenti con “mezzi anormali”.

²⁶⁶Pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, atti a titolo oneroso e atti costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati.

²⁶⁷BIANCA, *Insolvenza, fallimento e revocatoria fallimentare: una triangolazione sempre più difficile*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 138, nota che siffatta decurtazione dei termini potrebbe portare ad una difficile conciliazione della disciplina con quella stabilita per l'istruttoria fallimentare: il rischio sarebbe quello di una “sovrapposizione [tra periodo di istruttoria e periodo sospetto] che, di fatto, potrebbe vanificare la stessa possibilità di esercizio dell'azione revocatoria per quegli atti che risultino compiuti poco prima se non durante l'istruttoria, quando cioè lo stato di insolvenza era ormai ben evidente”. A simile conclusione è pervenuto anche ZANICHELLI, *op. cit.*, 129.

ad un anno per le ipotesi contenute nell'art. 67 L.F., comma 1, n. 1, 2 e 3 e da un anno a sei mesi per la fattispecie contenuta nel n. 4 e per le ipotesi contenute nel comma 2, e nell'intento – pur secondario – di allineare il nostro orientamento a quello di altri paesi europei²⁶⁸ e nell'intento di opporsi “ad un uso disinvolto dello strumento revocatorio”²⁶⁹. Gli atti fra coniugi sono revocabili se avvenuti nel periodo in cui il coniuge esercitava l'impresa e la conoscenza dello stato di insolvenza è sempre presunta a causa del rapporto di naturale complicità che si reputa sussistere tra i due coniugi.

2. Il sistema delle esenzioni e la *ratio* della scelta legislativa

Con la riforma operata dal d.l. 35/2005, il legislatore è intervenuto in modo massiccio e dirompente sulla effettiva incidenza delle azioni revocatorie nelle procedure concorsuali²⁷⁰; la massima espressività²⁷¹ delle finalità sottese a detto provvedimento risiede nella previsione di ben sette nuove ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria fallimentare²⁷².

Siffatto straordinario allargamento del ventaglio delle ipotesi di esenzione, prima limitate agli atti e alle garanzie posti in essere dall'istituto di emissione e dagli istituti autorizzati a compiere operazioni di credito su pegno e credito fondiario, oltre che a quelli individuati da alcune leggi speciali²⁷³, soprattutto a causa del metodo seguito dal legislatore, è divenuto bersaglio di aspre critiche e vi è stato chi ha scritto che il provvedimento presenta “una assai discutibile tecnica legislativa, caratterizzata da incoerenze sistematiche, imbarazzanti imprecisioni linguistiche, e dalla dichiarata volontà di importare da altri sistemi concorsuali frammenti di disciplina, in realtà assunti selettivamente, ed incoerentemente rispetto al disegno sistematico di fondo” e che “le ragioni dell'intervento sono state in realtà determinate da fortissime pressioni lobbistiche”²⁷⁴, a tal punto che risulta quantomeno arduo ricomporre una *ratio* unitaria e

268CAMPIONI, *op. cit.* 73; ZANICHELLI, *op. loc. cit.*

269GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 150.

270ZANICHELLI, *op. cit.*, 130.

271CAIAFA, *op. cit.*, 275.

272Sono state mantenute le esenzioni previste o richiamate dall'art. 67 ultimo comma.

273Quali l'esenzione per il pagamento di imposte scadute.

274GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 163

precisa. Su quest'ultimo punto, comunque, concorda praticamente all'unisono tutta la dottrina, la cui polemica risulta però più pacata rispetto a quella sopraccitata. Risulta evidente, ad una prima lettura delle norme, difatti, la notevole variabilità di ragioni ispiratrici delle diverse fattispecie, al punto che non è facile trovare un filo conduttore tra le varie categorie di atti esenti²⁷⁵.

Risulta comune l'asserzione per cui le nuove norme sarebbero espressione e complessivamente sostenute dai principi che pure sorreggono “la nuova concezione della revocatoria che [...] appare destinata [...] a fungere da *discrimen* tra gli imprenditori che scelgono di gestire la fase prefallimentare con atti non consentiti e gli imprenditori che, all'opposto, scelgono di non aggravare il proprio dissesto in una prospettiva tesa alla conservazione del valore oggettivo dell'impresa”²⁷⁶; si tratterebbe, quindi, una visione tale da riconoscere nelle nuove ipotesi di esenzione un trattamento di favore fondato da esigenze di tipo equitativo, mirate a agevolare il salvataggio dei valori aziendali dell'impresa, e a proteggere, al contempo, i fornitori nonché a garantire la non incidenza retroattiva dell'azione su comportamenti rientranti nel normale svolgimento dei rapporti economici e finanziari, in modo da salvaguardare quella continuità di fattori produttivi e finanziari che possa permettere di conseguire la conservazione o il risanamento dell'impresa medesima²⁷⁷.

Altra parte della dottrina²⁷⁸ è più scrupolosa nell'analisi della natura composita delle esigenze a cui risponde l'istituto dell'esenzione e sostiene che esse sono riconducibili, principalmente, alla volontà di ridimensionare la portata economica della revocatoria medesima, di evitare l'isolamento dell'imprenditore, di favorire l'accesso e l'esecuzione delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, di favorire determinate categorie di creditori in considerazione di una ritenuta particolare meritevolezza, ovvero in considerazione della funzione assolta nel mercato, di mantenere applicabili le disposizioni di esenzione dalla revocatoria previste dalle leggi speciali.

“Non essendo le previsioni di cui al comma 3 ispirate da una matrice funzionale unitaria, esterna al sistema revocatorio, e risultando altresì le stesse espressione di

275DIDONE, *Le riforme della legge fallimentare. I.*, 2009, UTET giuridica, 666; ZANICHELLI, *op. loc. cit.*; CAIAFA, *op. loc. cit.*; GALLETTI, *op. loc. cit.*

276CAIAFA, *op. loc. cit.*

277FORTUNATO, *op. cit.*, 721; ZANICHELLI, *op. loc. cit.*

278GUGLIELMUCCI, *op. cit.* 159 e ss.; DIDONE, *op. loc. cit.*

rationes tecniche, endogene all'apparato del diritto concorsuale, si comprende del resto come esse non possano aspirare a porsi come principi generali autonomi, ma non possano che trovare una collocazione in termini derogatori rispetto alla fattispecie generale, per motivi specifici²⁷⁹.

Il comma 3 art. 67 L.F. si configura, dunque, come una norma eccezionale, derogatrice di un principio di portata generale che, comunque, andrebbe interpretato in armonia cogli obiettivi perseguiti dalla riforma; “l'esenzione, costituendo un fatto impeditivo all'applicazione della revocatoria fallimentare ad ipotesi che altrimenti ricadrebbero sotto la previsione contenuta nell'art. 67, comma 2, L.F., si ritiene non vada oltre gli “atti” menzionati nella disposizione e costituisce una eccezione che va provata in giudizio dal convenuto in revocatoria e che, dunque, intende sottrarre l'atto o il negozio compiuto dalla dichiarazione di inefficacia²⁸⁰. E se si concorda sul punto relativo all'onere probatorio del convenuto, escludendo la possibilità che il giudice rilevi *ex officio* gli elementi che permetterebbero di rigettare una domanda revocatoria per carenza dei suoi fatti costitutivi, tuttavia alcuni contestano l'affermazione che conduce a una applicabilità ridotta della esenzione ai soli casi previsti dalla norma senza estenderne la portata anche ad altre figure di inefficacia²⁸¹.

Altra questione controversa relativa all'ambito applicativo riguarda il rapporto che sussiste tra esenzioni e revocatoria ordinaria. Pure il decreto correttivo ha ommesso di precisare se il sistema delle esenzioni si intenda riferito alla sola revocatoria fallimentare a anche a quella ordinaria. L'incertezza permane e la dottrina, naturalmente, si divide tra chi propende per la prima alternativa²⁸² e chi invece reputa sia opportuna una applicazione che si estenda anche alla revocatoria ordinaria. Tra questi ultimi vi è chi sottolinea come “risulterebbe irrazionale una disciplina che assoggettasse gli atti *de quibus* ad una disciplina più severa al di fuori del fallimento, che a seguito della pronuncia della sentenza dichiarativa²⁸³ e chi, con efficace argomento che parrebbe

279GALLETTI, *op. cit.*, 172.

280CAIAFA, *op. cit.*, 276

281DIDONE, *op. cit.*, 667; GALLETTI, *op. cit.*, 173.

282AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali : dalla riforma organica al decreto correttivo*, 2008, Zanichelli, 111; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 2006, Cedam, 309; CAIAFA, *op. loc. cit.*.

283DIDONE, *op. cit.*, 669.

dirimere ogni controversia²⁸⁴, evidenza che “una interpretazione, fondata sul noto brocardo²⁸⁵ *ubi lex dixit*, che consideri assoggettabili a revocatoria ordinaria gli atti esentati da revocatoria fallimentare finirebbe con il far rientrare dalla finestra ciò che si è voluto far uscire dalla porta”, motivo per cui di volta in volta acquisirà rilevanza la *ratio* che soggiace alle singole ipotesi di esenzione.

284GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 161. Ma si confessa una certa parzialità affettiva nei confronti del testo: il primo manuale di fallimentare non si scorda mai.

285Anche se occorre rilevare – ma non ci si prenda troppo sul serio – che sull'importanza dei brocardi si è espressa una voce eminente quale quella di GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, 2007, Giuffrè, 89 ss.

II CAPITOLO

L'ESENZIONE DA REVOCATORIA PER LE VENDITE AL GIUSTO PREZZO DI IMMOBILI AD USO ABITATIVO

1. La sovrapposizione non sempre univoca di interventi legislativi ridondanti

Sono di epoca praticamente coeva due provvedimenti che trovano ispirazione in una matrice comune e si innestano – perlomeno nelle intenzioni – in quel filone di norme mirate a soddisfare una esigenza che pesantemente era avvertita da svariati decenni e che veniva via via acuendosi, vale a dire la necessità di porre al riparo di una solida tutela l'acquirente di immobili ad uso abitativo a fronte delle infauste vicende finanziarie ed economiche che potrebbero colpire il venditore dei medesimi.

Trattasi di norme che istituiscono la possibilità di esenzione da revocatoria per gli acquisti di immobili destinati all'uso abitativo sotto determinate condizioni.

L'esigenza all'abitazione è una esigenza primaria che risponde a criteri di tutela sociale in quanto “è capitato di frequente che gli acquirenti di immobili acquistati a prezzo del sacrificio dei risparmi di una vita siano stati privati del medesimo (o, il che è lo stesso, lo abbiano sostanzialmente dovuto riacquistare in esito ad una transazione con la curatela) dopo averlo rogitato pochi mesi prima del fallimento, magari “al rustico”, perché l'impresa, che pure aveva ricevuto sostanziosi acconti, non era in grado di portare a termine i lavori”²⁸⁶. Detta esigenza personale o familiare, che trova i suoi risvolti in ambito sociale, si ammette possa prevalere sugli interessi della massa dei creditori²⁸⁷.

Si reputa però maggiormente adeguato parlare di intenzioni poiché, sebbene la *ratio*

²⁸⁶ZANICHELLI, *op. cit.*, 138.

²⁸⁷Per ricollegarsi a quanto trattato *supra* II.I.1 vi è chi nota un cambiamento di tendenza rispetto al clima precedente poiché “implicitamente si riconosce che l'atto potrebbe non avere intaccato la cosiddetta garanzia patrimoniale generica, per il semplicissimo motivo che il prezzo pagato dall'acquirente non è stato dilapidato, ma è stato reinvestito nell'impresa, oppure utilizzato per effettuare pagamenti”. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, 2006, Cedam, 41.

delle leggi appaia improntata alla tutela di quella particolare forma di risparmio privato costituita dall'investimento nella casa di abitazione, il che – tra l'altro – imprimerebbe alla stessa una efficacia tesa alla tutela di un valore costituzionalmente rilevante, fugando i dubbi sulla eventuale logica privilegiata della deroga alla generale applicazione del sistema revocatorio²⁸⁸, in diversi hanno polemizzato sottolineando come tale intento – appunto – sembri frustrato dalla formulazione della disciplina in commento, grossolana e approssimativa²⁸⁹ nel perseguimento di detto obiettivo, in ragione del fatto che risultano egualmente tutelati “anche gli acquisti di immobili di ingente o ingentissimo valore, anche gli acquisti di immobili che non costituiscano “prima casa” (né la seconda, o la terza...) dell'acquirente, anche gli acquisti caratterizzati da una componente speculativa, anche gli acquisti non effettuati da un imprenditore edile o comunque operante nel settore immobiliare, ma da qualsiasi soggetto, comunque sottoposto, in concreto, a fallimento”²⁹⁰ o, ancora, vi è chi nota che “l'esonero non si applica al caso dell'imprenditore che venda la sua casa a terzi che intendano abitare in essa. Quindi in questo caso la *ratio* dell'esonero non è la tutela del diritto all'abitazione – che dovrebbe essere tutelato in tutte le ipotesi di acquisti di immobili per uso abitativo – ma la protezione di una particolare attività di impresa”²⁹¹.

I provvedimenti di cui si sta trattando sono l'art. 67, comma 3, lett. c) come introdotto dal d.l. 35/2005 e l'art. 10 d.lgs. 122/2005 i quali, come accennato, vengono promulgati nell'arco di un ridottissimo spazio temporale senza che l'introduzione della seconda disposizione abbia comportato l'espressa abrogazione della prima tanto che “dovrebbe darsi per scontato che le stesse regolino due ipotesi diverse e non si sovrappongano”²⁹². Tuttavia pur evidenziando una chiara similitudine, e non vi è dubbio che abbiano molti elementi in comune (a maggior ragione in seguito al c.d. decreto correttivo del 2007), i testi denotano alcune differenze che pongono l'interprete che volesse razionalizzare il sistema dinanzi a certe difficoltà dovute principalmente alla giustapposizione non coordinata dei provvedimenti, al punto che “è lecito domandarsi se non fosse il caso di

288CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 96

289DIDONE, *op. cit.*, 693.

290BONFATTI, CENSONI *Manuale di diritto fallimentare*, 2009, Cedam, 227. Quanto all'art. 67, comma 3, lett. c) L.F.; similmente GUALANDI, *op. cit.*, 649.

291BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, 2009, Il Mulino, 142. Quanto all'art. 10 d.lgs. 122/2005.

292ZANICHELLI, *op. cit.*, 140.

unificare le due revocatorie in un unico istituto, ma forse anche questa è una conseguenza di una tumultuosa e approssimativa stagione riformatrice²⁹³. Ad ogni modo, “l'identità del fenomeno che si è inteso disciplinare impone di interpretare le due discipline considerandole in stretta correlazione: e, in particolare, di utilizzare le previsioni più circostanziate dell'una per integrare le disposizioni che risultassero più generiche dell'altra²⁹⁴”.

Art. 67, comma 3, L.F. – Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie

[...]

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

[...]

a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività nei termini d'uso;

[...]

c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti²⁹⁵ 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;

[...]

Art. 10 d.lgs 122/2005 – Esenzioni e limiti alla esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare

1. 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

²⁹³*Ibidem.*

²⁹⁴BONFATTI, CENSONI, *op. cit.*, 231; nello stesso senso TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 2006, Cedam, 313 e CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 96.

²⁹⁵L'applicabilità della norma ai preliminari di vendita trascritti è frutto di una successiva modifica ad opera del decreto legislativo correttivo n. 169 del 2007. V. *infra* II.II.3.

1942, n. 267, e successive modificazioni.

2. 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.

Principiando dall'analisi del testo del comma 3, art. 67 L.F., lett. c), come formulato dal d.l. 35/2005, si ritiene anzitutto che la norma, facendo riferimento al “giusto prezzo”, si applichi alla sola revocatoria fallimentare, per la precisione l'ipotesi i cui presupposti sono elencati al comma 2 art. 67 L.F., poiché implicitamente ricomprende le sole ipotesi che non cagionano un danno diretto in pregiudizio dei creditori; rimane dunque esclusa, con l'esenzione, in nome delle questioni politiche e delle relative implicazioni sociali *supra* ricordate, la rilevanza del danno indiretto, vale a dire la sostituzione nella massa patrimoniale attiva di un bene che facilmente si presta ad essere aggredito con denaro, suscettibile perciò di essere occultato o disperso²⁹⁶.

In secundis, la norma si riferisce alle “vendite”, tuttavia la dottrina ritiene piuttosto uniformemente che la disposizione possa agilmente estendersi anche a qualunque altro atto a titolo oneroso che abbia l'attitudine a trasferire la proprietà dell'immobile ad uso abitativo (ad esempio una permuta), purché – si badi – si tratti di atto opponibile al fallimento secondo i crismi e le formalità pretesi dall'art. 45 L.F. che, nel caso di specie, sono rappresentati dalla trascrizione²⁹⁷.

Quanto all'ambito di applicazione della esenzione sembra che non si possa prescindere dalla qualità soggettiva di “persona fisica” riferibile all'acquirente, ciò in quanto non solo la *ratio* di ispirazione costituzionale *supra* spiegata non potrebbe presupporre altro, non essendo ravvisabile un interesse meritevole di siffatta tutela nell'interesse alla sede delle persone giuridiche²⁹⁸, ma anche il riferimento esplicito al nucleo familiare, pur con la singolare esclusione del coniuge²⁹⁹, risulta condurre inequivocabilmente verso la necessità della persona fisica quale acquirente, e, infine, concorde a questa

²⁹⁶GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 162; GUALANDI, *op. cit.*, 648.

²⁹⁷PAJARDI, *op. cit.*, 427 “Il tenore letterale della disposizione è frutto di quella discutibile e recente tecnica di redazione delle leggi che non adotta più termini tecnico-giuridici ma appare legata alla terminologia agevolativa in materia tributaria”; GUALANDI, *op. cit.*, 648 salvo “che non si voglia attribuire decisiva rilevanza al termine “prezzo”; BONFATTI, CENSONI, *op. cit.* 229.

²⁹⁸PAJARDI, *op. cit.*, 428.

²⁹⁹Come osservato da tutti i commentatori e, non ostante ciò, rimasto immutato.

interpretazione, appare altresì la previsione per cui l'acquisto, l'immobile, debba essere destinato – e pare sufficiente la destinazione – all'uso abitativo, deve in altre parole essere destinato a divenire l'abitazione principale dell'acquirente o di altro soggetto legittimato come da norma.

Considerando ora anche il secondo provvedimento che sopra è stato citato e la necessità circa una lettura congiunta con il primo proclamata all'unisono dalla dottrina, risalta soprattutto quanto all'ambito applicativo una palese divergenza tra il comma 3, art. 67 L.F. e l'art. 10, d.lgs 122/2005, difatti, quest'ultimo, mentre conferma che l'acquirente debba essere una persona fisica³⁰⁰, si riferisce non alla generalità degli atti dispositivi, ma soltanto a quelli aventi ad oggetto immobili da costruire³⁰¹, sicché, essendo la nozione contenuta nel primo, il medesimo conserva effettivamente un suo autonomo spazio operativo, mentre il secondo si pone nella condizione di norma speciale e quindi prevalente in caso di conflitto³⁰².

Ancora, deve trattarsi di contratto concluso con un “costruttore” come identificato dal d.lgs. 122/2005.

Anche i rispettivi obblighi di destinazione, come previsti dalle due norme e diversi quanto a enunciazione, parrebbero coincidere su un piano sostanziale, perlomeno più di quanto ad una prima lettura si potrebbe desumere, difatti, se è pur vero che nell'un caso si parla di immobile destinato a costituire “l'abitazione principale” mentre nell'altro caso viene citata la “residenza”, si può convenire che per la nozione di abitazione principale parrebbe logico rifarsi alla disciplina fiscale, e in particolare a quella abitazione in cui il soggetto “dimori abitualmente” (art. 10 e 13-bis T.U.I.R.). L'art. 67 L.F. non presuppone la residenza anagrafica che tuttavia, ai sensi dell'art. 43, comma 2, c.c., è esattamente quella in cui “la persona ha la dimora abituale”, chiudendo così il cerchio³⁰³. Si noti però che mentre nell'art. 67 L.F. non è previsto alcun termine quanto

300V. *supra* I.II.5.

301E, osserva ZANICHELLI, *op. cit.*, 140, “sul presupposto che l'effetto traslativo non si sia ancora verificato, sia perché una tutela così importante si giustifica solo con il rischio che l'acquirente non ottenga quello che è lo scopo finale del contratto, e cioè il trasferimento della proprietà, sia perché diversamente non dovrebbe essere rilasciata la fideiussione, che è il fulcro essenziale della tutela”.
Contra, SANTANGELI, *Osservazioni a prima lettura sui nuovi articoli 67 e 70 del r.d. 16-3-1942, n. 276 e sull'art. 10 d.p.r. 20.06.2005, n. 22*, in www.judicium.it.

302GUALANDI, *op. cit.*, 652.

303PAJARDI, *op. cit.*, 428; GUALANDI, *op. cit.*, 649. *Contra* TEDESCHI, *op. cit.*, 315, “[...] è sufficiente la residenza, concetto che non può coincidere con l'abitazione principale”, il quale, però,

alla determinazione della destinazione, lasciando aperti i dubbi sul fatto che essa possa risultare *de facto* o debba essere espressamente formalizzata, tali dubbi non sussistono quanto alla previsione dell'art. 10 del d.lgs 122/2005, essendo prescritto³⁰⁴ che la destinazione deve risultare da un intento esplicitato nell'atto³⁰⁵ e deve avvenire nei dodici mesi successivi alla data di acquisto dell'immobile da costruire o dalla ultimazione dello stesso³⁰⁶.

In conclusione si rammenta che il comma 2 dell'art. 10 dispone che non sono soggetti alla revocatoria i pagamenti dei premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione previsti nei precedenti articoli del decreto, purché effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso; “l'esenzione dalla revocatoria, che certamente non nuove, deve ritenersi già esistente in base all'art. 67 L.F., comma 3, lett a)”³⁰⁷.

2. La questione del giusto prezzo

E' pacifico che, comunque, entrambe le disposizioni prevedano che debba trattarsi di acquisto al “giusto prezzo”. E a questo punto si apre una ulteriore parentesi interpretativa, la quale verte principalmente sulla qualifica, in concreto, di questo “giusto prezzo”, la cui nozione appare piuttosto evanescente, nonché sul rapporto che sussiste tra quest'ultima e l'art. 67 L.F., comma 1.

In prima istanza, occorre segnalare che, ancora prima di scendere nella questione più squisitamente interpretativa, stante la opinabilità delle fonti di riferimento nella rilevazione dei dati, risulta non agevole stabilirsi cosa si debba intendere per “giusto prezzo”, anche se, a tal proposito, si propende per quello che è il prezzo di mercato corrente, il quale ovviamente non potrà assumere precisione al centesimo, bensì

non argomenta.

304E una simile prescrizione, secondo GUALANDI, *op. cit.*, 306, dovrebbe ricorrere anche nell'art. 67 L.F. al fine di evitare frodi o operazioni speculative.

305ZANICHELLI, *op. cit.*, 138.

306TEDESCHI, *op. loc. cit.*, afferma che “si potrà pensare al termine di dodici mesi dalla data dell'atto solo nell'ipotesi in cui, quando viene stipulato l'atto a titolo oneroso, l'immobile sia già quasi ultimato; altrimenti non si può pensare a tale decorrenza del termine”.

307Ibidem.

oscillerà entro una certa fascia economica³⁰⁸. Tuttavia “la mancanza di listini ed in generale la eterogeneità delle caratteristiche tipologiche delle singole abitazioni comporteranno sovente la necessità di disporre consulenze tecniche d'ufficio, salvo che l'acquisto sia accompagnato dalla redazione della stima di un esperto, e questa venga considerata sufficientemente attendibile”³⁰⁹. Inoltre, “l'espressione ha evidentemente una accezione ampia che comprende ogni prestazione, in danaro o in natura, che sia corrispettiva del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento”³¹⁰.

Il curatore, promuovendo l'azione, potrebbe fornire degli inizi che conducano a ipotizzare l'esistenza di un corrispettivo non giusto, rispetto ai quali la prova piena della “giustizia del prezzo” deve essere fornita dal convenuto il quale deve eccepire l'esistenza della esimente³¹¹.

A questo punto ci si chiede se, per escludere l'applicabilità dell'esenzione in parola, sia sufficiente una qualsivoglia sproporzione tra il prezzo pagato dall'acquirente ed il valore dell'immobile venduto, tale comunque da far rientrare l'atto tra quelli c.d. normali *ex art.* 67 L.F., comma 2, ovvero se sia necessario il superamento di un quarto, previsto per le ipotesi di cui al comma 1 del medesimo articolo, non rilevando a tal fine una sproporzione di misura inferiore.

La dottrina³¹² parrebbe muoversi in maggioranza verso l'interpretazione per cui, quello del giusto prezzo, risulta essere un ulteriore requisito che attiene all'equilibrio economico delle corrispettive prestazioni: “se l'acquisto è fatto al giusto prezzo, non vi può essere sproporzione tra le prestazioni corrispettive”³¹³. Il prezzo non giusto, dunque, potrebbe essere tale senza necessariamente superare la soglia di un quarto indicata nel comma 1; in altre parole la sproporzione, di qualsiasi misura essa consti, comporta inesorabilmente l'applicazione di un prezzo non giusto. In questi termini si configurerebbero tre scenari alternativi:

- i) il prezzo è giusto e l'atto potrebbe essere esente da revocatoria; la disposizione opera una non trascurabile innovazione stante il fatto che essa preclude

308PAJARDI, *op. cit.*, 427; CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 99; PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 11.

309BONFATTI, CENSONI, *op. cit.*, 228.

310CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. loc. cit.*.

311PAJARDI, *op. cit.*, 428.

312DIDONE, *op. cit.*, 685; PAJARDI, *op. loc. cit.*; BONFATTI, CENSONI, *op. loc. cit.*.

313CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. loc. cit.*.

l'esperibilità della revocatoria, a prescindere da qualsivoglia condizione psicologica dell'acquirente, il quale potrebbe anche essere a conoscenza dello stato di insolvenza;

- ii) il prezzo è sproporzionato in misura superiore al quarto quindi si presume la *scientia decotiois* (salvo prova contraria) e l'atto è revocabile se perfezionatosi nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento;
- iii) il prezzo è sproporzionato ma lo squilibrio non è tale da ricorrere all'ipotesi prevista dal comma 1 quindi si applica il comma 2 e l'atto è revocabile, purché perfezionatosi nei sei mesi precedenti la dichiarazione di fallimento, se il curatore prova la sussistenza della *scientia decotiois*.

In definitiva “l'esenzione di cui si tratta attiene a comportamenti che ricadrebbero nella previsione del comma 2 e quindi atti normali che sfuggono a revocatoria solo per motivi di carattere sociale e solo a condizione che non vi sia stato danno per l'impresa e quindi che il prezzo pagato non solo non sia inferiore al 75% del valore ma sia anche pari a quello effettivo del bene. E' agevole pronosticare che lo spazio per la revocatoria, una volta rispettato il limite del 75% del valore, non sarà molto in quanto non sarà difficile dimostrare che scostamenti percentuali fino al 10% sono solo il frutto delle normali trattative tra acquirente e venditore”³¹⁴.

Si rileva tuttavia una voce contraria³¹⁵. L'autore in questione sostiene, infatti, che dall'intento punitivo adottato nello scrivere il comma 1, mirato, nei suoi primi tre punti, a dissuadere da comportamenti scorretti, la cui sanzione risiederebbe, appunto, nel raddoppio del periodo sospetto legale, letto parallelamente al quarto punto del medesimo comma 1 e al comma 2³¹⁶, discende che il legislatore abbia inteso stabilire il livello sorpassato il quale la scorrettezza del convenuto in revocatoria diviene intollerabile; ha inteso stabilire, ribadisce l'autore, “il livello oltre il quale la sproporzione deve ritenersi ingiusta: la sproporzione oltre il quarto e il giusto prezzo

314 ZANICHELLI, *op. cit.*, 139.

315 TERRANOVA, *op. cit.*, 44 ss.

316 *Ibidem*. “La sproporzione tra prestazioni non viene presa in considerazione solo come indice rivelatore dello stato di insolvenza dell'acquirente. Se così non fosse, la lesione “oltre il quarto” dovrebbe comportare una semplice inversione dell'onere della prova, alla stessa stregua di quanto accade per le garanzie concesse per debiti scaduti e per le ipoteche giudiziali” (operazioni queste lecite, non scorrette, ma che lasciano presumere la conoscenza dello stato di insolvenza) “mentre essa implica un raddoppio del periodo sospetto e, quindi, acquista valenza sanzionatoria”.

non si riferiscono a realtà disomogenee, ma intendono risolvere, da due punti di vista contrapposti e speculari, lo stesso problema, cioè quello di non lasciare impunita una grave scorrettezza nei confronti del debitore”. Con tutta la modestia del caso, comunque, non si può omettere di osservare come risulti fumoso il sillogismo proposto per cui sussisterebbe sostanziale identità tra sproporzione scorretta e ingiustizia. L'ultima categoria, quella dell'ingiustizia, appare chiaramente ben più ampia.

Più convincente, lo stesso autore, quando, convenendo che si potrebbero non accogliere le argomentazioni esposte, richiamando un principio di coerenza sistematica, afferma che “il giudice, pur dichiarandosi libero dal criterio del quarto”, non potrebbe comunque dimenticare l'affinità dei problemi, con la conseguenza di non potersi accontentare – nel valutare se il corrispettivo pagato dall'acquirente dell'immobile è giusto – di un qualsivoglia scostamento dal prezzo minimo di mercato, ma di dover pretendere uno scostamento significativo da quella soglia, in modo da rispettare (anche se non lo condivide) lo spirito della riforma”.

Ad ogni modo, è opinione condivisa che il momento a cui si deve fare riferimento per valutare l'adeguatezza del corrispettivo, pur nell'assenza di una esplicita indicazione relativa all'atto oggetto di congruità, è quello in cui si è assistito all'incontro delle volontà, in altre parole quello della conclusione del contratto, ovvero del preliminare se stipulato, non rilevando, in siffatta ipotesi, la data di stipulazione del definitivo ed essendo l'accordo sul prezzo un elemento determinante nella formazione del primo.

2.1 Una prassi a fini... fiscali: la simulazione parziale del prezzo

Si ha simulazione, *ex art. 1414 c.c.*, quando i contraenti creano, con la propria dichiarazione di volontà, le sole parvenze esteriori di un determinato contratto, del quale però non vogliono gli effetti, ovvero creano le parvenze esteriori di un contratto diverso da quello voluto³¹⁷.

Per quel che qui ci interessa si andrà ad indagare la sola fattispecie di simulazione denominata “simulazione relativa parziale”. Aprendo una parentesi dai connotati

³¹⁷GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2004, Cedam, II, I, 427.

prettamente istituzionali, in detto caso la simulazione investe solo una clausola contrattuale, in modo che il contratto dissimulato sia (parzialmente) diverso per il suo contenuto; ad esempio, ed è questo il caso in esame, in una vendita può essere simulato il prezzo, il quale viene riportato nel contratto simulato di ammontare inferiore a quello reale (e le ragioni possono essere – presumibilmente – di natura fiscale, essendo l'imposta ragguagliabile al prezzo complessivo; ma possono anche essere di altra natura).

Trattasi però di figura controversa e il problema dell'opponibilità al curatore della simulazione del prezzo, da parte del convenuto in revocatoria, al fine di dimostrare che l'atto impugnato non presenta squilibrio tra prestazioni corrispettive, è stato un tema storicamente dibattuto almeno fino al 1977, quando la Cassazione³¹⁸ ha statuito principi che da allora non sono più stati messi in discussione, spostando l'attenzione – e il problema – sul dibattito che ruota tutt'attorno ai mezzi di prova e ai limiti della stessa³¹⁹. Si può intuire come non sia infrequente che il convenuto in revocatoria tenti di eccepire la simulazione del prezzo³²⁰, e cioè che il prezzo effettivamente pattuito e corrisposto non corrisponde a quello che risulta dall'atto, bensì ad un altro, più elevato ed in linea con quelli del mercato corrente. E da ciò deriva l'importanza che la questione continua ad assumere nelle aule dei tribunali, soprattutto alla luce delle oscillazioni della giurisprudenza, che talvolta ha statuito che “il patto di tenere celata una parte del prezzo non integra gli estremi della simulazione e non è sottoposto alla relativa disciplina, né per ciò che attiene ai requisiti di forma nelle vendite immobiliari, né per ciò che attiene alla prova; sicché il prezzo “effettivamente voluto” può non risultare da atto scritto e può essere provato con qualsiasi mezzo”³²¹.

Essendo categoricamente esclusa la prova per testimoni, a ciò ostando il divieto di cui all'art. 1417 c.c., secondo la giurisprudenza della Cassazione, condivisa dalla dottrina maggioritaria, è ammesso che la dimostrazione del prezzo reale possa essere fornita a

318Cass., 29 marzo 1977, n. 1216, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 291.

319RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare: profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, 2006, Cedam, 655.

320Prima della citata sentenza del 1977 era esclusa l'opponibilità della simulazione al curatore.

321GALGANO, *op. cit.*, 429, il quale – peraltro – si dissocia da siffatta tesi nonché dalla correlata idea di promuovere una “ricerca della effettiva volontà delle parti, al di là del testo letterale del contratto” affermando che il distinto patto riguardante il prezzo di vendita è valido solo a condizione che rispetti i requisiti di forma richiesti dall'art. 1414 c.c., comma 2, per il contratto dissimulato.

mezzo di una contro-scrittura avente data certa anteriore al fallimento³²².

Taluna dottrina³²³, invece, si è espressa affermando la ridotta portata dei limiti posti dalla legge alla prova della simulazione e ritenendo che “l'esibizione di contro-scritture, dotate di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, potrebbe non essere necessaria, qualora sussistano le condizioni previste dal numero 1) dell'art. 2724, c.c., e cioè quando si produce in giudizio un principio di prova per iscritto che – documentando il pagamento del maggior prezzo – renda verosimile la tesi della simulazione”. La stessa dottrina si lamenta del fatto che la giurisprudenza si sia “mostrata sorda a questo tipo di argomenti, forse perché ha preferito trincerarsi dietro un presunto ostacolo di carattere tecnico, anziché accertare, sulla base del proprio libero convincimento, se la frode esiste davvero, o è solo una apparenza, creata dalla furbesca ingenuità delle parti”.

La questione è, in particolare, quella di verificare se e fino a che punto possono essere utilizzati, con l'obiettivo di dimostrare la simulazione, assegni bancari emessi dal convenuto in revocatoria ed incassati, in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, dal fallito³²⁴. In altre parole il problema risiede non tanto sulla data certa, quanto, piuttosto, sulla possibilità di ricollegare il pagamento alla vendita oggetto di revocatoria, essendo l'assegno un titolo astratto e quindi privo di causale: “se si ammettesse la prova sul rapporto causale, in modo surrettizio, si otterrebbe la prova della simulazione proprio a mezzo dei testimoni perché solo attraverso la dichiarazione di costoro, che ricollegano il versamento del prezzo dell'assegno alla compravendita, è possibile affermare che il prezzo è simulato”³²⁵.

In conclusione, se in principio, il curatore è parte per le azioni o eccezioni che trova nel patrimonio del fallito e per le quali agisce come sostituto o rappresentante processuale, egli è terzo per le azioni che sorgono dal fallimento, come l'azione revocatoria, e per le quali agisce quale rappresentante della massa dei creditori. Dunque, come già detto, il compratore può eccepire la simulazione del prezzo al curatore che agisca in revocatoria di una vendita posta in essere dal fallito per un prezzo, come da contratto, che denota un

322ZANICHELLI, *op. cit.*, 139; GALGANO, *op. cit.*, 442.

323TERRANOVA, *op. cit.*, 42 ss.

324RAGO, *op. cit.*, 658.

325Ibidem.

certo squilibrio tra le prestazioni. La condizione che si pone è quella di doversi munire di una scrittura, con data certa anteriore al fallimento, dalla quale risulta il maggior prezzo effettivamente pattuito. Essendo il curatore sostituto processuale del fallito – e non terzo acquirente, cui la simulazione non è opponibile – la prova della simulazione è sottoposta al criterio disciplinante la prova fra le parti³²⁶.

3. Modifica dell'art. 67 co. 3 lett. c) L.F. come da d.lgs. 169/2007: l'estensione della previsione al contratto preliminare come conseguenza dell'ipotesi introdotta dall'ultimo comma art. 72 L.F.

Non era passato inosservato il fatto che la disciplina introdotta per il così detti fallimenti immobiliari avesse passato sotto silenzio il tema della eventuale assoggettabilità a revocatoria del contratto preliminare di vendita immobiliare. La dottrina, pressoché unanime, escludeva l'assoggettabilità del contratto preliminare all'azione revocatoria fallimentare, sul convincimento che non potesse trattarsi di atto avente natura dispositiva, atteso che esso non determina di per sé l'estromissione del bene dal patrimonio del debitore³²⁷. In altre parole, ben più efficacemente e con minor sforzo il curatore avrebbe potuto semplicemente scegliere di non subentrare nel preliminare, determinando lo scioglimento *ex art. 72 L.F.*, comma 1³²⁸.

A colmare la lacuna è intervenuto il decreto correttivo 169/2007 ancorché la delega (l. 228/2006) non lo prevedesse; in altre parole, dal punto di vista formale, ciò significa che il d.lgs 169/2007, sul tema dell'azione revocatoria, non trova copertura alcuna nella delega, nemmeno con riferimento alle clausole generali vertenti sulle disposizioni di coordinamento³²⁹.

Il provvedimento in parola ha espressamente previsto la possibilità di estendere

326GALGANO, *op. cit.*, 446. Tuttavia, è anche vero che il curatore, in virtù del suo ruolo di rappresentante della massa dei creditori, come terzo, ha il diritto di fornire la prova della simulazione senza limiti, nel momento in cui agisce per l'accertamento della simulazione di un contratto posto in essere dal fallito o per la dichiarazione di simulazione della quietanza relativa al pagamento del prezzo di una vendita al fine di recuperarlo al fallimento.

327PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 12

328ZANICHELLI, *op. cit.*, 139.

329JORIO, FABIANI, *op. cit.*, 35.

l'esenzione dall'azione revocatoria ai contratti preliminari di vendita³³⁰ trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. e i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma 3³³¹. Rimangono confermati i requisiti riferibili ai contratti di vendita di cui al testo riformato nel 2005, gli elementi soggettivi ed oggettivi richiesti per il contratto definitivo, e in particolare si tratta del giusto prezzo, della persona fisica che sia acquirente e della destinazione a costituire abitazione principale, senza che si rilevino interventi migliorativi degli stessi³³².

La portata della modifica risulta percepibile nel momento in cui la si legge alla luce del novello art. 72 L.F., ultimo comma³³³, introdotto egualmente dal d.lgs 169/2007, il quale sottrae alla scelta di cui al comma primo i contratti preliminari di vendita trascritti aventi a oggetto in immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale di uno dell'acquirente o di un membro del suo nucleo familiare. E' in relazione all'ipotesi così introdotta dall'ultimo comma, art. 72 L.F., “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 appare necessario, da un lato, ammettere la possibilità che proprio il preliminare sia fatto oggetto di azione revocatoria [...] e, dall'altro e di conseguenza, estendere [...] la non assoggettabilità a revocatoria del preliminare nei limiti in cui non vi è soggetto il contratto con effetti reali”³³⁴.

In conseguenza del combinato disposto dei sopra menzionati articoli, così come in vigore successivamente al completamento della riforma, la tutela del promissario acquirente (di preliminare trascritto) appare pertanto accresciuta di tre nuove prerogative tra le quali sussiste un nesso funzionale: l'esenzione del contratto dalla revocatoria fallimentare; la sottrazione del potere di scelta del curatore circa le sorti del preliminare (che dunque prosegue in capo al fallimento); la possibilità di richiedere la stipula del definitivo anche dopo l'apertura del fallimento, se necessario in via

330Vale quanto detto *supra* II.II.1 per la vendita.

331BONIFATTI, CENSONI, *op. cit.*, 234, notano che “per gli immobili da costruire il requisito pubblicitario non è presupposto necessario per la tutela fallimentare dal dissesto del costruttore”.

332Non viene indicato l'atto con riferimento al quale si debba individuare il giusto prezzo; rimane escluso il coniuge tra i soggetti appartenenti al nucleo familiare tutelato; non viene fissato un termine entro cui la destinazione debba attuarsi.

333V. *supra* I.III.3.

334PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 13.

coattiva³³⁵.

335BONIFATTI, CENSONI, *op. loc. cit.*

PARAGRAFO CONCLUSIVO

In definitiva, la trattazione esposta nella presente opera non può che condurre, dunque, ad affermare che al sopraggiungere di situazioni di crisi dell'impresa venditrice – la quale pure, per sua natura, non può non creare diffuse conseguenze pregiudizievoli – la tutela degli interessi dell'acquirente di immobili, sul piano teorico, appare alla data odierna piuttosto ampia.

Tuttavia si evidenziano alcuni limiti non certo trascurabili, per buona parte già osservati a suo tempo all'indomani della messa in atto delle singole disposizioni esaminate; oggi, a distanza di una manciata di anni, provvisti di quel senno di poi a cui i commentatori del 2005 e del 2007 demandavano l'ardua sentenza, occorre confermare la fondatezza di quei timori che individuavano degli spiragli elusivi in alcuni nodi critici della disciplina, per i quali tutt'ora è latente una palpabile prospettiva di risoluzione.

Il problema della giustapposizione di impianti normativi, tale da rendere incerta l'individuazione dei presupposti applicativi di ciascuna fattispecie, è già stato sottolineato nel precedente capitolo, e parimenti ne è stata individuata la causa, sarebbe a dire la mancanza di coordinazione delle normative.

Le maggiori perplessità sorgono, piuttosto, nel momento in cui si deve considerare l'adeguatezza del sistema a tutelare l'interesse protetto in concreto; in altre parole quando si deve sondare la reale efficacia della garanzia fideiussoria nonché degli altri strumenti predisposti dal legislatore. Le criticità fondamentali sono due e riguardano l'una l'atipica sanzione prevista per l'ipotesi di mancato rilascio della garanzia, l'altra la mancanza d'uso, nella prassi, a ricorrere alla trascrizione del preliminare.

Quanto alla prima, trattasi di nullità relativa, ossia una nullità – e ciò discende direttamente dalla *ratio* della norma, volta a proteggere una determinata situazione – che può essere fatta valere solo dal soggetto tutelato, a differenza di quella disciplinata dall'art. 1421 c.c., che può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse e comporta l'improduttività di effetti giuridici *ab origine*.

In breve, nel caso di specie, il contratto è sì idoneo a produrre i suoi effetti tipici, tuttavia, nel momento in cui venisse fatta rilevare la nullità relativa da parte del soggetto

legittimato, vale a dire l'acquirente, detti effetti possono essere posti nel nulla.

Quella dell'obbligo di consegna della garanzia è una norma a carattere imperativo che non può essere derogata dalle parti nemmeno con patti espliciti³³⁶.

La sanzione della nullità opera sia nel caso di mancato rilascio della fideiussione, sia nel caso in cui sia rilasciata una fideiussione non sufficiente a coprire gli importi che, a rigore di normativa, devono essere garantiti. Tuttavia si reputa sia possibile ricorrere ad una sanatoria *ex post* per mezzo di rilascio e consegna in mano all'acquirente della fideiussione tardivamente.

Si noti che, comunque, le realtà imprenditoriali più deboli possono trovare non poco difficoltoso reperire le garanzie necessarie per procurarsi il rilascio della fideiussione.

In molti osservano che la sanzione in esame è quantomeno strana, da un lato essa appare disallineata rispetto all'interesse tutelato, inadeguata, in un certo senso, a perseguirlo compiutamente, poiché nella maggior parte dei casi il compratore propenderà per portare a termine il disegno contrattuale piuttosto che imbarcarsi in un'azione giudiziaria lunga e costosa volta a far valere la nullità in questione, e flebile è il carattere deterrente della stessa, difatti, aziende con una situazione economica precaria o imprenditori privi di scrupoli, in assenza di sanzioni davvero incisive, preferiranno avventurarsi nell'edificazione correndo il rischio di arrivare all'annullamento del contratto; d'altro canto, essa si presta facilmente ad una trasfigurazione, ad una strumentalizzazione da parte dell'acquirente che potrebbe avvalersene – fuori dal contesto di crisi dell'impresa venditrice – per sottrarsi dagli impegni contrattuali, richiedendo la restituzione degli acconti per ragioni altre, che possono essere le più varie, come, ad esempio, il reperimento di un'altra più conveniente soluzione abitativa.

Passando al problema della trascrizione del preliminare, requisito fondamentale per potersi avvalere di buona parte degli strumenti di tutela predefiniti, concorda la dottrina che trattasi di comportamento poi non così frequente nella prassi effettiva della contrattazione del settore immobiliare. Sebbene le più recenti disposizioni incentivino il ricorso a tale forma di pubblicità, e ci si riferisce, in particolare alla norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 72 L.F., si pongono ad ostacolo un primo problema di conoscenza, da parte del pubblico dei destinatari della tutela, dell'apparato legislativo

336CASARANO, BALDI, TIMPANO, *op. cit.*, 16.

medesimo, nonché un secondo problema di mera convenienza economica, in quanto i costi della trascrizione andrebbero a ricadere, direttamente o indirettamente, comunque sull'acquirente, il quale potrebbe essere portato a preferire soluzioni più economiche sottovalutandone l'intrinseca rischiosità.

A distanza di qualche anno siffatte problematiche, ridondanti negli echi della crisi economica, hanno rivelato l'insufficienza delle norme predisposte, ed emerge dai rapporti di studi indipendenti come la disciplina del d.lgs 122/2005 necessita di alcuni aggiustamenti sostanziali per poter davvero raggiungere i propri obiettivi³³⁷, risultando del tutto insoddisfacente lo stato odierno di attuazione della medesima, tale da chiedersi se sia stato fatto solo “tanto rumore per nulla?”. Più drastici ancora altri³³⁸ per i quali addirittura si tratta di “una vera presa in giro”.

Il menzionato rapporto e le doglianze della dottrina non sono passati del tutto inosservati e il 14 dicembre 2010 è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge con l'obiettivo di introdurre delle modifiche al d.lgs 122/2005 tali da rimediare le evidenziate criticità.

La proposta di legge in questione, oltre a sancire esplicitamente l'inderogabilità della disciplina e ad aggiungere il riferimento al coniuge all'art. 9 e all'art. 10³³⁹ la cui mancanza non era certo passata inosservata, per un verso responsabilizza la figura del notaio rogante, assegnandogli il compito di verificare l'effettivo rilascio di garanzia fideiussoria e polizza decennale a garanzia di gravi difetti, in mancanza delle quali dovrà segnalare la cosa al Comune in cui sorge l'immobile, in quanto ritenuto l'ente più competente a monitorare il territorio, il quale provvederà all'irrogazione delle sanzioni; per altro verso è proprio sul versante delle sanzioni che si riscontra una sostanziale virata rispetto alla disciplina in vigore, in quanto viene prevista, in caso di elusione o violazione delle norme, una sanzione pecuniaria di importo proporzionale (cinque percento) all'importo iscritto nell'atto.

A prescindere dall'eventuale intervento legislativo, si ritiene che le imprese stesse

337SCENARI IMMOBILIARI, *La legge sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire a cinque anni dalla sua attuazione: tanto rumore per nulla*, in www.casa24.ilsole24ore.com, 8 giugno 2011, 23.

338Franco Casarano, presidente Assocond Conafi, in www.casa24.ilsole24ore.com.

339Ma si osserva, ancora!, la mancanza di coordinamento con la disciplina fallimentare, in particolare coll'art. 72 L.F., comma 3, lett. c).

dovrebbero svolgere il primario ruolo di informare ed incentivare il compratore ad avvalersi delle occasioni di tutela offerta, *in primis* in quanto l'impresa non subisce un aggravio di costi per effetto della trascrizione del preliminare, i quali sono a carico del compratore, in secondo luogo poiché gli obblighi di legge potrebbero essere trasformati in fattori di successo, rispondenti ad una crescente esigenza di qualità e sicurezza e, più in generale, ad una strategia competitiva orientata al cliente³⁴⁰.

Concludendo, se pure è stato pregevole il cospicuo intervento del legislatore in materia, intervento del tutto recente benché da lungo tempo auspicato, pare che questi si sia oggi adagiato su una disciplina che, proprio per intenzioni e per modalità di formulazione, si è introdotta nel sistema quale attuazione di provvedimenti urgenti, necessari ed improrogabili, volti a rafforzare la posizione del soggetto acquirente di immobili.

In altre parole, la ridotta portata applicativa della disciplina, parlando in senso lato, la rende un mero spunto, utile e – anzi – virtuoso, certamente, ma che evidenzia tutti i suoi limiti nel momento in cui essa non viene inserita armonicamente in una revisione sistematica, completa e organica dell'istituto della vendita immobiliare, fenomeno di ben più grande diffusione e complessità.

Naturalmente, sei o sette anni fa, sarebbe stato superficiale prescindere dalla sostenibilità di una riforma della portata sopra descritta, e probabilmente è stato ciò a guidare il legislatore verso una più semplice e meno invasiva revisione della materia, che conciliasse la tutela dell'acquirente con le esigenze di un comparto industriale in tempi non certo tra i più fiorenti.

Ora il clima è però cambiato, in peggio. Ora si sta cercando di riorganizzare il Paese – al minor costo o forse ad ogni costo – e nel paradigma della politica di Stato crescita è assonante con salvezza; magari potrebbe essere fatto un po' di “rumore”, e a ragione, nell'ordine delle priorità.

340PETRUCCO TOFFOLO, *op. cit.*, 13; SCENARI IMMOBILIARI, *op. cit.*, 9.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE E CODICI

ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, 1997, UTET

AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali : dalla riforma organica al decreto correttivo*, 2008, Zanichelli

BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, 2009, Il Mulino

BERTACCHINI, GUALANDI, PACCHI, SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2007, Giuffr 

BESSONE, *Trattato di Diritto Privato*, 2002, Giappichelli

BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2009, Cedam

CAIAFA, *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, 2009, UTET giuridica

CAMPIANI, *La riforma del diritto fallimentare*, 2008, Jovene

CARRABBA, *La trascrizione del contratto preliminare : giornata di studio, Bari, 14 giugno 1997*, 1998, Edizioni scientifiche italiane

CONSIGLIO NOTARILE dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, 2006, Edizioni scientifiche italiane

COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1902, Societ  Editrice Libreria

DE ANGELIS, *Un lifting sulle revocatorie*, AA.VV., *La riforma del fallimento*, 2007, Giuffr 

DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare a effetti anticipati*, 1991, Cedam

DE MATTEIS (a cura di), *Codice della vendita*, 2005, Cedam

DIDONE, *Le riforme della legge fallimentare. 1.*, 2009, UTET giuridica

JORIO, FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare : r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lgs. 5/2006). Aggiornamento al d.lgs. 169/2007*, 2007, Zanichelli

FERRO, *I rapporti giuridici pendenti*, 1998, Ipsoa

FERRO (a cura di), *La legge fallimentare – Commentario*, 2008, Wolters Kluwer

- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2004, Cedam
- GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, 2007, Giuffrè
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, Edizioni Scientifiche Italiane
- GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2008, Giappichelli
- LEONINI (a cura di), *Codice del nuovo fallimento e delle altre procedure concorsuali*, 2010, Tribuna
- LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, 2005, Giappichelli
- LUMINOSO, PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare : regole e dogmi*, 1998, Cedam
- MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la "realità": dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, 2007, Giuffrè
- PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008, Giuffrè
- PALERMO, *Contratto preliminare*, 1991, Cedam
- PANZANI, *La riforma organica dell procedure concorsuali*, 2008, Ipsoa
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, 1995, Giuffrè
- PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, 2005, Ipsoa
- RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare : profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, 2006, Cedam
- RE, SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire: d.lgs. del 22 giugno 2005, n.122*, 2006, UTET giuridica
- RESCIGNO, *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi formale*, in *Quaderni del notariato*, 1995
- SANZO (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, 2009, Zanichelli
- SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato : commento sistematico*, 2007, Cedam
- SERRAO, *Il contratto preliminare*, 2002, Cedam
- SICCHIERO, *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire : commento al D. lgs. n. 122 del 2005*, 2005, Cedam
- TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 2006, Cedam
- TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, 2006, Cedam
- ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali :*

D.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, 2006, UTET giuridica

ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali : dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169, 2008, UTET giuridica*

ARTICOLI DA RIVISTE

ABATE, *Profili di incostituzionalità del privilegio del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, 1156

ALESSI, *Il privilegio del promissario acquirente*, in *Il Fallimento*, 1997, 359 ss

APICELLA, *Contratto preliminare avente ad oggetto immobile da costruire*, in *Il Civilista*, 2010, 7, 43 ss.

BIANCA, *Insolvenza, fallimento e revocatoria fallimentare: una triangolazione sempre più difficile*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 132 ss.

BIANCA, *Notazioni per una disciplina in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 23 ss.

BOZZA, CANZIO, *Il privilegio che assiste i creditori del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, 346

CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma, Milano 15 aprile 2005*

CASARANO, BALDI, TIMPANO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il sole 24 ore* del 13 ottobre, 2006, allegato

CENNI, *Il contenuto del contratto preliminare*, *Relazione al Convegno La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: novità normative*, Bologna, 10 giugno 2005, 15

COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una svolta nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 309

COSTANZA, *Contratto preliminare e prescrizione dell'azione generale di rescissione*, in *Giur. Comm.*, 1977, I, 1381 ss.

D'AMICO, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Il diritto fallimentare*, 2007, I, 213 ss.

DELLE MONACHE, *Le nuove disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 3 ss.

DI STASO, *La responsabilità civile e disciplinare del notaio nel caso di violazione della legge sugli immobili da costruire*, in *La responsabilità civile*, 2010, 53 ss.

FABIANI, *Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega (nota a Cass. 4 novembre 2003, n. 16505, e 9 luglio 2003, n. 10792)*, in *Foro it.*, 2004, 129, 10, 2845 ss.

FABIANI, *Fallimento del promittente venditore, diritto alla casa e tutela dei creditori: un conflitto che non può essere mediato*, in *Foro it.*, 1995, I, 1540

FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225 e ss.

FERRI, *Immobili da costruire e tutela degli acquirenti*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 28 e 29 giugno 2005, 1 ss.

FIANDACA, ARMATI, FERRO, *Le garanzie degli acquirenti di case di abitazione nei confronti dei promotori e dei costruttori: i momenti della tutela*, in *Riv. Not.*, 1976, 587

FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 718 ss.

GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium Juris*, 1997, 457 ss.

GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 163 ss.

GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. Not.*, 1997, 23 ss.

GUALANDI, *Le "esenzioni" dalla revocatoria: l'art. 67, comma 3, lett. C. I "fallimenti immobiliari" e le operazioni di credito speciale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 646 ss.

GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, 229 ss.

INIZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 310

LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, in *Foro it.*, I, 1993, 2457 ss.

LIMITONE, *Le Sezioni Unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2007, 1, 8

- LOTTA, *Sul conflitto tra privilegio a favore del promissario acquirente di immobile e ipoteca (nota a Cass., 1° ottobre 2009, n. 21045, sez. Unite)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 70 ss.
- MARICONDA, *La trascrivibilità del contratto preliminare*, in *Notariato*, 1995, 337 ss.
- MASCARELLO, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 294
- MAZZARO, *La tutela degli immobili da costruire: garanzia fideiussoria e nullità del contratto*, in *Il Civilista*, 2009, 11, 83 ss.
- NISIVOCCIA, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. Comm.*, 2008, 04, 826 ss.
- PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, in *Fallimento*, 2006, 3, 253 e ss.
- PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2007, 1 ss.
- PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare ineseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 495 ss.
- PUPPO, *Prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare nel conflitto con il privilegio speciale in favore del promissario acquirente (nota a Cass. , 1° ottobre 2009, n. 21045, sez. Unite)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 61 ss.
- RESCIGNO, *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi formale*, in *Quaderni del notariato*, 1995, 2 ss.
- RIZZI, *Commento al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Notariato*, 2005, 433 e ss.
- RIZZIERI, *Il diritto di prelazione a favore dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Studium Iuris*, 2009, 510 e 637
- ROCCHIO, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2004, 11, 1457
- ROLLERI, *Contratto preliminare di permuta e fallimento: limiti all'esercizio del diritto di scioglimento ex art. 72 legge fallimentare*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, 3, 740 ss.
- ROMANO, *Contratto preliminare di permuta di cosa presente con cosa futura e fallimento della società costruttrice: la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c.*

- tutela il promissario acquirente?*, in *Rivista del notariato*, 2005, 59, 2, 360 ss.
- SPECIALE, *Il "Vorvertrag" nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione del contratto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1986, I, 89
- TANZARIELLO, *Prevalenza del privilegio speciale del promissario acquirente sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare. Problematiche e questioni interpretative*, in *Fallimento*, 2003, 1332
- TIMPANO, *Effetti del fallimento sul contratto preliminare di permuta*, in *Contratti*, 2005, 2, 1, 121
- TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.*, 1997, V, 276 ss.
- TUCCI, *Conflitto tra privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 476
- UFFICIO LEGISLATIVO DEL MINISTRO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Nota 21 aprile 1997*, in *Guida dir.*, 1997, n. 19, 118

ARTICOLI DA INTERNET

- BENASSI, *Legge Fallimentare*, in <http://www.ilcaso.it/fallimenti/lfa72bis.php>
- COZZI Studio Associato, *Tutela fallimenti immobiliari: legge delega*, in www.ateneoweb.com, 3 novembre 2004
- FIORETTI, D'AMBROSIO, *Privilegio speciale immobiliare. Ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare. Scongiurati i rischi di abuso da parte dei debitori*, in *Piazzetta Monte I* anno VI-VII n. 18, in www.mediovenezie.it
- FRAULINI, *Il decreto legislativo n. 122/05 ed il regolamento di attuazione. Le nuove norme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, testo per il gruppo di lavoro, corso C.S.M, 16 maggio 2006
- IGNOTO, *Tutela degli acquirenti: nuovi obblighi per le imprese di costruzione*, in www.fimaapavia.it
- INIZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Il Caso.it*, 23 dicembre 2006

PETRUCCI, *Secondo Rapporto sullo stato di attuazione della legge 210/2004 a tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Tanto rumore per nulla?*, in www.filca.it giugno 2011

PETRUCCO TOFFOLO, *La tutela dell'acquirente di immobili: problematiche fallimentari*, in *Il Caso.it*, n. 86, II – dottrina, opinioni ed interventi, 20 dicembre 2007

ROSSI (a cura del Centro Studi Almaiura), *Fallimento dell'impresa costruttrice: i rischi del preliminare trascritto*, in www.supermercato.it

SANTANGELI, *Osservazioni a prima lettura sui nuovi articoli 67 e 70 del r.d. 16-3-1942, n. 276 e sull'art. 10 d.p.r. 20.06.2005, n. 22*, www.judicium.it

SCENARI IMMOBILIARI, *La legge sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire a cinque anni dalla sua attuazione: tanto rumore per nulla*, in www.casa24.ilsole24ore.com, 8 giugno 2011

VELLA, *Construction finance nel diritto Francese. Una normativa a tutela degli acquirenti ed a garanzia del completamento del progetto*, in *Diritto&Diritti*, www.diritto.it, 2002

ALTRE FONTI

RELAZIONE ILLUSTRATIVA al d.lgs 20 giugno 2005, n. 122

GIURISPRUDENZA

- Cass. S.U., 01 ottobre 2009, n. 21045, in *Foro it.*, 2010, parte I, 1550
- Cass. S.U., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Corriere giur.*, 2008, 1380
- Cass. S.U., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Contratti*, 2008, 995
- Cass. S.U., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Rivista del notariato*, 2005, 59, 2, 360
- Cass., 10 marzo 2011, n. 5749, in *Mass.*, 2011, provvisorio
- Cass., 3 settembre 2010, n. 19035, in www.ilcaso.it
- Cass., 21 luglio 2009, n. 16921, in *Mass.*, 2009, 963
- Cass., 1° marzo 2007, n. 4888, in *Fallimento*, 2007, 722
- Cass., 18 maggio 2005, n. 10436, in *Mass.*, 2005, 1506
- Cass., 30 luglio 2004, n. 14561, in *Foro it.*, 2004, 15
- Cass., 13 maggio 2004, n. 9091, in *CED Cass.*, 1740, 442
- Cass., 23 marzo 2004, n. 5724, in *Società*, 2004, 1241
- Cass., 17 novembre 2003, n. 17340, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1305
- Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 794
- Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in *Fallimento*, 2004, 899
- Cass., 4 novembre 2003, n. 16505, in *Foro it.*, 2004, I, 2843
- Cass., 20 agosto 2003, 12211, in *Dir. & Giust.*, 2003, 36, 205
- Cass., 9 luglio 2003, n. 10792, in *Fallimento*, 2004, 73
- Cass., 16 aprile 2003, n. 6018, in *Foro it.*, 2003, 471
- Cass., 10 maggio 2002, n. 6731, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2523
- Cass., 22 marzo 2001, n. 4126, in *Contratti*, 2001, 885
- Cass., 18 gennaio 2001, n. 694, in *Società*, 2001, 945
- Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Foro it.*, 2000, 548
- Cass., 19 aprile 2000, n. 5132, in *CED Cass.*, RV 535880
- Cass., 14 aprile 2000, n. 4819, in *CED Cass.*, RV 535687
- Cass., 24 febbraio 1999, n. 1601, in *Foro it.*, 2000, 546
- Cass., 18 dicembre 1997, n. 12817, in *CED Cass.*, RV 511025
- Cass., 23 agosto 1997, n. 7935, in *Mass.*, 1997

- Cass., 3 aprile 1996, n. 3084, in *GC*, 1996, I, 2259
- Cass., 27 agosto 1994, n. 7544, in *Foro it.*, 1995, I, 1539
- Cass., 26 agosto 1994, n. 7522, in *Foro it.*, 1995, I, 1539
- Cass., 14 febbraio 1994, n. 1453, inedita
- Cass., 3 agosto 1992, n. 9232, in *CED Cass.*, RV 478426
- Cass., 29 luglio 1992, n. 9086, in *VN*, 1993, I, 212
- Cass., 10 giugno 1991, in *GC*, 1992, I, 1021
- Cass., 9 settembre 1991, n. 9478, in *Foro it.*, 1991, 27
- Cass., 5 aprile 1990, n. 2805, in *Giust. Civ. Mass.*, 1990, 4
- Cass., 3 novembre 1988, n. 5962, in *Foro it.*, 1988, 335
- Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *NGCC*, 1988, I, 537
- Cass., 21 giugno 1985, n. 3733, in *Foro it.*, 1985, 40.
- Cass., 11 agosto 1982, n. 4562, *Foro it.*, 1982, 16
- Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, *Foro it.*, 1981, I 177
- Cass., 29 marzo 1977, n. 1216, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 291.
- Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669.
- Trib. Roma, 30 gennaio 2008, in *Dir. e pratica fallim.*, 2008, 3, 44
- Trib. Lucca, 23 novembre 2002, in *Arch. Civ.*, 2003, 416
- Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 1312