

Art. 72 l.fall.

# Fallimento e contratto preliminare di compravendita

Tribunale di Torino, Sez. Fall., 7 settembre 2011 - Giud. Demaria - C.A. c. Fall. E. di S.F. & c. S.a.s. e socio illimitatamente responsabile F.S.

*Fallimento - Effetti sui rapporti giuridici preesistenti - Compravendita - Preliminare - Sospensione - Facoltà del curatore di sciogliersi o di subentro - Contratto preliminare trascritto ex art. 2645 bis c.c. - Deroga.*

*(legge fallimentare artt. 45, 72; cod. civ. artt. 2652, n. 2, 2932)*

**La regola generale dell'art. 72, comma 1, l.fall. - secondo la quale l'esecuzione del contratto pendente al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti rimane sospesa fino a quando il curatore dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dal medesimo - deve ritenersi operante ed applicabile anche nell'ipotesi di contratto preliminare di compravendita immobiliare per il quale sia stata proposta e trascritta domanda ex art. 2932 c.c. prima della dichiarazione di fallimento. A tale regola fa eccezione l'ipotesi - espressamente prevista nell'art. 72 bis l.fall. - del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. ed avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado.**

**Il Tribunale (omissis).**

1. Il contratto 4 luglio 2007 relativo all'immobile in (omissis) censito al (omissis), concluso tra C.A. e F.S. e mai seguito dalla stipula del rogito per inadempimento dello S., ha meri effetti obbligatori.

Lo si inferisce dal testo dello stesso, rubricato "preliminare di vendita" e definito all'art. 4 come "preliminare", dalle qualifiche assunte dalle parti (lo S. è "parte promittente venditrice" mentre l'A. è "parte promissaria acquirente"), dalle obbligazioni assunte dalle parti (lo S. "promette di vendere" e l'A. "promette di acquistare") e dalla previsione della stipula dell'atto notarile (produttivo di effetti reali) entro il 10 ottobre 2007.

Ne consegue il rigetto delle domande formulate in via di principalità da parte attrice.

2. Parimenti meritevole di rigetto, a seguito del recesso dal contratto esercitato ex art. 72 l.fall. dal curatore del fallimento, dott. B., e formalizzato nella comparsa di costituzione successiva alla riassunzione del processo (sospeso ex art. 43, comma 3, l.fall. con ordinanza 28 ottobre 2010 e riassunto con ricorso 1 dicembre 2010), è la domanda attorea ex art. 2392 c.c., formulata in via alternativa o subordinata.

Non si ignora che la tematica dell'opponibilità o meno alla massa dei creditori della sentenza ex art. 2392 c.c., la cui domanda venne trascritta, come è nel caso di specie, prima della dichiarazione di fallimento, continui a essere oggetto di pronunce di legittimità tra loro contrastanti. L'originario principio sancito dalla SS.UU. con sentenza n. 12505/04 (e, da ultimo, seguito dalle sentenze n. 15218/10 e 16160/10), secondo il quale se la domanda ex art. 2392 c.c. è stata trascritta prima della di-

chiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli dall'art. 72 l.fall., atteso l'effetto prenotativo dispiegato ex art. 2652 c.c. dalla trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica, non costituisce affatto *ius receptum* ed è stato, al contrario, ribaltato, con argomenti che si condividono, da plurime sentenze successive (cfr. Cass. n. 10436/05, 20452/05, 28480/05, 542/06, 4888/07, 33/08 e 24396/10, quest'ultima resa successivamente alle citate sentenze n. 15218/10 e 16160/10).

Due argomenti paiono risolutivi nel senso della non generale opponibilità della sentenza ex art. 2932 c.c. (con domanda trascritta prima della declaratoria di fallimento) alla massa fallimentare.

Innanzitutto la sentenza ex art. 2932 c.c. è pronuncia costitutiva, che nei rapporti tra le parti (tra le quali deve essere annoverato anche il curatore, che subentra nella medesima posizione del fallito) produce l'effetto traslativo della proprietà *ex nunc*, dal momento del suo passaggio in giudicato. L'opponibilità alle parti dei mutamenti intersorsi nel rapporto giuridico sino alla sua cristallizzazione in giudicato è meccanismo del tutto coerente con il sistema di pubblicità dichiarativa prevista dall'art. 2652 c.c. finalizzato a tutelare i terzi.

Tuttavia, l'argomento davvero dirimente in merito alla tormentata questione in esame è la lettera dell'art. 72 l.fall., novellato dal D.Lgs. n. 5/06 a decorrere dal 16 luglio 2006 applicabile al caso di specie, dalla quale hanno senza motivazione alcuna prescisso tutte le pronunce di

legittimità adesive al citato orientamento delle SS.UU. n. 12505/04 (pronunciata sotto il vigore del vecchio art. 72 l.fall.).

La definizione dei rapporti pendenti, nel caso in cui il contratto a effetti obbligatori risulti ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti e una di esse sia fallita è regolamentata come segue:

a) in linea generale, l'esecuzione del contratto rimane sospesa sino a quando il curatore dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dal medesimo (comma 1°, che detta una regola generale espressamente applicabile, giusto il richiamo del 3° comma, anche al contratto preliminare non rientrante nella tipologia dei contratti relativi a immobili da costruire *ex art. 72 bis l.fall.*);

b) fa eccezione alla regola generale di cui *infra* al punto a), il contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c. avente a oggetto un immobile a uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado (comma 8°).

In buona sostanza, l'opponibilità del preliminare al fallimento dipende dalla tipologia del contratto.

Nel caso di specie, non versandosi nell'eccezione di cui al comma 8° dell'art. 72 l.fall., vale la regola della facoltà del curatore di sciogliersi dallo stesso, facoltà che risulta qui esercitata in modo valido ed efficace. Ne consegue che l'A. dovrà restituire al Fallimento l'immobile, fermo restando il suo diritto a insinuarsi nel passivo per escutere il credito, senza che gli sia dovuto, ai sensi del comma 4° art. citato, il risarcimento del danno (come richiesto dall'attore con l'ultima domanda).

3. La novità della questione e l'incertezza della giurisprudenza sul punto comporta l'integrale compensazione delle spese di lite e l'attribuzione delle spese di C.T.U. in ragione di ciascuno.

4. La reiezione della domanda *ex art. 2392 c.c.* comporta la cancellazione della trascrizione della relativa domanda giudiziale.

(*Omissis*).

## Fallimento e tutela del promissario acquirente di bene immobile di Marcello Gaboardi

La sentenza in commento offre lo spunto per un più ampio riesame della tutela del promissario acquirente di un bene immobile nel caso di fallimento del promittente venditore. In particolare, l'Autore, attraverso una valorizzazione degli argomenti sviluppati da un'autorevole dottrina, propone un parziale «ripensamento» dell'indirizzo interpretativo - accolto anche nella sentenza in commento - che attribuisce al curatore il potere di sciogliere il contratto preliminare fino alla stabilizzazione dell'effetto traslativo anche nel caso in cui il promissario acquirente, reagendo all'inadempimento della controparte insolvente, abbia proposto e trascritto la domanda *ex art. 2932 c.c.* anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

### 1. Premessa

Con la sentenza in commento il Tribunale di Torino affronta la *vexata quaestio* della tutela del promissario acquirente di un bene immobile che abbia trascritto la domanda *ex art. 2932 c.c.* prima della dichiarazione di fallimento del promittente venditore. L'occasione per esaminare una tale complessa tematica è stata offerta, in particolare, dalla delibazione delle domande proposte da un promissario acquirente di bene immobile nei confronti del fallimento della società promittente venditrice (oltre che del socio illimitatamente responsabile) al fine di ottenere l'accertamento dell'intervenuto trasferimento della proprietà immobiliare ovvero, in via subordinata, la costituzione dell'effetto traslativo della proprietà ai sensi del menzionato art. 2932.

Il Giudice torinese, in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla curatela con riguardo all'intervenuto scioglimento del contratto *ex art. 72 l.fall.*, ha ritenuto

di disattendere entrambe le istanze formulate dall'attore. Da un lato, infatti, la natura «preliminare» del contratto dedotto (1) ha precluso l'accoglimento della domanda *principale*, essendo questa diretta ad ottenere l'*accertamento* dell'effetto traslativo della proprietà. Un effetto che, secondo la natura obbligatoria del contratto preliminare, si sarebbe potuto produrre soltanto a seguito della stipulazione del contratto definitivo o del passaggio in giudicato della sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso.

Dall'altro lato, la subordinazione del contratto preliminare alla regola generale dell'art. 72, comma 1, l.fall. (2) ha convinto il Tribunale a rigettare anche

#### Note:

(1) In particolare, la natura obbligatoria del contratto dedotto in giudizio dall'attore è stata accertata dal Tribunale sulla base di una scrupolosa indagine degli elementi letterali del dettato contrattuale (cfr. il paragrafo 1 della sentenza).

(2) Malgrado l'art. 72, comma 3, l.fall. estenda ai contratti preli-  
(segue)

la domanda proposta in via *subordinata* per ottenere la *costituzione* dell'effetto traslativo mediante l'intervento giudiziale *ex art. 2932 c.c.* E ciò, sul rilievo - ormai consolidatosi in un orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente - che il «recesso» del fallimento dal contratto preliminare sarebbe *opponibile* al promissario acquirente anche nell'eventualità in cui tale potere sia esercitato *successivamente* alla proposizione e alla trascrizione della domanda giudiziale (3).

Ora, se si esamina attentamente la vicenda processuale culminata nella pronuncia in commento, per quel che in questa sede più interessa, può rilevarsi che, mentre il rigetto della domanda di accertamento dell'effetto traslativo si rivela assolutamente ineccepibile nel contesto fattuale che contraddistingue la vicenda in esame, le ragioni del rigetto della domanda costitutiva appaiono meno convincenti e sollevano alcuni interrogativi in relazione alla postulata ricostruzione della tutela del promissario acquirente. Interrogativi che devono indurre l'interprete a riflettere sulla compatibilità dei risultati di una lunga e consolidata tradizione ermeneutica con taluni principi che possono dirsi immanenti al sistema della legge fallimentare e a quello della disciplina del processo civile.

## 2. Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario acquirente

Da lungo tempo, ci si chiede se la scelta del promissario acquirente di trascrivere la domanda *ex art. 2932 c.c.* anteriormente alla sentenza di fallimento del promittente venditore debba precludere l'operatività della «regola generale» di cui all'art. 72, comma 1, l.fall. (4). Il che equivale a chiedersi se la scelta del promissario acquirente possa dare vita ad una «formalità» che sia *opponibile* al fallimento e, come tale, idonea ad *inibire* al curatore il successivo esercizio del potere di scioglimento del contratto pendente.

Com'è facile avvedersi, la risposta ad un tale interrogativo può desumersi soltanto dal corretto inquadramento del «conflitto» insorgente tra curatore e promissario acquirente in ordine al contratto che sia in corso di esecuzione alla data della dichiarazione di fallimento del promittente venditore. Soltanto il corretto inquadramento di tale «conflitto», infatti, consente di rintracciare e di porre in evidenza i dati normativi che sono idonei ad enucleare una soluzione *efficace e coerente* al problema della tutela del promissario acquirente. Una soluzione che, in quanto efficace, deve necessariamente *bilanciare* gli interessi del contraente al conseguimento della pro-

prietà dell'immobile con quelli della massa fallimentare alla permanenza dell'immobile nel patrimonio della procedura. Ma che, in quanto coerente col sistema della legge fallimentare e del processo civile, deve anche farsi carico di un'attenta lettura delle disposizioni legislative sul punto, al fine di conseguire un risultato che tenga conto effettivamente di *tutti* i principi che concorrono a regolare la complessa materia in esame.

Così impostata, la questione della tutela del promissario acquirente, pur essendo sottoposta in dottrina a frequenti tentativi, per dir così, di «ridimensionamento» (soprattutto in relazione alla difficoltà di configurare, nella logica del sistema fallimentare, una pretesa del promissario acquirente alla «stabilizzazione dei diritti nascenti dal contratto») (5), assume allora una valenza del tutto peculiare e sembra doversi risolvere in base al «coordinamento» di un duplice ordine di situazioni.

---

### Note:

(segue nota 2)

minari soltanto la regola contenuta nel comma 1 della medesima disposizione, non si dubita che il richiamo alla disciplina della sospensione del contratto debba intendersi come un richiamo esteso, in realtà, a tutte le previsioni contenute nell'art. 72 l.fall. In questo senso, v. A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il fallimento*, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli - A. Jorio, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, 2, Padova, 2009, 469 ss., in part. 480, nonché, più recentemente, D. Vattermolli, *Sub art. 72*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali. Fallimento*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli-V. Santoro, I, *Artt. 1-83 bis*, Torino, 2010, 1002-1003, ove la precisazione che il rinvio formale al solo comma 1 dell'art. 72 l.fall. è funzionale (non ad escludere l'applicabilità delle altre disposizioni al contratto preliminare, ma piuttosto) a rimarcare la contrapposizione tra la regola della sospensione del contratto (con i suoi menzionati corollari) e l'eccezione posta dall'art. 72 *bis* l.fall. per i contratti (anche preliminari) che hanno ad oggetto la compravendita di immobili da costruire.

(3) Nella vicenda sottoposta al vaglio del Giudice torinese, il curatore fallimentare aveva esercitato il potere di scioglimento del contratto in occasione della costituzione in giudizio del fallimento. E, dunque, successivamente non solo alla riassunzione del processo intrapreso nei confronti del promittente venditore (poi interrotto per effetto della declaratoria di fallimento *ex art. 43 l.fall.*), ma anche all'intervenuta trascrizione della domanda giudiziale da parte del promissario acquirente.

(4) Sul punto v. già le penetranti osservazioni di V. Andrioli, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 553 ss., in part. 565-566.

(5) L'espressione è tratta da F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente: della casa di abitazione)*, in AA.VV., *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, 71. Sull'interesse del promissario acquirente al conseguimento della proprietà del bene oggetto del contratto e sulla non equivalenza rispetto al recupero di una somma di denaro (corrispondente, peraltro, al prezzo già corrisposto), v. anche R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, Milano, 1989, 183-184.

a) Il rapporto tra l'esercizio del potere di sciogliere il contratto pendente da parte del curatore (art. 72, comma 1, l.fall.) e la proposizione della *domanda* di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre da parte del promissario acquirente che abbia altresì *eseguito* «la sua prestazione» (art. 2932, comma 2, c.c.).

b) Il rapporto tra l'effetto *preclusivo* degli atti dispositivi del patrimonio fallimentare (in particolare: quello conseguente al tardivo compimento delle «formalità» necessarie per rendere un atto opponibile ai terzi) (art. 45 l.fall.) e l'effetto «*prenotativo*» della trascrizione della sentenza con cui sia stata accolta la domanda ex art. 2932 c.c. (trascritta, a sua volta, prima della dichiarazione di fallimento) (art. 2652, n. 2, c.c.). È in questa articolata prospettiva, dunque, che bisogna affrontare la trattazione dei temi relativi alla tutela del promissario acquirente. Da un lato, infatti, si pone la necessità di comprendere se l'iniziativa processuale volta ad ottenere in via giudiziale il risultato che sia stato frustrato (non dal fallimento, ma) dall'inadempimento del promittente venditore sia in grado di precludere - indipendentemente dal consolidamento di un effetto traslativo - la possibilità dello scioglimento del contratto da parte del curatore. Dall'altro lato, assume rilevanza la necessità di valutare se la regola del c.d. «spossestamento» del patrimonio fallimentare e la sua destinazione al soddisfacimento esclusivo delle pretese creditorie possa paralizzare in qualche modo il perfezionamento del meccanismo pubblicitario che conduce alla prevalenza della trascrizione della sentenza di accoglimento sulle formalità compiute successivamente alla trascrizione della relativa domanda (beninteso: ove quest'ultima - com'è accaduto nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale di Torino - sia stata realizzata anteriormente all'apertura del fallimento).

E così, attesa la centralità di tali aspetti nella definizione della tutela del promissario acquirente, a me pare che il Tribunale di Torino, nel motivare la sentenza in commento, avrebbe dovuto prendere espressamente posizione su ciascuno dei rapporti sopra indicati. Tanto più se si considera che il Giudice torinese ha fornito una chiara attestazione del contrasto interpretativo formatosi sul punto e non ancora sopitosi nei pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità.

Se è vero, infatti, che la decisione in parola si inserisce nel solco tracciato da quella prevalente giurisprudenza che - pur dopo il *grand arrêt* delle Sezioni Unite del 2004 (6) - ha mostrato di non condividere appieno lo sforzo profuso nel tentativo di amplia-

re l'ambito della tutela offerta al promissario acquirente, è pur vero che anche la decisione in commento non sembra sottrarsi - malgrado l'elaborazione di qualche argomento innovativo - a molte delle critiche che sono state autorevolmente riservate a quel medesimo consolidato orientamento. D'altra parte, non v'è dubbio che neppure l'affermata condivisione di (numerosi) «precedenti» giurisprudenziali conformi possa dare vita - malgrado l'invalso costume giurisprudenziale - ad una motivazione della pronuncia che risulti veramente soddisfacente.

Così, ad esempio, l'adesione al prevalente orientamento giurisprudenziale sul punto non sembra di per sé sufficiente a giustificare la preclusione dell'effetto «prenotativo» conseguente al funzionamento del meccanismo pubblicitario di cui all'art. 2652, n. 2, c.c. Una tale conclusione richiede, infatti, una valutazione rigorosa della *legittimazione* del curatore a disporre, in concreto, lo scioglimento del contratto dedotto. Una valutazione che sembra, però, essere stata trascurata da quella cospicua porzione della giurisprudenza a cui - come detto - si è allineata anche la sentenza in commento, sul postulato rilievo che l'iniziativa processuale e pubblicitaria del promissario acquirente non potrebbe configurarsi come adempimento della propria prestazione e, dunque, come esecuzione *ex uno latere* del contratto preliminare (7).

D'altra parte, un'attenta considerazione del più ampio contesto interpretativo nel quale si inserisce la decisione del Tribunale di Torino consente di rilevare che, secondo la prospettiva condivisa nella sentenza in parola, la negazione *in parte qua* del ricordato effetto «prenotativo» (*rectius* la negazione della possibilità di avvalersene per il promissario acquirente) - e, quindi, l'affermazione del conseguente potere di scioglimento del contratto da parte del curatore - sarebbe comunque riconducibile ad una lettura tradizionale del problema e si spiegherebbe con: (i) l'*inopponibilità* di tale effetto al curatore fallimentare in quanto «parte» del (e non terzo rispetto al) rapporto pendente alla data del fallimento,

**Note:**

(6) Il riferimento è relativo naturalmente a Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Foro it.*, 2004, I, 3038 ss., con nota di M. Fabiani; in *Corr. giur.*, 2004, 1451 ss., con nota di F. Rocchio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*; in questa *Rivista*, 2005, 755 ss., con nota di G. Bettazzi, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita*; in *Dir. fall.*, 2005, II, 1 ss., con nota di G. Coltraro, *Fallimento del permutante, trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. e limiti al potere di scioglimento del curatore: le sezioni unite mutano indirizzo*.

(7) Per i necessari richiami giurisprudenziali sul punto, si rinvia alle indicazioni contenute nelle note successive.

nonché (ii) con l'affermazione della impossibilità che l'effetto traslativo della proprietà si consolidi - in favore del promissario acquirente - prima della formazione di un *giudicato* (di accoglimento) sulla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (8).

Ebbene, tali argomentazioni esigono, fin d'ora, qualche doverosa puntualizzazione. Anzitutto, vi è da evidenziare come la scelta di equiparare il curatore alla «parte contrattuale» (quanto meno nel momento in cui è disposto lo scioglimento del contratto) non possa legittimamente trascurare il fatto che l'esercizio del potere di scioglimento si distingue - per la sua stessa natura e per le modalità con le quali può essere fatto valere - da qualunque iniziativa con cui la parte contrattuale è legittimata a promuovere - fuori dal fallimento - la propria liberazione dal vincolo contrattuale. Del resto, non va dimenticato che, nel contesto normativo dell'art. 72 l.fall., lo scioglimento del contratto assume rilevanza come «alternativa» alla prosecuzione del rapporto negoziale e che solo in quest'ultima diversa ipotesi è previsto che il curatore, facendosi carico di un adempimento *integrale* (e *non in moneta fallimentare*) delle obbligazioni contrattuali ineseuite, subentri a pieno titolo nella posizione del promittente venditore.

D'altronde, neppure il richiamo - presente anch'esso nella sentenza in commento - alla formazione di un *giudicato* di accoglimento sulla domanda ex art. 2932 c.c. si rivela un argomento pienamente decisivo per l'esclusione del c.d. effetto «prenotativo» dell'acquisto immobiliare, considerato che anche la sentenza «costitutiva» - categoria alla quale appartiene la pronuncia ex art. 2932 c.c. - sembra suscettibile di produrre un'efficacia giuridica immediata e, nella specie, anteriore alla stessa formazione della cosa giudicata (v. *amplius* quanto verrà osservato nel successivo paragrafo 5).

Non va trascurato, inoltre, che nella sentenza in commento la negazione del consolidamento di un effetto traslativo anteriormente alla dichiarazione di fallimento sembra costituire una conseguenza diretta (oltre che del disconoscimento dell'effetto «prenotativo», anche) della peculiare interpretazione del Tribunale sul «sistema» inaugurato dalle recenti riforme legislative con riguardo alla disciplina degli effetti del fallimento sul contratto preliminare pendente. L'attenzione del Tribunale si appunta, infatti, sull'innovativa previsione di un regime *eccezionale* (9) per l'ipotesi cui il fallimento del promittente venditore sopravvenga alla stipulazione di un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un bene immobile destinato a fungere da abitazione principale per il (promissario) comprato-

re (e per i suoi parenti o affini entro il terzo grado). Ebbene, secondo il Giudice torinese, la prosecuzione *ex lege* di tale contratto (ove trascritto ex art. 2645-bis c.c.) dovrebbe indurre a ritenere che, in tutte le altre ipotesi, il fallimento di una delle parti non potrebbe precludere al curatore il potere di determinarsi, in alternativa ad un (ipotetico) subentro nel rapporto, per lo scioglimento del contratto preliminare. E ciò, se non erro, in virtù dell'argomento secondo cui tutto ciò che non rientra nell'ambito di rilevanza della ricordata *eccezione* (la prosecuzione *ex lege* del contratto preliminare) confluirebbe, per ciò solo, nella più ampia area di pertinenza della *regola* (il potere del curatore di optare per la prosecuzione o per lo scioglimento del contratto).

Di qui la conclusione secondo cui tra le ipotesi soggette alla regola generale e sottratte, dunque, all'eccezione dell'art. 72, comma 8, l.fall. rientrerebbe: - non solo ogni ipotesi di contratto preliminare avente ad oggetto la compravendita di un bene immobile ad uso non abitativo o ad uso abitativo ma non destinato a fungere da abitazione principale per il promissario acquirente (o i suoi parenti e affini entro il terzo grado) (10), - ma altresì ogni situazione nella quale si viene comunque a determinare l'effetto conseguente alla conclusione del contratto definitivo, a cominciare dal consolidamento dell'effetto costitutivo che scaturisce dall'accoglimento di una domanda ex art. 2932 c.c.

Ora, anche gli argomenti così sviluppati dal Tribunale di Torino, per quanto suggestivi (e dotati finanche di un certo pregio per il tentativo di misurarsi in maniera piuttosto innovativa con la nuova disciplina degli artt. 72 ss. l.fall.) (11), non si rivelano tuttavia pienamente convincenti. Se è vero,

### Note:

(8) Queste argomentazioni sono quelle che sembrano potersi evincere dal seguente passaggio argomentativo del Tribunale: «la sentenza ex art. 2932 c.c. è pronuncia costitutiva, che nei rapporti tra le parti (tra le quali deve essere annoverato anche il curatore, che subentra nella medesima posizione del fallito) produce l'effetto traslativo della proprietà *ex nunc*, dal momento del suo passaggio in *giudicato*» (cfr. il paragrafo 2 della sentenza in commento).

(9) Eccezionale, s'intende, rispetto alla «regola generale» che consacra il potere di scelta del curatore tra subentro nel contratto (preliminare) pendente e scioglimento dal medesimo ex art. 72, commi 1 e 3, l.fall.

(10) Accanto a queste ipotesi, devono ritenersi sottratte al regime eccezionale dell'art. 72, comma 8, l.fall., se non erro, anche le ipotesi concernenti la conclusione di un contratto preliminare con il quale le parti si obbligano alla stipulazione di un contratto definitivo diverso da quello di compravendita o, comunque, da quello avente effetti (anche) reali.

(11) Nella prospettiva tracciata dal Tribunale v., recentemente, M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 367-368.

infatti, che il rapporto «regola-eccezione» contraddistingue il rinnovato sistema della disciplina del contratto preliminare *in parte qua*, è altrettanto vero, a mio parere, che un tale binomio non può assumere una diretta rilevanza ai fini della legittimazione del curatore a disporre lo scioglimento del contratto. Una tale legittimazione dipende, infatti, dalla persistente inesecuzione (totale o parziale) del contratto da parte di entrambi i contraenti, quale *prius* logico e giuridico per l'intervento del curatore sul vincolo contrattuale. Ed è in questa prospettiva, allora, che dev'essere intrapresa anche l'indagine sulla posizione del promissario acquirente che, anteriormente alla declaratoria di fallimento della controparte, abbia proposto e trascritto la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo.

### 3. Esecuzione del contratto preliminare e proposizione della domanda ex art. 2932 c.c.

Come accennato, la sentenza in commento si iscrive a pieno titolo tra le numerose pronunce giurisprudenziali che, in ossequio ad un consolidato indirizzo dottrinale, non intravedono alcun ostacolo - oltre al sopravvenuto perfezionamento dell'effetto traslativo della proprietà - per il libero esercizio del potere di scioglimento del contratto da parte della curatela.

In questa prospettiva, il rigoroso meccanismo di regolazione dei rapporti contrattuali pendenti - contraddistinto dal disconoscimento di qualsiasi potere di «autotutela» in favore del promissario acquirente (12) e dalla natura «discrezionale» del potere solutorio spettante al curatore (13) - tenderebbe a far prevalere inesorabilmente le esigenze del fallimento (e, in particolare, quelle alla destinazione del patrimonio imprenditoriale alla soddisfazione del ceto creditorio) sull'aspirazione del promissario acquirente al conseguimento di una tutela «in forma specifica» (e non solo per mero equivalente ... fallimentare) nei confronti del promittente venditore.

Laddove, infatti, nel sistema civilistico, un peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte contrattuale, tale da «porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione», legittima il contraente *in bonis* a disporre la sospensione *volontaria* dell'esecuzione della prestazione (almeno fino a quando non sia fornita la prova della reintegrata garanzia patrimoniale) (art. 1461 c.c.); nel sistema del diritto fallimentare, l'acclarato stato di insolvenza della controparte contrattuale determina *ex lege* un'immediata ed automatica sospensione dell'esecuzione del contratto pendente e la conse-

guente attribuzione al curatore di una facoltà di scelta che, assumendo rilevanza sul piano del diritto sostanziale, incide direttamente sull'evoluzione del rapporto contrattuale. E ciò, come detto, mediante l'assunzione degli obblighi contrattuali originari da parte del curatore ovvero mediante lo scioglimento del vincolo contrattuale e la conseguente liberazione del contraente *in bonis* dall'esecuzione della sua prestazione (14).

In altri termini, ciò che nella normale regolamentazione degli affari è affidato alla prudente valutazione del contraente *in bonis*, sì da prevenire le conseguenze negative di un peggioramento delle condizioni economiche di controparte, nella disciplina del fallimento è rimesso, invece, ad una perentoria statuizione di legge che, perseguendo l'interesse esclusivo del ceto creditorio, travolge l'esecuzione del contratto e può mutare radicalmente le sorti del regolamento pattizio.

In un simile contesto - si osserva - è naturale che l'esercizio del potere di scioglimento contrattuale risulti *preponderante* rispetto ad ogni altro interesse concorrente (quale quello del promissario acquirente al conseguimento della proprietà dell'immobile) e possa trovare una limitazione soltanto nella regola della *stabilizzazione dell'effetto traslativo* conseguente al perfezionamento del contratto definitivo ovvero al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva (15). A tale stregua, peraltro, troverebbe giustificazione anche il corollario della irrilevanza di un'e-

#### Note:

(12) Insiste, in particolare, sul mancato riconoscimento *iure positivo* di un potere di «autotutela» in capo al promissario acquirente F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento*, cit., 70-71, il quale definisce la minor tutela offerta al promissario acquirente come «una discrasia nel sistema di tutela».

(13) Non sono infrequenti in giurisprudenza i richiami alla natura «potestativa» del diritto del curatore di scegliere tra prosecuzione e scioglimento del contratto, come pure i riferimenti ad un apprezzamento «discrezionale» degli interessi economici che sono coinvolti nell'operazione contrattuale: v., *ex multis*, Cass., 13 gennaio 2006, n. 542, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1; Trib. Monza, 11 marzo 2009, ined.; Trib. Nola, 5 gennaio 2009, ined.; Trib. Nola, 20 settembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 102.

(14) Per l'affermazione della natura «sostanziale» del potere di scioglimento del contratto e della conseguente irrilevanza della preclusione di cui all'art. 345, comma 2, c.p.c. nel caso di esercizio in sede giudiziale, si rinvia alle pronunce richiamate *supra* alla nota 13 (sulla natura di «eccezione in senso proprio» del potere di scioglimento fatto valere in sede processuale, v., *ex multis*, Cass., 25 novembre 1993, n. 11657, in *Foro it.*, 1995, I, 294 ss., con nota di L. Ristori, *Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*).

(15) Si tratta di un principio assolutamente consolidato nella giurisprudenza sia di legittimità che di merito (v., *ex multis*, Cass., 13 gennaio 2006, n. 542, cit.; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20456, (segue)

ventuale esecuzione anticipata delle *obbligazioni accessorie* del contratto preliminare - aventi ad oggetto il pagamento (anche integrale) del prezzo pattuito e/o l'immissione della parte nel possesso dell'immobile oggetto del contratto - trattandosi soltanto di «effetti prodromici ed anticipatori» dell'assetto di interessi coinvolti nella complessiva operazione negoziale e, pertanto, inidonei - come tali - al consolidamento dei diritti nascenti dal contratto preliminare (16). Se questo è il contesto interpretativo nel quale viene tradizionalmente risolta la questione della tutela del promissario acquirente, è altrettanto evidente - come si è autorevolmente segnalato - che una tale impostazione si è sviluppata nell'assoluto disconoscimento di un fondamentale dato ricostruttivo: quello secondo cui la «regola generale» dell'art. 72, comma 1, l.fall. (e, per quanto qui rileva, il potere di scioglimento del contratto) non può affatto prescindere dal *complessivo contesto normativo* nel quale tale regola è inserita e rinviene il proprio fondamento. In altri termini: non sembra possibile legittimare il potere del curatore di sciogliersi liberamente dal contratto (in alternativa alla determinazione di subentrarvi) basandosi soltanto sul mancato perfezionamento dell'effetto traslativo. Una simile conclusione finisce, infatti, per trascurare il dato normativo essenziale (e, per dir così, «pregiudiziale») secondo cui l'attribuzione e l'esercizio del potere di scelta del curatore sono condizionati all'omessa esecuzione del contratto da parte di *entrambi* i contraenti («non eseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti»); con la conseguenza che, ogni qualvolta una delle parti abbia dato piena esecuzione alla propria prestazione, difetta lo stesso presupposto minimo indispensabile per consentire al curatore di esercitare il potere di determinare le sorti del contratto preliminare pendente (17).

Ed allora, la necessaria considerazione di tale presupposto comporta che ogni qualvolta il promissario acquirente, prima della dichiarazione di fallimento della controparte, abbia interamente corrisposto il *prezzo* di acquisto dell'immobile ed abbia altresì prestato la *volontà* di addivenire alla produzione dell'effetto traslativo per il tramite della proposizione della domanda *ex art. 2932 c.c.*, non dovrebbe residuare spazio alcuno per valutare se il curatore abbia o meno il potere di sciogliere il contratto, in quanto si sarebbe dinanzi ad un negozio che è stato *pienamente eseguito da una delle parti*, seppure in forme differenti (ma per questo non meno efficaci) rispetto a quelle con cui viene normal-

mente conclusa l'operazione intrapresa con la stipula del contratto preliminare (18).

Difatti, la proposizione della domanda *ex art. 2932 c.c.* da parte del promissario acquirente, se presuppone l'avvenuta esecuzione della sua prestazione accessoria (ove «esigibile») (19), si risolve al contempo in una manifestazione della sua volontà che risulta *protesa*, almeno astrattamente, all'«incontro»

### Note:

(segue nota 15)

in questa *Rivista*, 2006, 722 ss.; Cass., 25 agosto 2004, n. 16860, in *Giur. it. Mass.*, 2004, 105; Cass., 5 dicembre 2002, n. 17257, *ivi*, 2002, 2122; Cass., Sez. Un., 14 aprile 1999, n. 239, in questa *Rivista*, 1999, 1247 ss., con nota di A. Patti, *Fallimento del comproprietario promittente venditore e scioglimento dal preliminare*; nonché Trib. Monza, 11 marzo 2009, *cit.*; Trib. Nola, 5 gennaio 2009, *cit.*; Trib. Siracusa, 6 maggio 2008, in *Imm. propr.*, 2009, 57; Trib. Nola, 20 settembre 2007, *cit.*; Trib. Modena, 31 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 630 ss.). Recentemente v., in motivazione, Cass., 15 febbraio 2011, n. 3728, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 255. Il principio è consolidato anche in dottrina: cfr., in particolare, A. Maffei Alberti, *Contratto preliminare e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 616 ss., in part. 620 ss. e, più recentemente, M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, *cit.*, 367; F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento*, *cit.*, 61 ss., in part. 72-73, ove più ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(16) Il corollario è sotteso, espressamente o implicitamente, a quasi tutte le pronunce citate nella precedente nota 15, alle quali possono aggiungersi - per formulazioni del principio in termini più espliciti e puntuali - Cass., 14 aprile 2004, n. 7070, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in questa *Rivista*, 2000, 727 ss.; Cass., 14 gennaio 1993, n. 398, *ivi*, 1993, 714 ss.; Cass., 27 maggio 1992, n. 6383, *ivi*, 1993, 19 ss. (non può mancarsi di rilevare, peraltro, che un simile assunto è fatto proprio, in motivazione, anche da Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, *cit.*

(17) L'impostazione caldeggiata nel testo è suggerita, in particolare, da quell'autorevole dottrina che, più di altre, si è occupata delle problematiche sottese alla tutela del promissario acquirente, sviluppando l'analisi di tali problematiche, in particolare, nel contesto definito dal rapporto intercorrente tra la disciplina della «trascrizione delle domande giudiziali» e la disciplina dei «rapporti contrattuali pendenti nel fallimento». Il riferimento è, naturalmente, al pensiero di Vittorio Colesanti e ai suoi scritti sull'argomento: cfr. V. Colesanti, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, 228 ss.; *Id.*, *Fallimento e sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 494 ss. (nota a App. Milano, 27 febbraio 1973); *Id.*, *Fallimento del compratore e simulazione del prezzo: e gli artt. 2915 comma 2° c.c. e 45 l. fall.?*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 345 ss. (nota a Cass. 20 giugno 1977, n. 2578); più recentemente, cfr. anche *Id.*, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario: una «svolta» nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 329 ss. (ora anche in *Id.*, *Scritti scelti*, II, *Fallimento ed esecuzione forzata*, Napoli, 2010, 783 ss.) e *Id.*, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 93 ss. (ora anche in *Id.*, *Scritti scelti*, II, *cit.*, 809 ss.).

(18) In questo senso, v. ancora V. Colesanti, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario*, *cit.*, 335-336 e *Id.*, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, *cit.*, 98 ss., in part. 101.

(19) O l'offerta nelle forme prescritte dalla legge ove la prestazione risulti ancora inesigibile alla data della proposizione della domanda (art. 2932, comma 2, c.c.).

con la volontà della controparte (e, dunque, alla produzione dell'effetto traslativo) nei medesimi termini in cui tale effetto sarebbe conseguito - in caso di adempimento del promittente venditore - alla conclusione del contratto definitivo. Se è vero, infatti, che il trasferimento del diritto reale si produce per effetto del pronunciamento costitutivo del giudice che «tiene luogo» della mancata formazione del consenso (e cioè dell'incontro della volontà di entrambi i contraenti), nondimeno il promissario acquirente manifesta col suo comportamento una chiara volontà di addivenire - seppure in forma diversa rispetto a quella originariamente programmata - alla produzione dell'unico effetto giuridico divisato (l'acquisto della proprietà) e alla conseguente realizzazione dell'unico persistente interesse economico sotteso all'operazione negoziale.

In definitiva: il conseguimento dell'effetto traslativo, ove sia reso possibile dall'adempimento di entrambe le parti, consegue senz'altro alla «fusione» della volontà dei due contraenti; ove, invece, sia ostacolato dall'inadempimento del promittente venditore, è surrogato dalla costituzione giudiziale del rapporto contrattuale definitivo. Tuttavia, in questa seconda eventualità, la possibilità di applicare la previsione dell'art. 72, comma 1, l.fall. deve ritenersi preclusa dall'esecuzione della prestazione accessoria (il pagamento integrale del prezzo) e dalla proposizione della domanda introduttiva del giudizio costitutivo (tempestivamente trascritta) (20), la quale - in questo senso - si atteggia come una forma di «adempimento» dell'obbligazione da parte del promissario acquirente e, dunque, come una ragione di esecuzione «unilaterale» del contratto preliminare.

Sia consentito di notare, in conclusione, che una simile impostazione, ben lungi dall'«indebolire» la posizione del fallimento ... ad indebito vantaggio del promissario acquirente, rafforza finanche le ragioni stesse della curatela, la quale, senza neppure esercitare il potere di scioglimento, assiste al rigetto della domanda ex art. 2932 c.c. ogni qualvolta il promissario acquirente, pur avendo tempestivamente trascritto la domanda, non abbia eseguito la sua prestazione (o non ne abbia fatto una regolare offerta) malgrado ne risulti la piena esigibilità al momento dell'instaurazione del giudizio (21). Un ulteriore rafforzamento della posizione del fallimento discende, poi, dal fatto che - nella prospettiva ora descritta - la tempestiva trascrizione della domanda non sembra impedire un legittimo scioglimento del contratto quante volte la prestazione non sia esigibile (o non sia stata offerta dal promissario acquirente in forme idonee alla sua liberazione), con conseguente declaratoria di infon-

datezza della domanda costitutiva (22). Appare, però, evidente che, in entrambi i casi, un rafforzamento della posizione della curatela non si determina - né può determinarsi ex art. 72, comma 1, prima parte, l.fall. - a scapito della posizione del promissario acquirente che abbia non solo *proposto* (e trascritto) tempestivamente la domanda, ma abbia anche integralmente *eseguito* la sua prestazione (o ne abbia fatto una rituale offerta nei termini di legge).

#### 4. Trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. e scioglimento del contratto pendente

L'aver attribuito al comportamento del promissario acquirente la valenza di un'esecuzione «unilaterale» del contratto - con la conseguente efficacia preclusiva dell'eccezione di scioglimento - non deve indurre a trascurare la questione concernente l'opponibilità alla curatela della tempestiva trascrizione della domanda.

Ed, infatti, a me pare che un tempestivo assolvimento dell'onere pubblicitario contribuisca, anzitutto, a *consolidare* l'effetto preclusivo del potere di sciogliere il contratto. In altri termini, la trascrizione della domanda opera come condizione essenziale per rendere *opponibile* al fallimento quell'efficacia «impeditiva» del *potere di scioglimento del contratto* che consegue, per l'appunto, alla sua esecuzione da parte del promissario acquirente. Se è vero, infatti, che la trascrizione funge da strumento per rendere opponibile l'efficacia di un atto a quei «terzi» che, senza aver preso parte alla sua formazione, sono portatori di interessi in conflitto con quelli dipendenti dal perfezionamento dell'atto, non v'è motivo per dubitare che la tempestiva trascrizione della domanda sia idonea (e, al contempo, necessaria) per opporre al curatore gli effetti che conseguono alla

#### Note:

(20) Cfr. V. Colesanti, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario*, cit., 336, ove il richiamo all'inopponibilità del potere di scioglimento del contratto nei confronti del promissario acquirente.

(21) Per questa precisazione, cfr. V. Colesanti, *op. ult. cit.*, 335-336. Ma v. già Id., *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 263 ss.

(22) Incidendo negativamente sull'esistenza stessa del diritto alla costituzione dell'effetto traslativo, l'esercizio (legittimo) della facoltà di sciogliere il contratto determina pacificamente l'infondatezza nel merito della domanda attorea (sul punto v., per tutti, V. Colesanti, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario*, cit., 335-336). Nessun margine di operatività residua, invece, per la declaratoria di improcedibilità o inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 51 l.fall., dal momento che l'azione *de qua* resta del tutto estranea - come già rilevato da Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, cit. - alla categoria delle azioni esecutive.



sua proposizione (e alla previa esecuzione della prestazione contrattuale) da parte del promissario acquirente: a cominciare, naturalmente, dalla preclusione del potere solutorio del contratto in virtù della sua esecuzione «unilaterale».

Ma vi è di più. La tempestiva trascrizione della domanda consente altresì l'esplicitamento dell'effetto «prenotativo» dell'acquisto immobiliare ai sensi dell'art. 2652, n. 2, c.c. E ciò, beninteso, ogni qualvolta si pervenga alla pronuncia (e alla trascrizione) della successiva sentenza di accoglimento: non v'è dubbio, infatti, che l'opponibilità al fallimento dell'effetto «prenotativo» può delinearsi soltanto come conseguenza della preclusione (e, quindi, del mancato esercizio da parte del curatore) del menzionato potere di scioglimento del contratto.

Conclusione, questa, che sembra collimare perfettamente con la prospettata lettura dell'esecuzione *ex uno latere* del contratto da parte del promissario acquirente. Ed, infatti, se il contratto è stato eseguito da una delle parti, l'effetto traslativo della proprietà non può essere ostacolato dall'esercizio del potere di scioglimento; con la conseguenza che la tempestiva trascrizione della domanda opera un duplice effetto: rende opponibile al curatore la preclusione del potere di scioglimento del contratto e «prenota» l'effetto traslativo della proprietà che consegue alla pronuncia (e alla trascrizione) della sentenza favorevole. Se, invece, il contratto non è stato ancora eseguito da entrambe le parti (normalmente perché la prestazione non è esigibile o non è stata offerta dal promissario nelle forme idonee alla sua liberazione), il tempestivo assolvimento dell'onere pubblicitario deve confrontarsi con la questione - sopra accennata - della possibilità che la «prenotazione» dell'effetto traslativo (conseguente al perfezionamento del meccanismo pubblicitario) prevalga sul legittimo esercizio del potere di scioglimento da parte del curatore.

Si comprende allora e va sottolineata la stretta correlazione esistente tra il profilo della trascrizione della domanda (e della sua opponibilità al fallimento) e quello concernente l'esplicitazione del potere di scioglimento del contratto. In tanto ha senso interrogarsi sulla idoneità della trascrizione ad inibire (*rectius* rendere infondato) lo scioglimento del contratto, in quanto tale potere sia esercitato *legittimamente* dal curatore. Un'eventualità, quest'ultima, che è destinata però a realizzarsi - per quanto sopra si diceva - soltanto nel caso di inesigibilità della prestazione o di mancata offerta della stessa nelle forme atte alla liberazione del promissario. Di qui, può convenirsi allora con quanti ravvisano nella

trascrizione della domanda una «formalità» (i) *idonea* a prenotare l'effetto traslativo della proprietà ogni qualvolta si pervenga alla sentenza di accoglimento (o perché il potere di scioglimento è precluso o perché il curatore trascura di esprimersi sul contratto), ma (ii) *inidonea* ad impedire la legittima esplicitazione di un potere che è destinato ad incidere direttamente sul rapporto sostanziale pendente alla data della dichiarazione di fallimento.

E ciò, in conclusione, in quanto la regola dell'art. 45 l.fall., se può trovare applicazione quando ricorrono le condizioni affinché l'effetto «prenotativo» si realizzi tramite l'accoglimento della domanda costitutiva, non potrebbe avere un legittimo spazio applicativo ogni qualvolta, invece, alla pur tempestiva proposizione e trascrizione della domanda sopravvenga una (legittima) determinazione potestativa del curatore, a cui fa da contraltare una condizione di «soggezione» del promissario acquirente (23).

Invero, secondo l'impostazione tradizionale del problema, la *non idoneità* della tempestiva trascrizione della domanda a prevalere sull'eccezione di scioglimento del contratto si spiegherebbe piuttosto alla stregua di taluni consolidati principi, come quello della «indisponibilità» del patrimonio debitorio successivamente alla dichiarazione di insolvenza o quello sotteso al rigoroso rispetto in sede fallimentare della *par condicio creditorum*. In questa duplice prospettiva, si è evidenziato soprattutto che la regola dello «spossessionamento» precluderebbe la possibilità di un consolidamento retroattivo della proprietà in data anteriore alla «cristallizzazione» del patrimonio fallimentare, mentre il principio della *par condicio creditorum* imporrebbe un trattamento equivalente tra tutti coloro che avanzano pretese nei confronti del fallito, ivi compreso, dunque, il promissario acquirente (24). Se l'acquisto della proprietà - si è osservato - retroagisse al momento della

---

### Note:

(23) Per la qualificazione in termini di «diritto potestativo» v., oltre alle pronunce citate nelle note precedenti, Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, in questa *Rivista*, 1998, 143 ss.

(24) È la giurisprudenza assolutamente prevalente che si richiama a tali principi: v., *ex multis*, Cass., 7 gennaio 2008, n. 33, in questa *Rivista*, 2008, 767 ss., con nota di D. Finardi, *Facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare e aspetti innovativi dell'art. 72 l.fall.*; Cass., 13 gennaio 2006, n. 542, *cit.*; Cass., 22 dicembre 2005, n. 28480, in questa *Rivista*, 2006, 801 ss., con nota di F. Di Marzio, *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile*; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20452, *ivi*, 2006, 722 ss.; Cass., 18 maggio 2005, n. 10436, *ivi*, 2006, 848 ss.; Cass., 25 agosto 2004, n. 16860, *cit.*; Cass., Sez. Un., 14 aprile 1999, n. 239, *cit.* (cfr. an-

trascrizione della domanda, finirebbe per rendere opponibile al fallimento un effetto che si determina a seguito di un evento (la pronuncia e la trascrizione della sentenza favorevole) che si viene consolidare soltanto *dopo* la formazione del vincolo di indisponibilità dell'art. 42 l.fall. e, quindi, in aperta violazione della regola dello «spossezzamento». D'altra parte - si è osservato ancora - la necessità di un trattamento paritario dei creditori deve portare ad escludere che il promissario acquirente possa beneficiare dell'«indebito vantaggio» di un'esecuzione in forma specifica del contratto che sia attuata successivamente all'apertura del fallimento e alla manifestazione di volontà del curatore di sciogliere il vincolo contrattuale.

Sono queste, in estrema sintesi, le argomentazioni da cui è apparso logico e consequenziale desumere l'innopponibilità alla curatela del menzionato meccanismo pubblicitario nei casi in cui sia stato disposto lo scioglimento del contratto nelle more del giudizio costitutivo. Solo che - come autorevolmente segnalato - questi principi si rivelano tutt'altro che invincibili *in parte qua*, ove solo si consideri che il sistema degli effetti del fallimento tende, in realtà, a strutturarsi in base ad una regolamentazione assai meno rigorosa di quella che si ritiene comunemente sottesa ai concetti di «spossezzamento» o «*par condicio*». Per un verso, infatti, la soddisfazione integrale delle pretese nei confronti del fallito è un'eventualità tutt'altro che sconosciuta all'ordinamento, assumendo anzi una rilevanza preponderante, ad esempio, in sede di compensazione ai sensi dell'art. 56 l.fall. Per altro verso, poi, la regola del paritario trattamento dei creditori - sempre più negletta dal legislatore per il proliferare di attribuzioni di privilegi ai creditori concorsuali e per l'implementazione dell'istituto delle «classi» nelle soluzioni concordate - mal si adatta alla figura del promissario acquirente, limitando eccessivamente l'ambito della tutela riconosciutagli nei confronti del fallimento (*id est* riducendo la possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale al solo recupero, in sede fallimentare, del prezzo anticipatamente corrisposto) (25).

In giurisprudenza, la «svolta» in favore di un diverso indirizzo ermeneutico si è compiuta con la ricordata pronuncia delle Sezioni Unite del 2004. Una pronuncia che, malgrado l'autorevolezza dell'intervento e lo «scrupolo e compiutezza d'indagine» che l'hanno contraddistinto (26), ha ricevuto scarso seguito nella giurisprudenza che è intervenuta successivamente. Le conclusioni a cui sono pervenute le Sezioni Unite, infatti, laddove non hanno suscitato prese di posizione duramente critiche (27), hanno dato luogo, soprattutto nella giurisprudenza di legiti-

timità, ad un atteggiamento di ferma opposizione, se non addirittura di malcelato disinteresse, verso

**Note:**

(segue nota 24)

che Cass., 24 luglio 2009, n. 17405, in questa *Rivista*, 2010, 494 ss. con riferimento ad un'ipotesi di contratto preliminare di vendita avente ad oggetto un «immobile indiviso», nonché Cass., 1° dicembre 2010, n. 24396, in questa *Rivista*, 2011, 877 ss.; Cass., 1° marzo 2007, n. 4888, in *Foro it.*, 2008, I, 909 ss., con nota di M. Fabiani; Trib. Monza, 11 marzo 2009, *cit.*, con riguardo al contratto preliminare di vendita di «cosa futura». Nella giurisprudenza di merito, v. invece Trib. Treviso, 12 febbraio 2010, in *Contr.*, 2010, 795 ss., con *Commento* di M. Ticozzi; Trib. Locri, 20 dicembre 2001, in questa *Rivista*, 2002, 1117 ss., con nota di G. Bettazzi, *Facoltà di scioglimento del curatore nel contratto preliminare di compravendita*; Trib. Pavia, 1° aprile 1992, in *Foro it.*, 1992, I, 3119 ss., con nota di N. Cosentino.

(25) Il necessario «ridimensionamento» della portata di tali principi nel sistema fallimentare e, in particolare, in relazione all'esercizio del potere di scioglimento del contratto pendente è puntualmente rilevato da V. Colesanti, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario*, *cit.*, 336 e *Id.*, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, *cit.*, 101. Per una rilettura critica della portata del principio della *par condicio* nel moderno assetto della legge fallimentare, v. anche *Id.*, *Mito e realtà della par condicio*, in questa *Rivista*, 1984, 32 ss.

(26) Il giudizio è quello espresso da V. Colesanti, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario*, *cit.*, 347.

(27) Aspre critiche alla decisione delle Sezioni Unite sono state espresse dalla quasi totalità della dottrina che è intervenuta sull'argomento. E non solo per dissentire dalla motivazione della sentenza sul piano dell'argomentazione giuridica, ma anche (e prim'ancora) per lamentare una sorta di vizio di «ultrapetizione» da parte della Suprema Corte. A tal proposito, si è osservato che le Sezioni Unite, pur essendo state chiamate a pronunciarsi su una vicenda concernente un contratto preliminare di *permuta*, non avrebbero esitato a sancire principi «esorbitanti» il *thema decidendum* in quanto destinati a trovare applicazione soprattutto nell'ipotesi di contratto preliminare di *compravendita* (per questa critica, v., in particolare, F. Rocchio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, *cit.*, 1458). Si è, inoltre, sostenuto che, nella specie, sarebbe mancato il presupposto giustificativo sul piano processuale di un intervento delle Sezioni Unite, in quanto non sarebbe stato possibile riscontrare un esplicito contrasto della giurisprudenza di legittimità in punto di scioglimento del contratto preliminare pendente successivamente alla trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. (per questa critica, v., per tutti, M. Fabiani, nota *cit.*, 3038). Tali critiche, tuttavia, non risultano, a mio sommesso avviso, del tutto convincenti, se solo si pone attenzione, da un lato, alla perfetta spendibilità dei principi proclamati dalle Sezioni Unite in favore di entrambe le tipologie contrattuali sopra menzionate (in questo senso v., recentemente, Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, in questa *Rivista*, 2010, 1248 ss., con nota critica di M. Montanari, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*) e, dall'altro lato, all'esistenza «innegabile» - come osservano le stesse Sezioni Unite - di «dissonanze, anche inconsapevoli, nella giurisprudenza di questa Corte in ordine all'applicazione del citato art. 72, comma 4 [oggi: comma 1], l.fall. rispetto ai contratti preliminari». Ancor meno condivisibili sono, infine, quelle critiche alla decisione delle Sezioni Unite che non hanno mancato di esprimere il proprio dissenso con toni eccessivamente polemici, quali traspaiono da una rappresentazione fuorviante della pronuncia alla stregua di «un attacco premeditato (...) destinato (...) a non lasciare il segno (...) a disorientare l'interprete» (così G. Bettazzi, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita*, *cit.*, 755).

l'«ingombrante» precedente. Ma anche in quella parte della giurisprudenza della Suprema Corte che ha mostrato di non voler dissentire dalle conclusioni formulate nel 2004 (28), la condivisione delle regole sancite dalle Sezioni Unite è stata posta spesso nei termini di una mera affermazione di principio, non supportata dallo svolgimento di argomenti nuovi, volti ad implementare (o a chiarire) il ragionamento compiuto dalla Corte (29).

Ed, infatti, il percorso ermeneutico tracciato dalle Sezioni Unite ha suscitato non poche critiche nella parte in cui ha subordinato il sistema degli effetti del fallimento sui rapporti contrattuali pendenti alla regola generale tracciata nell'art. 45 l.fall. Si è giunti, in particolare, a criticare come sbrigativa e poco coerente l'affermazione della *necessità* di vincolare l'esercizio del potere di scioglimento del contratto al rispetto del principio di inopponibilità ai terzi delle «formalità» posteriori al fallimento (30). E qui, in effetti, sta il vero punto dolente della questione, atteso che i dati ricostruttivi individuati dalla Corte finiscono per determinarsi in contesti assolutamente *differenti* e fra loro nettamente *incompatibili*: la gestione dei rapporti contrattuali pendenti alla data del fallimento e, rispettivamente, la circolazione dei diritti soggettivi. Con questo non si vuol dire che l'art. 72 non sia soggetto al principio dell'art. 45, ché invece lo è - se non erro - ogni qualvolta si giunga, in costanza di fallimento, alla sentenza che tiene luogo del contratto non concluso (31), ma piuttosto che l'art. 45 non può consentire che una «formalità» necessaria per rendere opponibile un atto ai terzi (e, quindi, anche al curatore tutte le volte che assume rilevanza un problema di circolazione dei diritti) inibisca l'esercizio di un potere sostanziale e paralizzi l'efficacia estintiva del diritto azionato dal promissario acquirente.

Ora, se è vero che l'effetto «prenotativo» non può ostacolare il legittimo scioglimento del contratto, non si può però sottacere che - come autorevolmente segnalato - il promissario acquirente, nel promuovere l'azione ex art. 2932 c.c., consegue un «diritto (processuale) alla sentenza (...) maturato con la litispendenza» (32). Ecco allora che il problema sembra divenire quello di considerare se un tale diritto, immanente al sistema della tutela giurisdizionale e rafforzato, nel caso di specie, dalla «prenotazione» dei relativi effetti, possa resistere in qualche misura al potere della curatela di disporre lo scioglimento del contratto.

In proposito, non è certo facile accettare che la pretesa del promissario acquirente possa essere irrimediabilmente frustrata per effetto dell'inadempimen-

to e del successivo fallimento della controparte, soprattutto ove si consideri che il promissario si è reso parte diligente e ha fatto tutto il possibile per concorrere a perfezionare quell'operazione economica che è stata programmata anche dal fallito. D'altra parte, però, non sembra possibile disconoscere che il potere del curatore di disporre lo scioglimento del vincolo contrattuale si atteggia - nel contesto normativo della legge fallimentare - alla stregua di una vicenda *estintiva* del diritto ad ottenere per via giudiziale la costituzione dell'effetto traslativo della proprietà immobiliare. La trascrizione della domanda, dal canto suo, non sembra poter prevalere sul legittimo esercizio del potere solutorio e, se consen-

### Note:

(28) Come ricorda anche la sentenza in commento, si tratta di Cass., 8 luglio 2010, n. 16160, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 7-8 e Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, *cit.*

(29) Un tentativo di sviluppare taluni degli argomenti elaborati dalla pronuncia della Suprema Corte è stato compiuto recentemente da Cass. 23 giugno 2010, n. 15218, *cit.*, nella quale, con particolare riferimento all'interesse del promissario acquirente alla ragionevole durata del processo, si sottolinea - senza però tutti i necessari approfondimenti (per i quali, v. invece M. Montanari, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*, *cit.*, 1251 ss.) - come una tale forma di tutela finirebbe per essere irrimediabilmente compromessa dalla paralisi del meccanismo pubblicitario ex artt. 2652, n. 2 e 2932 c.c. che è indotta da un incondizionato esercizio del potere di scioglimento del contratto da parte del curatore. Si osserva, infatti, in ossequio ancora una volta all'autorevole dottrina più volte richiamata, che l'attesa (astrattamente indeterminata) di una presa di posizione del curatore in ordine alla sorte del contratto comporta una inevitabile frustrazione del principio secondo cui la durata del giudizio non deve tradursi in un elemento pregiudizievole per la parte che ha ragione (cfr. V. Colesanti, *Fallimento del promittente venditore e tutela del promissario*, *cit.*, 344, 348; *Id.*, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, *cit.*, 99, 107-108 testo e nota 13, 118; sulla «reversibilità» di un tale argomento, v. invece M. Fabiani, *nota cit.*, 3042).

(30) Così, in particolare, G. Bettazzi, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita*, *cit.* 759.

(31) Non v'è dubbio, infatti, che il regime di opponibilità ai terzi dell'«atto» dispositivo del patrimonio debitorio tende a conformarsi al regime di opponibilità vigente nell'esecuzione individuale (artt. 2914-2915 c.c.), secondo il quale il «conflitto» tra creditore pignorante (o intervenuto) del promittente venditore esecutato e promissario acquirente che agisca nei confronti del medesimo promittente venditore ai sensi dell'art. 2932 c.c. si risolve alla stregua di un criterio univoco, rappresentato dalla collocazione temporale del pignoramento rispetto alla trascrizione della domanda. Di talché: come la priorità del pignoramento favorisce il soddisfacimento del creditore *in executivis* sul bene oggetto della domanda tardivamente trascritta, così la priorità della trascrizione della domanda deve consentire che anche l'effetto traslativo della proprietà (che si consolida retroattivamente con la trascrizione della sentenza favorevole) prevalga sulla sopravvenuta declaratoria di fallimento e sia, quindi, opponibile al curatore e alla massa fallimentare (sul punto cfr. C. Cavallini, *Sub art. 45, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, 2010, 925 ss.).

(32) L'espressione è di V. Colesanti, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, 96.

te di prenotare gli effetti della sentenza di accoglimento (ove alla sentenza si giunga) (33), non può inibire al curatore di sciogliere il contratto ove questo risulti ancora ineseguito da entrambe le parti alla data del fallimento.

### 5. Sentenza costitutiva e immediata esecutività

A rafforzare la tutela del promissario acquirente potrebbe contribuire, invece, un diverso inquadramento del regime degli effetti della sentenza *ex art. 2932 c.c.* Se è vero, infatti, che il tradizionale indirizzo interpretativo è nel senso di attribuire alle sole pronunce di condanna una propensione alla provvisoria esecutorietà, è altrettanto innegabile che, da tempo, si ammette un tendenziale ampliamento del novero degli effetti della sentenza che sono suscettibili di ottenere un'attuazione immediata (34). Non si ignora, pertanto, che l'applicazione di tale principio - a cui si uniforma anche la pronuncia in commento - è proprio nel senso di escludere la costituzione dell'effetto traslativo *ex art. 2932 c.c.* (al pari di ogni altro effetto costitutivo: *rectius* non condannatorio) anteriormente alla formazione di un giudicato formale (35). Né si intendono sottovalutare le conseguenze che un'anticipazione degli effetti costitutivi verrebbe a determinare sul piano dell'assetto degli interessi dedotti in giudizio e, in particolare, della gravosità per le parti di una successiva modificazione - ad opera di un contrario pronunciamento in appello (o in cassazione) - di quello *status* giuridico che si è venuto a costituire con la sentenza di primo grado (36).

Tuttavia, se non è questa la sede per esaminare *funditus* una tale complessa tematica (37), sembra possibile rilevare che un'anticipazione dell'effetto traslativo *de quo* contribuirebbe a rafforzare notevolmente la tutela del promissario acquirente, assicurandogli il conseguimento (provvisorio, ma) immediato del diritto di proprietà sull'immobile promesso in vendita dalla controparte (inadempiente e) insolvente. D'altro canto, se si considera che - secondo la prospettiva sopra indicata - il potere di scioglimento del contratto deve ritenersi *precluso* al curatore dopo la proposizione e trascrizione della domanda *ex art. 2932 c.c.* (vuoi perché tale iniziativa processuale - ove accompagnata dall'esecuzione della prestazione - determina un'esecuzione «unilaterale» del contratto, vuoi perché - in questo caso - la «prenotazione» dell'effetto costitutivo può opporsi legittimamente al fallimento), è facile avvedersi che una costituzione anticipata dell'effetto traslativo non si porrebbe neppure in contrasto con la posizione della curatela, alla quale - come detto - è sottratta ogni possibilità di scioglimento del contratto.

E ciò è tanto più rilevante se si osserva che una simile circostanza riduce notevolmente anche le probabilità che il giudizio impugnatorio possa terminare con una revisione *in parte qua* delle conclusioni del giudice di primo grado, dal momento che deve ritenersi inibito al curatore l'esercizio del potere solutorio anche nel corso dei successivi gradi del giudizio. Anzi, un'anticipazione degli effetti costitutivi della sentenza finirebbe addirittura per promuovere un (auspicabile) riequilibrio tra la posizione del curatore e quella del promissario acquirente che sia stato «pregiudicato», oltre che dall'*inadempimento* della controparte, anche dal suo successivo *fallimento*. Ed, infatti, nell'immediato conseguimento della proprietà della *res* potrebbero trovare adeguata giustificazione gli sforzi del promissario acquirente per eseguire *ex uno latere* il contratto preliminare (pagamento anticipato del prezzo e proposizione della domanda *ex art. 2932 c.c.*) e per precostituirsi l'effetto «prenotativo» dell'acquisto in epoca anteriore all'apertura del fallimento (trascrizione della domanda *ex art. 2652, n. 2, c.c.*).

#### Note:

(33) Vale a dire: ove il curatore non ricorra allo scioglimento del contratto o perché il legittimo esercizio di tale potere è precluso dall'esecuzione *ex uno latere* dell'accordo o perché il curatore opta per la sua prosecuzione nei confronti del contraente *in bonis*.

(34) La limitazione della regola dell'art. 282 c.p.c. alle sole pronunce di condanna propedeutiche all'instaurazione di un processo esecutivo nelle forme individuate dal codice di rito è tratto comune alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti: v., per tutti, C. Consolo, *Sub art. 282*, in *Codice di procedura civile commentato*, I, diretto da C. Consolo, Milano, 2010, 2789 ss.

(35) Così, recentemente, Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 171 ss.

(36) Cfr. Cass., 6 febbraio 1999, n. 1037, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 278: secondo la Suprema Corte, il principio per cui l'anticipazione dell'efficacia della sentenza trova attuazione soltanto con riferimento alle sentenze di condanna esclude un'immediata esecutività della pronuncia di primo grado resa in sede di accoglimento di un'azione *ex art. 2932 c.c.* proposta dal promissario acquirente di un bene immobile, con la conseguenza che - in ossequio al consolidato indirizzo della stessa giurisprudenza di legittimità (v. *supra* le indicazioni contenute nella precedente nota 15) - «il curatore può sciogliersi dal preliminare di vendita stipulato dal fallito finché non sia passata in giudicato la sentenza costitutiva che dà luogo a trasferimento del bene al compratore».

(37) Per un'accurata disamina della complessa questione, v. il classico lavoro di F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, *passim* (cui *adde* Id., voce *Esecutorietà (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1995, 1 ss.), nonché, più recentemente, G. Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 232 ss., 289 ss., 333 ss. Infine, per un'analisi della questione nella particolare prospettiva della materia fallimentare, sia consentito di rinviare a M. Gaboardi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2010, 633 ss. e Id., *La provvisoria esecutorietà dei (soli) capi condannatori della sentenza revocatoria fallimentare*, *ivi*, 2011, 1400 ss. (nota a Cass., 29 luglio 2011, n. 16737).

