

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

I contratti di borsa a termine. I contratti relativi agli immobili da costruire. L'associazione in partecipazione. Il contratto di locazione di immobili. Il contratto di edizione

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1686373> since 2019-01-10T08:33:23Z

Publisher:

UTET

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Capitolo IV

I CONTRATTI DI BORSA A TERMINE

di Marco Aiello

Il capitolo verte sugli effetti che il fallimento spiega sui contratti di borsa a termine. L'apertura della procedura ne determina lo scioglimento *ope legis*, secondo uno schema la cui *ratio* va individuata nella necessità di sottrarre il patrimonio dell'imprenditore decotto al rischio legato all'oscillazione nel tempo del parametro finanziario sottostante al negozio. L'enucleazione dell'interesse protetto costituisce la guida per l'interprete che intenda individuare l'area di applicazione della norma, estensibile a tutti quei rapporti in cui il differimento dell'esecuzione delle prestazioni a un termine prestabilito non svolga una mera funzione dilatoria, ma assuma anzitutto rilevanza ai fini della determinazione della causa del contratto. Si affrontano altresì le implicazioni dello scioglimento (assimilabile, nella sostanza, all'anticipazione della scadenza originariamente pattuita), con particolare riguardo ai criteri di liquidazione del rapporto (incluso quello basato sul costo di sostituzione) e alle problematiche inerenti alla possibilità, per il contraente *in bonis*, di dedurre il credito che dovesse risultare in capo al fallimento in compensazione con i propri eventuali controcrediti.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 1548-1551 c.c.; artt. 1, 6, r.d.l. 20.12.1932, n. 1607, convertito nella l. 20.4.1932, n. 504; artt. 34, 56, 72, 76, 104 l. fall.; artt. 83, 90, d.lgs. 1.9.1993, n. 385; art. 203, d.lgs. 24.2.1998, n. 58.

SOMMARIO: 1. La *ratio* della norma. – 2. Il perimetro di applicazione del precetto: la controversa nozione dei contratti di borsa a termine. – 3. Il mancato decorso del termine alla data di apertura della procedura. – 4. L'automatica anticipazione della scadenza del contratto alla data della dichiarazione del fallimento.

1. La *ratio* della norma

L'art. 76 l. fall. disciplina gli effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine, stabilendo che gli stessi, ove non ancora giunti a scadenza, **si sciogliono** automaticamente alla data di apertura della procedura¹.

¹ Nella liquidazione coatta amministrativa delle banche gli effetti dello scioglimento si producono dalla data d'insediamento degli organi liquidatori e, comunque, dal terzo giorno successivo all'adozione del provvedimento che dispone la liquidazione (art. 80, 2° comma, d.lgs. 1.9.1993, n. 385).

La *ratio* del precetto, rimasto sostanzialmente invariato dal 1942², è tradizionalmente individuata nella necessità di sottrarre il patrimonio dell'imprenditore decotto all'**alea** tipica delle **oscillazioni dei corsi di borsa**³, nonché, più in generale, alle variazioni dell'indice o dello strumento finanziario sottostante a quelli che sono negozi di natura squisitamente **speculativa**, in quanto causalmente fondati, per l'appunto, sulle fluttuazioni del parametro adottato come riferimento; a condizione, naturalmente, che il rapporto non sia ancora giunto a scadenza, atteso che solo in pendenza del termine il rischio si mantiene attuale. In questa prospettiva, la legge prescrive la "cristallizzazione" del risultato economico dell'operazione in coincidenza dell'emanazione della sentenza dichiarativa del fallimento⁴, onde impedire che, in costanza di procedura, l'alea insita – per definizione – in questa tipologia di contratti incida ulteriormente sulla consistenza della massa attiva e di quella passiva e, in definitiva, sul soddisfacimento dei creditori.

L'obiettivo è perseguito con tale intensità da essere affidato a un meccanismo che, come si è anticipato, scatta *ope legis*, restando esclusa qualsiasi valutazione discrezionale da parte del curatore⁵. Si assiste, pertanto, a un'evidente deviazione dallo schema generale di cui all'art. 72 l. fall., il quale – com'è noto – prevede, in prima battuta, la sospensione del negozio non ancora compiutamente eseguito, allo scopo di consentire alla procedura di effettuare gli opportuni accertamenti e di optare per il subingresso, o per lo scioglimento, solo dopo aver soppesato le peculiarità di ciascuna singola fattispecie concreta⁶.

² MINUTOLI, Sub art. 76, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 1036, osserva che la riforma del 2006 «ha soltanto sostituito l'espressione (il contratto) "è risolto" con quella "si scioglie" (probabilmente più corretta), senza che ciò comporti alcuna reale modificazione della sua portata precettiva».

³ VIGNERA, *Considerazioni sulla ratio dell'art. 76 l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1983, I, 252 ss.; BONSIGNORI, *Il fallimento*, Padova, 1986, 420; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 2000, 523; SPIOTTA, Sub art. 76, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1220; BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, in SANZO (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, 143; FIENGO, Sub art. 76, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, II, Milano, 2010, 445; LIMITONE, *Borsa di commercio*, in FERRO (a cura di), *Le insinuazioni al passivo. Manuale teorico pratico dei crediti e dei privilegi nelle procedure concorsuali*, Padova, 2010, 321; GUALANDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2011, 272; A. DIMUNDO, Sub art. 76, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 968-969.

⁴ Trib. Milano, 17.7.1967, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, 577.

⁵ Trib. Milano, 25.1.2001, in *Fallimento*, 2001, 706.

⁶ QUATRARO-F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Milano, 2011, 555, rilevano che, «se nei contratti commutativi pendenti è prevista, a favore del curatore e nell'interesse dei creditori, la sospensione automatica e l'opzione tra il subentro e lo scioglimento del contratto, in quanto in tali rapporti, sulla base dei dati disponibili,

Diversamente, i contratti di borsa a termine cessano – lo si ripete – in ogni caso, vale a dire indipendentemente dalle previsioni circa l'ipotetico esito dell'operazione, quand'anche fosse ragionevolmente pronosticabile (pur sempre nell'ambito di un approccio giocoforza probabilistico) che la prosecuzione del rapporto fino alla naturale scadenza possa essere foriera di un lucro. Questi negozi, inoltre, si sciolgono in via automatica, vale a dire senza la necessità di alcuna manifestazione di volontà da parte del fallimento⁷.

Tale impostazione – chiaramente desumibile dal dettato normativo – sembra in qualche misura postulare l'incompatibilità dell'ordinato incedere della procedura con l'alea tipica della speculazione finanziaria, dal che potrebbe forse inferirsi la sussistenza di un vero e proprio limite al *genus* di operazioni che il curatore possa legittimamente porre in essere nell'esercizio delle propri funzioni. Non è un caso, del resto, che l'art. 34, 1° comma, 1. fall., pur consentendo, una volta ottenuta l'autorizzazione del comitato dei creditori, l'investimento dell'attivo recuperato in strumenti diversi dal deposito in conto corrente, precisi che essi sono ammessi solo quando siano idonei a garantire l'integrità del capitale; dal che emerge nuovamente (pur sotto una diversa angolazione) il tendenziale rifiuto di tutti quei prodotti finanziari contraddistinti da una componente di rischio così elevata da non permettere di escludere con certezza, *ex ante*, la maturazione di perdite a carico della massa⁸.

D'altro canto, lo scioglimento *ope legis* resta verosimilmente precluso – ai sensi dell'art. 104, 8° comma, 1. fall.⁹ – nella peculiare ipotesi di **esercizio provvisorio**. In tale evenienza, infatti, non opera alcun automatismo, essendo invece compito del curatore individuare i rapporti di cui sospendere l'esecuzione o di cui determinare lo scioglimento. A proposito dei contratti di borsa a termine, tuttavia, questa seconda soluzione si rivela – almeno di regola – quella preferibile anche

è possibile valutare la convenienza della scelta in un senso o nell'altro, con la conseguenza che sarebbe illogico precludere agli organi del fallimento la possibilità della prosecuzione del rapporto pendente, se in concreto giudicato conveniente, altrettanto illogico sarebbe stato consentire la prosecuzione di un rapporto come i contratti di borsa, connotati da una forte alea e, pertanto, in contrasto con l'esigenza di certezza che deve permeare l'amministrazione del patrimonio del fallito per un'ovvia tutela delle ragioni dei creditori, i quali debbono sempre essere posti al riparo da qualsiasi attività speculativa e dai rischi che essa comporterebbe».

⁷ MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in BUONOCORE-BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, II, Padova, 2010, 541.

⁸ CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, XI, 2, Padova, 2009, 281, nota n. 126, muovendo dalla regola di cui all'art. 34, 1° comma, 1. fall., osserva che, «in linea con la finalità della procedura, resta inibito al curatore, ancorché autorizzato, l'impiego delle attività in operazioni di tipo speculativo».

⁹ Nella liquidazione coatta amministrativa delle banche la deroga all'automatico scioglimento del rapporto per il caso di continuazione dell'esercizio dell'impresa discende dall'art. 90, 3° comma, d.lgs. n. 385/1993.

nello scenario della continuazione dell'impresa, in quanto essi non solo difficilmente risultano davvero funzionali alla prosecuzione dell'attività caratteristica, ma producono altresì l'effetto – obiettivamente poco confacente a una procedura concorsuale – di sommare all'alea imprenditoriale un'ulteriore componente di rischio, di natura finanziaria¹⁰.

2. Il perimetro di applicazione del precetto: la controversa nozione dei contratti di borsa a termine

L'individuazione della *ratio* dell'art. 76 l. fall. fornisce un utile supporto nella determinazione del relativo perimetro applicativo, la cui “messa a fuoco” sconta la difficoltà che – com'è stato osservato – «la categoria dei “contratti di borsa a termine” trovando il proprio fondamento, per così dire, primario, in una realtà mercantile largamente governata e regolata dagli usi, e per di più caratterizzata da una vastissima gamma di strumenti negoziali, ha lasciato spazio ad un'ampia discrezionalità interpretativa»¹¹.

In proposito, conviene muovere dalla relazione illustrativa alla legge fallimentare del 1942, la quale chiariva che l'art. 76 l. fall. andava riferito ai negozi di cui all'art. 6, r.d.l. 20.12.1932, n. 1607, convertito nella l. 20.4.1932, n. 504, di cui, del resto, il precetto in esame riproduceva, nella sostanza, il contenuto¹². Com'è noto, la disposizione oggetto di rimando si riferiva a tutti i **contratti di vendita a termine e di riporto** aventi ad oggetto i titoli e i valori di cui all'art. 1, 1° comma, del medesimo decreto, vale a dire: i titoli dello Stato, degli enti pubblici e parastatali; le azioni e le obbligazioni delle società commerciali; le cartelle fondiarie; gli altri titoli a reddito fisso o variabile emessi in conformità al codice di commercio o ad altra legge; nonché le valute e le divise estere.

La relativa analiticità della previsione non aveva evitato l'insorgenza di una serie d'incertezze interpretative, per lo più risolte nel senso dell'estensione dell'area dell'applicazione dell'art. 76 l. fall. a quelle fattispecie che, pur non

¹⁰ FIENGO, *Sub art. 76*, cit., 446-447 afferma che «il contratto di borsa a termine, con l'elevato grado di aleatorietà che lo contraddistingue, non presenta elementi che in qualche modo ne giustifichino la sopravvivenza, nonostante la prosecuzione dell'impresa in costanza di procedura fallimentare. Infatti, appare indiscutibile l'assenza di un nesso di strumentalità tra detti contratti e lo svolgimento dell'attività economica, al punto da consentire l'affermazione secondo la quale la prosecuzione di questi contratti esula dalla gestione dell'impresa fallita».

¹¹ BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, cit., 143.

¹² COTTINO, *Effetti del fallimento sui contratti di cui agli artt. 73 a 77 legge fall. in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 1965, I, 24.

direttamente ricomprese nel catalogo del decreto, nondimeno presentavano spiccate affinità con esse¹³.

Oggi, abrogata la disciplina del 1932, l'ambito di operatività dell'art. 76 l. fall. si ricava – oltre che, naturalmente, dalla locuzione “contratti di borsa a termine”¹⁴ – anzitutto dall'art. 203, d.lgs. 24.2.1998, n. 58, il quale menziona gli **strumenti finanziari derivati** [inclusi quelli c.d. “analoghi”, individuati ai sensi dell'art. 18, 5° comma, lett. a), d.lgs. n. 58/1998¹⁵], le **operazioni a termine su valute, i prestiti su titoli, i pronti contro termine e il riporto**.

La nuova disposizione, presentando un perimetro più ampio di quella previgente, ha fornito ulteriore conferma all'orientamento già in passato prevalente, sicché ancora oggi sembra condivisibile l'interpretazione che predica la tendenziale **estensibilità** della portata dell'art. 76 l. fall.; interpretazione, questa, alla luce della quale si ritiene di poter prescindere sia dalle modalità di perfezionamento del negozio, sia dalle qualità soggettive delle parti, con conseguente automatico scioglimento dei contratti speculativi a termine indipendentemente dal fatto che gli stessi siano stati stipulati in borsa o per mezzo di un agente di borsa¹⁶.

Quanto al bene oggetto del patto, la regola in questione opera, oltre che con riguardo alla vendita a termine di **titoli e valute**, anche con riferimento alle transazioni di **merci e di derrate**, a condizione che – beninteso – esse assumano carattere squisitamente speculativo, in quanto legate ai corsi di borsa o, comunque, alle oscillazioni di specifici indici finanziari¹⁷.

¹³ RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, 451 ss., cui *adde*, in giurisprudenza, Trib. Venezia, 30.11.1973, in *Giur. di Merito*, 1974, I, 449; Trib. Milano, 12.1.1981, in *Foro padano*, I, 376; App. Milano, 17.10.1986, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 62.

¹⁴ A stretto rigore, alla categoria dei contratti bi borsa a termine «vanno ascritti» – com'è stato osservato – «esclusivamente i contratti di compravendita a termine di titoli – anche se non quotati – o merci, ovvero di riporto sugli stessi, a condizione che siano qualificabili come contratti di borsa per essere stipulati per il tramite di un agente di cambio» (MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., 539).

¹⁵ L'art. 18, 5° comma, lett. a), d.lgs. n. 58/1998 stabilisce che «il Ministro dell'economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d'Italia e la Consob [...] può individuare, al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi e attività». In attuazione della predetta disposizione è stato adottato il d.m. 2.3.2007, n. 44, il quale prevede, all'art. 1, che «sono strumenti finanziari derivati, ai sensi e per gli effetti del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, i contratti e gli strumenti finanziari derivati per il trasferimento del rischio di credito».

¹⁶ App. Milano, 20.7.1979, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, II, 342; Trib. Milano, 12.1.1981, cit.; App. Milano, 17.10.1986, cit.

¹⁷ BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di borsa. Il riporto*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XXXV, 2, Milano, 1962, 725; *contra* AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 1250 ss.

A proposito, poi, della tipologia di negozi, l'art. 76 l. fall. trova applicazione non solo ai **contratti di borsa a termine**, ma anche ai contratti di borsa **a premio**, vale a dire a quelle intese nelle quali una delle parti si riserva, a fronte del pagamento di un determinato corrispettivo (per l'appunto, il premio), il diritto di variare il contenuto del patto o, addirittura, di non darvi esecuzione¹⁸; e ciò sulla scorta del fatto che anch'essi costituiscono – a ben vedere – negozi speculativi a termine, ancorché la dilazione sia prevista, di regola, nell'interesse del solo compratore¹⁹. Del pari, lo scioglimento automatico interviene con riguardo ai **contratti di opzione** su valuta e ai *futures*²⁰, agli *swap* in valuta corrente (*domestic currency swap*)²¹ e a quelli sui tassi²², nonché ai **contratti di cambio a termine**²³ e alle **operazioni c.d. "allo scoperto"**²⁴.

Per contro, l'art. 76 l. fall. è stato ritenuto inapplicabile tanto ai contratti di borsa per contanti (dal momento che il breve differimento del regolamento delle prestazioni non incide sulla natura del negozio e non consente di qualificarlo alla stregua di un'operazione speculativa²⁵), quanto al riporto di banca.

A questo proposito, nonostante il riporto sia espressamente richiamato dall'art. 203, d.lgs. n. 58/1998 (che, sul punto, non si discosta dal previgente art. 6, r.d.l. n. 1607/1932), sembra condivisibile l'impostazione che circoscrive il rimando al riporto di borsa e al riporto in proroga²⁶, con esclusione, per l'appunto, del riporto di banca, perché privo di carattere

¹⁸ In materia v. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca. Studi giuridici*, Milano, 1954, 104 ss.; CORRADO, *I contratti di borsa*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 2, 1960, 262; SERRA, *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971; ID., *Note in tema di aleatorietà e contratti di borsa a premio*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1983, II, 450 ss.; BUONOCORE, *Problemi giuridici in tema di contratti di borsa a premi*, in CESARINI (a cura di), *Aspetti tecnici e giuridici delle negoziazioni di borsa*, Milano, 1977, 91; RONCHI, *Il contratto a premio semplice (dont): a margine di un caso recente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, I, 330 ss.; CAGNASSO, *I contratti di borsa*, in *Tratt. Rescigno*, 12, Torino, 1985, 1049 ss.

¹⁹ MINUTOLI, *Sub art. 76*, cit., 1037.

²⁰ Trib. Torino, 23.1.1998, in *Fallimento*, 1998, 534; Id., 13.2.1998, *ivi*, 1998, 630.

²¹ Trib. Firenze, 15.1.1998, in *Fallimento*, 1998, 857; Trib. Torino, 12.11.1998, *ivi*, 1999, 345.

²² FINARDI-RUGGERI, *Interest Rate Swap e fallimento*, in *Contr.*, 2003, 97 ss.

²³ Trib. Milano, 12.1.1981, cit.

²⁴ IVONE, *Singoli contratti pendenti: vendita con riserva di proprietà e locazione finanziaria, contratti ad esecuzione continuata o periodica e contratti di borsa a termine*, in FAUCEGLIA-PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, 768.

²⁵ BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, cit., 145; MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., 541, cui adde TARZIA, *Rapporti che si sciogliono per il fallimento*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, *Revocatorie e rapporti pendenti*, Torino, 2012, 343, il quale peraltro distingue i contratti di borsa "per contanti" da quelli "per contati a giorni", rilevando che i secondi andrebbero soggetti alla disciplina dell'art. 76 l. fall.

²⁶ Cass. 10.3.1975, n. 882, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, II, 19, con nota di COLTRO CAMPI, *Riporto, fallimento (e compensazione): una controversia risolta e alcuni problemi aperti*; Cass. 27.5.1975, n. 2127, *ibidem*.

speculativo²⁷, atteso che esso si risolve (anziché nella liquidazione del differenziale derivante dalla fluttuazione della quotazione) in un finanziamento, in qualche misura assimilabile – beninteso: sotto il profilo economico, non giuridico – all’anticipazione bancaria su titoli e al mutuo assistito da pegno irregolare su titoli. Il negozio, infatti, mira a soddisfare l’esigenza di liquidità del possessore dei valori mobiliari, il quale, a seguito della relativa cessione a un intermediario finanziario, ottiene quale corrispettivo una somma in numerario che, ove rimborsata alla scadenza, determina il diritto vedersi retrocedere dalla banca la medesima quantità di beni della stessa specie²⁸.

Nonostante queste limitazioni, il perimetro di applicazione della disposizione in esame si rivela alquanto esteso, tanto da includere tutte le transazioni che presentano «in punto di fatto il problema tecnico – possibile oscillazione nel tempo del valore dell’oggetto della contrattazione e separazione fra accordo ed esecuzione – sotteso all’art. 76 l. fall.»²⁹. In altre parole, l’automatico scioglimento si produce ogniquale volta il fallimento attinga la parte di un negozio contraddistinto, nel proprio **contenuto causale**, da un’**alea squisitamente speculativa** incompatibile con la procedura, il che impone la cessazione di tutti quei rapporti in cui «entrambe le prestazioni sono differite ad un termine, il quale non riveste una semplice funzione dilatoria dell’esecuzione delle prestazioni, ma assume importanza ai fini della determinazione della stessa causa del contratto»³⁰; vale a dire quei negozi le cui parti «hanno interesse non tanto allo scambio delle cose oggetto del contratto (i titoli), quanto alla regolazione in denaro della differenza tra il valore dei titoli alla scadenza del contratto e il prezzo convenuto»³¹.

A tale stregua, l’art. 76 l. fall. si applica a tutti i contratti a termine la cui causa sia permeata dal rischio relativo all’oscillazione sul mercato finanziario del valore del bene sottostante alla transazione, nella misura in cui l’interesse delle parti si appunti essenzialmente sulla liquidazione del **differenziale**; e ciò indipendentemente dal fatto che il negozio sia concluso in borsa o fuori borsa; che allo stesso partecipi un intermediario finanziario; che esso abbia ad oggetto titoli (e, in questo caso, che i medesimi siano o meno quotati), merci o derrate; che si

²⁷ GUALANDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, cit., 272; MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., 540.

²⁸ Sulla distinzione tra riporto di borsa e riporto di banca (derivante dalla prassi e priva di referenti normativi, essendo entrambi i contratti regolati dagli artt. 1548 ss. c.c.) v. CAGNASSO, *Il riporto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, 3, Torino, 2000, 786. In materia v. altresì LOIACONO-CALVI-BERTANI, *Il trasferimento in funzione di garanzia tra pegno irregolare, riporto e diritto di utilizzazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 6 suppl., 53 ss.

²⁹ PISANI MASSAMORMILE, *Sub art. 203*, in CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza*, Torino, 2002, 1568 ss.

³⁰ JORIO, *Le crisi d’impresa. Il fallimento*, cit., 522-523.

³¹ JORIO, *Le crisi d’impresa. Il fallimento*, cit., 522-523.

tratti di contratti a termine, a premio o di operazioni “allo scoperto”. Com’è stato rilevato, infatti, «non bisogna guardare né al luogo e ai modi di conclusione del contratto, né ai profili soggettivi dei contraenti, né ancora all’oggetto dei contratti medesimi (che potrebbe essere, per esempio, un titolo non quotato presso alcuna borsa) o al semplice regolamento differito. Quel che conta [...], perché si debba fare applicazione della norma, è la causa del contratto, ossia deve trattarsi di un contratto ad eminente contenuto finanziario e mobiliare, con attitudine speculativa, causalmente caratterizzato dall’esecuzione differita con assunzione dell’alea derivante dalla variazione, in un certo termine, di valori o indici di mercato di uno o più beni o valute»³².

A tale stregua, restano giocoforza escluse dall’ambito applicativo della norma le operazioni che si traducano nel mero acquisto di titoli (effettuato per contanti anziché a termine), quand’anche, sotto il profilo squisitamente economico, le stesse presentino un’alea in qualche modo equiparabile a (o, comunque, non troppo dissimile da) quella di un’operazione di borsa a termine, come accade ogniqualvolta il rendimento (o, addirittura, il rimborso) del valore mobiliare sia legato all’andamento, a una data futura, di uno specifico indice³³. Nonostante gli elementi di affinità dal punto di vista del rischio, in questi casi non è possibile invocare con qualche fondamento né l’interpretazione estensiva né l’analogia, difettando il requisito dell’*eadem ratio*: nel patrimonio del fallito, infatti, non si rinviene un contratto da sciogliere, bensì un bene da alienare e che spetta al curatore valorizzare al meglio, avendo cura di valutare se risponda maggiormente

³² BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, cit., 144.

³³ BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, cit., 148-149, evidenzia che la situazione in cui «un investitore sia incline a speculare su certi tassi e valute, versando immediatamente un certo ammontare e legando il rimborso a termine di quell’investimento ed il relativo investimento all’andamento di tassi o valute» è sostanzialmente analoga a quella che si ravvisa nel caso di emissione, da parte dell’intermediario finanziario, di un titolo di debito “*taylor made*” il cui rimborso e rendimento siano legati ai medesimi tassi e valute; senonché, «una volta concluso e regolato economicamente il contratto di vendita dei titoli di debito, non ci si troverà di fronte ad un contratto a termine, bensì ad un’ordinaria vendita di titoli, per contanti, con una forte componente finanziaria “derivata”», con conseguente impossibilità di applicare alla fattispecie l’art. 76 l. fall., «giacché il contratto rilevante (ossia quello di trasferimento dei titoli) non sarebbe a termine, bensì per contanti, e le prestazioni delle parti sarebbero compiutamente eseguite (trasferimento dei titoli incorporanti l’operazione derivata e pagamento del rispettivo prezzo)». E ciò pur non potendosi sottacere come «l’ampiezza atecnica delle parole usate dal legislatore (“strumenti finanziari” e “operazioni”), sebbene temperata dal reiterato riferimento ai contratti, possa aprire la strada a dubbi circa la riferibilità delle disposizioni di cui all’art. 203 t.u.f., e quindi di quelle di cui all’art. 76, non solo ai contratti “derivati” e ai contratti che direttamente e “tipicamente” costituiscono gli strumenti giuridici di attuazione alle operazioni menzionate dal legislatore, bensì anche ad altri contratti il cui contenuto finanziario sia più o meno immediatamente riferibile a strumenti finanziari derivati o alle operazioni menzionate, ovvero questi ultimi costituiscano l’oggetto “mediato” dei contratti».

all'interesse della massa la scelta di attendere la scadenza prevista per il rimborso o, piuttosto, quella di procedere, ove possibile, all'alienazione anticipata (e spesso "a sconto") sul mercato.

3. Il mancato decorso del termine alla data di apertura della procedura

Come si è detto, l'art. 76 l. fall. si applica ai rapporti in essere al momento dell'apertura del concorso e, più precisamente, a quelli che non siano ancora andati incontro a **scadenza**, come si desume dal perspicuo riferimento alla circostanza che il termine debba spirare «dopo la dichiarazione di fallimento di uno dei due contraenti».

Questa disposizione va peraltro coordinata con la seconda parte dell'art. 203, 1° comma, d.lgs. n. 58/1998, la quale menziona «tutti i contratti conclusi, ancorché non ancora eseguiti in tutto o in parte, entro la data di dichiarazione del fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa». A ben vedere, infatti, l'intervenuto **decorso del termine** non esclude, di per sé solo, la possibilità di trovarsi comunque al cospetto di un **negozio pendente**, nella misura in cui, nonostante la scadenza, le relative prestazioni siano rimaste ineseguite; il che accade ogniqualvolta la procedura si apra quando il compratore debba ancora acquistare il titolo detenuto dal venditore, ancorché il prezzo da corrisponderci sia ormai divenuto certo, essendo sopraggiunta la data di riferimento per la sua determinazione.

Questa situazione va distinta con nettezza da quella disciplinata dall'art. 76 l. fall., atteso che, una volta superata la scadenza originariamente prevista, viene giocoforza meno l'alea che, fino a quel momento, aveva caratterizzato il rapporto e sulla quale – come si visto – poggia la *ratio* dello scioglimento *ope legis*. Pertanto, non residuando alcun rischio da neutralizzare, ma presentandosi semplicemente un negozio sinallagmatico da eseguire, risulta eliso il presupposto stesso dello scioglimento automatico, al quale va preferita l'applicazione della regola generale di cui all'**art. 72 l. fall.**³⁴.

Laddove, invece, all'apertura del concorso non solo la scadenza sia già intervenuta, ma una delle parti abbia addirittura integralmente eseguito la propria prestazione (al pari dell'ipotesi in cui i contraenti abbiano *ab origine* optato per la mera liquidazione del differenziale, senza obbligo di dar corso ad alcun trasferimento dei titoli), non risultano fondatamente invocabili né l'art. 72 né l'art. 76 l. fall. In queste fattispecie non è invero ravvisabile alcun rapporto pendente,

³⁴ FIENGO, Sub *art.* 76, cit., 443.

bensi – a seconda dei casi – un **credito** da incassare da parte della procedura o un **debito** di cui la stessa debba attendere l'insinuazione nel proprio stato passivo³⁵.

4. L'automatica anticipazione della scadenza del contratto alla data della dichiarazione del fallimento

L'art. 76 l. fall. dispone l'automatica **estinzione** del contratto, con la precisazione che la **differenza** fra il prezzo stabilito in via pattizia e il valore delle cose o dei titoli alla data di dichiarazione di fallimento va versata alla procedura se il fallito risulta in credito, mentre dev'essere ammessa allo stato passivo nell'eventualità opposta.

Questo meccanismo, operando *ex nunc* (com'è stato definitivamente chiarito dalla sostituzione del previgente riferimento alla risoluzione con quello, più coerente con la disciplina, allo **scioglimento**³⁶), spiega effetti nella sostanza sovrapponibili all'**anticipazione della scadenza** del negozio, il cui termine finale viene fatto coincidere *ex lege* con quello della dichiarazione di fallimento³⁷. Sciolto il contratto, si procede alla sua **liquidazione** (non diversamente da quanto sarebbe accaduto, ove non fosse intervenuta la procedura, alla naturale scadenza), avendo riguardo, a seconda dei casi, al valore desumibile dai listini di borsa, dalle quotazioni del mercato ristretto, dagli indici relativi alle merci³⁸. In altre parole, «il fallimento di uno dei contraenti determina l'automatico scioglimento del contratto

³⁵ PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 477.

³⁶ L'unica innovazione portata, con riguardo all'art. 76 l. fall., dalla riforma organica delle procedure concorsuali attiene alla sostituzione dello scioglimento alla previgente risoluzione. A ben vedere, tuttavia, non si tratta di una modifica di sostanza (atteso che, come si dirà meglio nel testo, entrambe le previsioni si traducono nella scadenza anticipata del contratto), bensì di una rettifica terminologica: com'è stato osservato, si assiste a un «uso più appropriato del linguaggio giuridico», dato che, per l'appunto, «il legislatore non parla più di risoluzione del contratto alla data della dichiarazione di fallimento, bensì in coerenza con tutto il capo degli effetti sui rapporti pendenti, di scioglimento del rapporto alla data del fallimento» (PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 477).

³⁷ DI CHIO, Sub *art. 76*, in GUGLIELMUCCI-ZANARONE-DI CHIO-MANGINI-TEDESCHI, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Artt. 72-83*, in *Comm. Scialoja, Branca l. fall.*, Bologna-Roma, 1979, 254 ss.; FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 391; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 242; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, 503; MACRÌ, *I rapporti giuridici pendenti*, in CELENTANO-FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, 2008, 533, cui *adde*, in giurisprudenza, App. Milano, 10.7.1979, in *Foro padano*, 1979, I, 326, la quale ha stabilito che «la "risoluzione" ex art. 76 l. fall. importa l'anticipata scadenza del contratto, nel senso che il termine stabilito per l'obbligazione del riportatore di trasferire al riportato la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie viene fatto coincidere dalla dichiarazione di fallimento».

³⁸ PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 478.

di borsa a termine ed impedisce che il contratto abbia esecuzione secondo le pattuizioni volute dalle parti, operando invece la liquidazione delle differenze»³⁹.

L'art. 203, 2° comma, d.lgs. n. 58/1998 stabilisce che può altresì farsi riferimento al **costo di sostituzione** degli strumenti finanziari oggetto del contratto, da calcolarsi, naturalmente, «secondo i valori di mercato alla data di dichiarazione di fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa».

Tale criterio si rivela particolarmente prezioso ogniqualvolta il parametro di cui all'art. 76 l. fall. appaia di non agevole applicazione (quando non addirittura inservibile)⁴⁰, come di regola accade con riguardo ai contratti a premio e per alcuni derivati. In queste ipotesi, pertanto, il valore «si calcola esattamente verificando a che prezzo – da corrispondersi o dariceversi – un altro operatore qualificato entrerebbe in quel contratto (o ne concluderebbe uno nuovo con i medesimi effetti) in luogo della parte che ne esce. Cioè, in ultima analisi, verificando quanto costerebbe, per un contraente, sostituire la sua controparte o essere sostituito»⁴¹.

Al di là del criterio utilizzato ai fini della quantificazione, lo scioglimento conduce, invariabilmente, all'individuazione di un importo a credito o, a seconda dei casi, a debito della procedura, il che, in presenza di eventuali poste di segno contrario, solleva il problema della relativa **compensabilità**. Essa risulterebbe senz'altro preclusa laddove il credito del fallimento discendente dalla cessazione del rapporto fosse ritenuto di spettanza della massa (anziché dell'imprenditore decotto), in quanto originato dalla dichiarazione di fallimento. Tale impostazione sembra tuttavia potersi superare in forza del rilievo che – a ben vedere – il credito resta la conseguenza di atti del fallito (non della procedura), ancorché frutto dell'attualizzazione conseguente all'anticipazione *ope legis* della scadenza originariamente pattuita. Di qui la conclusione – fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità⁴² – che la parte *in bonis* può fondatamente dedurre in compensazione, ai sensi dell'art. 56 l. fall., i propri crediti verso l'imprenditore fallito con le

³⁹ A. DIMUNDO, Sub art. 76, cit., 974.

⁴⁰ BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, cit., 153-154 osserva che «dovrà farsi ricorso, in alternativa alla liquidazione prevista dall'art. 76, al criterio del c.d. costo di sostituzione [...] in tutti quei casi in cui l'applicazione del criterio previsto dall'art. 76 non appaia possibile o congrua, e dunque ogni qual volta non si possa procedere ad una immediata determinazione della differenza tra "prezzo contrattuale" da una parte e "valore delle cose e dei titoli alla data di fallimento" dall'altra parte».

⁴¹ BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, cit., 152.

⁴² Cass. 10.3.1975, n. 882, cit.; Cass. 22.5.1975, n. 2127, cit.; Cass. 13.3.1982, n. 1634, in *Foro it.*, 1982, I, 2879, cui *adde*, in dottrina, BIGIAMI, *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1966, I, 281 ss.

pretese che la procedura vanti in conseguenza dello scioglimento del contratto di borsa a termine.

BIBLIOGRAFIA

AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961; BERNAVA, *Effetti del fallimento sui contratti di borsa a termine e sui contratti di swap*, in SANZO (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, 141 ss.; BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di borsa. Il riporto*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XXXV, 2, Milano, 1962; BIGIAVI, *Riporto, fallimento, compensazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1966, I, 281 ss.; BONSIGNORI, *Il fallimento*, Padova, 1986; BUONOCORE, *Problemi giuridici in tema di contratti di borsa a premi*, in CESARINI (a cura di), *Aspetti tecnici e giuridici delle negoziazioni di borsa*, Milano, 1977, 91 ss.; CAGNASSO, *I contratti di borsa*, in *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985, 1047 ss.; ID., *Il riporto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, 3, Torino, 2000, 785 ss.; CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, XI, 2, Padova, 2009, 247 ss.; CORRADO, *I contratti di borsa*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 2, 1960; COTTINO, *Effetti del fallimento sui contratti di cui agli artt. 73 a 77 legge fall. in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 1965, I, 17 ss.; DI CHIO, *Sub art. 76*, in GUGLIELMUCCI-ZANARONE-DI CHIO-MANGINI-TEDESCHI, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Artt. 72-83*, in *Comm. Scialoja, Branca l. fall.*, Bologna-Roma, 1979, 227 ss.; A. DIMUNDO, *Sub art. 76*, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 964 ss.; FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995; FIENGO, *Sub art. 76*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, II, Milano, 2010, 443 ss.; FINARDI-RUGGERI, *Interest Rate Swap e fallimento*, in *Contratti*, 2003, 97 ss.; GUALANDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2011, 255 ss.; IVONE, *Singoli contratti pendenti: vendita con riserva di proprietà e locazione finanziaria, contratti ad esecuzione continuata o periodica e contratti di borsa a termine*, in FAUCEGLIA-PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, 751 ss.; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. Iudica, Zatti*, Milano, 2000; LIMITONE, *Borsa di commercio*, in FERRO (a cura di), *Le insinuazioni al passivo. Manuale teorico pratico dei crediti e dei privilegi nelle procedure concorsuali*, Padova, 2010, 317 ss.; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007; LOIACONO-CALVI-BERTANI, *Il trasferimento in funzione di garanzia tra pegno irregolare, riporto e diritto di utilizzazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 6 suppl., 53 ss.; MACRÌ, *I rapporti giuridici pendenti*, in CELENTANO-FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, 2008, 499 ss.; MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in BUONOCORE-BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, II, Padova, 2010, 387 ss.; MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca. Studi giuridici*, Milano, 1954, 104 ss.; MINUTOLI, *Sub art. 76*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 1035 ss.; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008; PISANI MASSAMORMILE, *Sub art. 203*, in CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza*, Torino, 2002, 1568 ss.; QUATRARO-F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Milano, 2011; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974; RONCHI, *Il contratto a premio semplice (dont): a margine di un caso recente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, I, 330 ss.; SATTA, *Diritto*

fallimentare, Padova, 1996; SERRA, *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971; ID., *Note in tema di aleatorietà e contratti di borsa a premio*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1983, II, 450 ss.; SPIOTTA, *Sub art. 76*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1220 ss.; TARZIA, *Rapporti che si sciolgono per il fallimento*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, *Revocatorie e rapporti pendenti*, Torino, 2012, 319 ss.; VIGNERA, *Considerazioni sulla ratio dell'art. 76 l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1983, I, 252 ss.



Capitolo V

I CONTRATTI RELATIVI AGLI IMMOBILI DA COSTRUIRE

di Marco Aiello

Il capitolo verte sugli effetti del fallimento del costruttore sui contratti aventi ad oggetto immobili da costruire, alla luce della peculiare disciplina di tutela dell'acquirente approntata dal d.lgs. 20.6.2005, n. 122. Dopo aver individuato la portata innovativa della legge speciale rispetto al regime previgente, ci si sofferma – senza tralasciare gli ulteriori elementi di novità apportati dalle successive modifiche alla legge fallimentare – sul meccanismo della garanzia fidejussoria, sull'alternativa tra lo scioglimento e la prosecuzione del rapporto, sul diritto di prelazione del contraente interessato dalla dissoluzione del vincolo negoziale e sull'esenzione dall'azione revocatoria.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 42, 47 Cost.; artt. 1472, 1669, 1938, 1944, 2645-bis, 2775-bis c.c.; art. 569 c.p.c.; artt. 5, 67, 72, 72-bis, 107, 160, 182-bis l. fall.; art. 31, l. 28.2.1985, n. 87; art. 107, d.lgs. 1.9.1993, n. 385; artt. 3, 10 ss., 22 ss., d.p.r. 6.6.2001, n. 380; artt. 1-3, l. 2.8.2004, n. 210; artt. 1-18, d.lgs. 20.6.2005, n. 122.

SOMMARIO: 1. La tutela dell'acquirente d'immobili da costruire tra diritto comune e disciplina speciale. – 2. L'enucleazione della fattispecie e il perimetro di applicazione della legge speciale. – 3. L'obbligo del costruttore di procurare all'acquirente la fidejussione a garanzia dell'eventuale retrocessione del corrispettivo versato e la polizza assicurativa indennitaria decennale. – 4. Il regime dei contratti relativi agli immobili da costruire pendenti alla data della dichiarazione del fallimento. – 5. Il diritto di prelazione dell'acquirente che abbia provocato (o subito) lo scioglimento del contratto. – 6. L'esenzione dall'azione revocatoria.

1. La tutela dell'acquirente d'immobili da costruire tra diritto comune e disciplina speciale

I negozi aventi ad oggetto **immobili da costruire** sono stati resi oggetto di specifica disciplina a seguito della **l. 2.8.2004, n. 210**¹, che ha conferito al

¹ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008, 391 ss.

Governo la delega all'emanazione di uno o più decreti legislativi nell'ambito della tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di beni per i quali sia stato richiesto il permesso di edificazione, ma che debbano essere ancora realizzati (in tutto o in parte), con conseguente impossibilità di ottenere, al momento della transazione, il rilascio del certificato di agibilità (art. 1)².

La menzionata legge ha tracciato le coordinate da osservarsi nell'esercizio della delega sia approntando le definizioni di "acquirente", "costruttore" e "stato di crisi" (art. 2), sia – soprattutto – con l'enucleazione dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art. 3. Tra essi spicca l'"equa e adeguata" **tutela dei diritti dell'acquirente**, da perseguirsi – per quanto più interessa in questa sede – anche attraverso interventi nella materia delle procedure concorsuali, individuati, in particolare, nella modifica del regime in allora derivante dall'applicazione dell'art. 72 l. fall. e nella limitazione dell'esperibilità delle azioni revocatorie.

Affiancano le predette "linee-guida", completandole, l'obbligo del costruttore di procurare all'acquirente una fidejussione (bancaria, assicurativa o, comunque, rilasciata da altro soggetto autorizzato) a garanzia dell'eventuale retrocessione del corrispettivo riscosso o da riscuotersi prima del perfezionamento del contratto definitivo; la costituzione di un fondo di solidarietà a beneficio di quanti, prima dell'entrata in vigore del decreto delegato, avessero patito le nefaste conseguenze dell'insolvenza dell'impresa edile (avendo, di fatto, perduto le somme versate a titolo di caparra o di acconto, senza poter per contro acquisire la titolarità del bene); la più stringente regolamentazione dei contenuti del contratto preliminare di compravendita e di ogni altro negozio comunque diretto al successivo acquisto di un immobile da costruire; l'introduzione di norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento del frazionamento delle ipoteche concesse dal costruttore sull'intero corpo in corso di edificazione, come quello all'eventuale cancellazione della garanzia reale o del pignoramento gravante sul medesimo cespite.

L'intervento si era reso necessario al fine di fornire una soluzione al problema – assai sentito nella prassi, anche a causa delle dimensioni assunte del fenomeno – del coinvolgimento nel **fallimento del costruttore** dei promissari acquirenti d'immobili commercializzati prima di essere ultimati, di frequente destinati ad essere adibiti ad abitazione principale del compratore³. In questa pro-

² In materia v., tra i molti, FABIANI, *Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega*, in *Foro it.*, 2004, 2845 ss.; RIZZI, *Poste le "fondamenta" per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire. Commento alla legge 2.8.2004 n. 210*, in *Notariato*, 2004, 675 ss.; MANENTE, *La legge delega sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (l. 2.8.2004, n. 210)*, in *Studium iuris*, 2004, 1466 ss.; COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2.8.2004, n. 210*, *ivi*, 2004, 1489 ss. e 2005, 34 ss.

³ Come si dirà meglio *infra*, ai contratti preliminari di compravendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale del

spettiva, si è assistito all'emanazione di un provvedimento che si muove «in una lodevole direzione, che s'innesta sul filone delle iniziative a tutela *lato sensu* del consumatore (anche in specifico ossequio alle direttive della legge 30 luglio 1998, n. 281, sui diritti dei consumatori e degli utenti) e che – oltre a tradursi in un effettivo impegno a salvaguardia del cd. diritto alla casa garantito dagli artt. 42 e 47, secondo comma, Costituzione – intercetta una concreta questione di forte impatto e problematicità, se è vero che sono [*i.e.* nel 2004 erano: n.d.r.] ben duecentomila le famiglie coinvolte nei circa novemila fallimenti di imprese di costruzioni edili in corso dal 1995»⁴.

Prima dell'attuazione della delega, nel caso di fallimento dell'impresa edile i trasferimenti d'immobili da costruire – abitualmente perfezionati nella forma del **contratto preliminare**, vale a dire di un negozio con effetti, com'è noto, meramente obbligatori – erano pacificamente assoggettati alla disciplina di cui all'art. 72 l. fall.⁵, sicché ogniqualevolta, come di norma accadeva, il curatore non ritenesse conveniente per la massa dare esecuzione al contratto (al che spesso ostava, del resto, la materiale impossibilità di completamento dell'opera a causa della definitiva interruzione dell'attività), il promissario acquirente non solo vedeva sfumare l'acquisto, ma era altresì invariabilmente esposto a rilevanti perdite patrimoniali, tenuto conto che gli acconti di cui il promittente venditore, com'è d'uso in queste transazioni, aveva ottenuto la corresponsione, pur oggetto di obblighi restitutori, partecipavano al concorso insieme con gli altri debiti dell'impresa decotta, trovando collocazione tra le pretese di rango chirografario⁶,

promissario acquirente (o di suoi parenti o affini entro il terzo grado), come a quelli relativi a immobili a uso non abitativo destinati a costituire la sede principale della sua attività d'impresa, trova oggi applicazione l'art. 72, 8° comma, l. fall., il quale sottrae al curatore la potestà di optare per lo scioglimento.

⁴ Così APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fallimento*, 2005, 1117, il quale osserva altresì che «la necessità di tutelare le cd. vendite “in cantiere” e gli acquirenti di immobili da costruire è [...] scaturita da un'autentica emergenza sociale, che dimostra quanto devastanti possano essere sulla collettività – che se ne deve accollare i costi (non contabilizzati nei bilanci) in termini umani, psicologici ed economici – gli effetti prodotti dall'imprenditore socialmente irresponsabile». Nello stesso senso LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in AA.VV., *Gli effetti del fallimento*, in VASSALLI-LUISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2014, 257-258, il quale sottolinea come l'intervento del legislatore sia orientato «allo scopo di proteggere, in attuazione dell'art. 47 Cost., il risparmio familiare investito nei beni immobili e segnatamente nell'acquisto del bene-casa».

⁵ Cass. 26.10.2000, n. 14102, in *Fallimento*, 2001, 914, con nota di PLENTEDA, *Fallimento del promittente venditore: prescrizione della facoltà di scelta del curatore e diritti di restituzione*, ha stabilito che «la facoltà concessa al curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 72 n. 4 l. fall., di scegliere fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto concerne anche l'ipotesi di fallimento del promittente venditore di un contratto preliminare di vendita».

⁶ Cass. 3.11.2000, n. 14358, in *Fallimento*, 2001, 911.

le quali – come insegna l’esperienza – assai difficilmente vanno incontro ad apprezzabile soddisfacimento.

Per vero, a questo inconveniente sembrerebbe – a tutta prima – poter in qualche misura ovviare l’art. 2775-*bis* c.c. (introdotto dall’art. 3, d.l. 31.12.1996, n. 669, convertito nella l. 28.2.1997, n. 30), il quale nell’eventualità d’inadempimento del promittente venditore attribuisce ai crediti del promissario acquirente **privilegio speciale** sui beni oggetto del contratto preliminare⁷, a condizione – beninteso – che il negozio sia stato precedentemente trascritto ai sensi dell’art. 2645-*bis* c.c. e sempre che gli effetti della formalità non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto munito di data certa, della domanda giudiziale di risoluzione o di condanna al pagamento, della trascrizione del pignoramento o dell’intervento nell’esecuzione promossa da terzi⁸. Si tratta, quindi, di una tutela temporanea, che cessa trascorso un anno dalla data fissata per la stipulazione del contratto definitivo e, in ogni caso, quando siano decorsi tre anni dalla trascrizione⁹.

La predetta norma si è tuttavia rivelata, nei fatti, scarsamente incisiva nel concreto rafforzamento del livello di protezione dell’acquirente, non solo per via di una certa disaffezione degli operatori verso il meccanismo della trascrizione¹⁰ (che talora si preferisce evitare, onde sottrarsi ai costi da sostenersi per la redazione dell’atto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata e alle spese di registrazione), ma anche in ragione della circostanza che, a ben vedere, «il privilegio speciale *ex art. 2775 bis* cod. civ. acquista un significato operativo soltanto qualora l’immobile sia stato ultimato e sia utilmente alienabile, con buone prospettive di realizzo, nelle forme della vendita giudiziaria. Viceversa, qualora la costruzione dell’immobile non sia stata ultimata o non sia stata, addirittura, nemmeno iniziata, lo strumento in esame perde ogni utilità, fatta salva l’ipotesi in cui l’amministrazione fallimentare, in sede di esercizio provvisorio, o l’eventuale affittuario di azienda si assumano l’onere del completamento di lavori intrapresi»¹¹.

⁷ Cfr., *ex aliis*, LUMINOSO, *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 1998, 564 ss.

⁸ V., tra gli altri, GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. notariato*, 1997, 33 ss.; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 529 ss.; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento di proprietà*, Torino, 1998.

⁹ APRILE, *Sub art. 72-bis*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 987.

¹⁰ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali. D.Lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Torino, 2006, 147.

¹¹ D’AMBROSIO, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, II, 172.

Parimenti priva di utilità si rivela l'eccezione di **anticipata consegna** del bene (peraltro esperibile solo nei casi in cui si sia effettivamente proceduto in tal senso), atteso che da essa non discendono effetti traslativi, con conseguente sua inidoneità a paralizzare l'apprensione del bene da parte della massa¹².

Allo stesso modo, non poteva dirsi risolutiva, quantomeno in passato, la **trascrizione della domanda giudiziale** di esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c., ancorché intervenuta in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, in quanto – stando alla giurisprudenza di legittimità largamente prevalente fino al 2004 – la menzionata formalità non sembrava poter impedire al curatore l'esercizio dello scioglimento, liberamente esperibile anche in appello¹³, sicché la pronuncia favorevole eventualmente ottenuta dal promissario acquirente obbligava la procedura solo se passata in giudicato, se del caso a causa dell'omessa impugnazione da parte del curatore¹⁴. Merita peraltro segnalare che, più di recente, la Cassazione sembra aver mutato indirizzo al riguardo, affermando che, «ai sensi del combinato disposto dell'art. 2652, n. 2), c.c. e dell'art. 45 l. fall., la sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso, di cui all'art. 2932 c.c., è opponibile ai creditori fallimentari, anche se trascritta successivamente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, qualora prima di tale data sia stata trascritta la relativa domanda giudiziale»¹⁵.

¹² Cass. 22.12.2005, n. 28480, in *Fallimento*, 2006, 801, con nota di DI MARZIO, *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile*.

¹³ Cass. 16.2.1982, n. 953, in *Giur. comm.*, 1982, II, 734; Cass. 13.5.1982, n. 3001, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1132; Cass. 18.1.1995, n. 518, in *Dir. fall.*, 1995, II, 540; Cass., sez. un., 14.4.1999, n. 239, in *Fallimento*, 1999, 1247, con nota di PATTI, *Vendita non eseguita e scelta discrezionale del curatore*; Cass. 13.5.1999, n. 4747, in *Fallimento*, 2000, 727, con nota di MONTALDO, *Compravendita ineseguita e facoltà di scioglimento del curatore*; Cass. 5.12.2002, n. 17257, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 2122; Cass. 14.4.2004, n. 7070, *ivi*, 2004, 4; Cass. 18.5.2005, n. 10436, *ivi*, 2005, 9; Cass. 13.1.2006, n. 542, *ivi*, 2006, 1; cui *adde*, da ultimo, Cass. 18.4.2014, n. 9076, *ivi*, 2014, secondo la quale «il fallimento del promittente venditore di un immobile consente al curatore di optare per lo scioglimento del contratto *ex art.* 72 legge fall. e ottenere il rigetto della domanda *ex art.* 2932 cod. civ., anche se questa è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, in quanto l'effetto prenotativo della trascrizione vale per le sentenze dichiarative e non per quelle costitutive, in relazione alla facoltà di scelta del curatore, che trova il solo limite nel giudicato».

¹⁴ Cass. 26.8.1994, n. 7522, in *Foro it.*, 1995, I, 1539, con nota di FABIANI, *Fallimento del promittente venditore, diritto alla casa e tutela dei creditori: un conflitto che non può essere mediato*, ha affermato che «il promissario acquirente di un bene che abbia trascritto la domanda di esecuzione specifica del contratto prima del fallimento del promittente venditore e abbia poi ottenuto la sentenza favorevole passata in giudicato per mancata impugnazione da parte del curatore può eccepire la definitività del proprio titolo d'acquisto nei confronti della massa dei creditori».

¹⁵ Così Cass., sez. un., 7.7.2004, n. 20505, in *Giur. it.*, 2005, 1191, con nota di Bertolotti; nello stesso senso Cass. 23.6.2010, n. 15128, in *Fallimento*, 2010, 1248 con nota di MONTANARI, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*; Cass. 15.12.2011, n. 27093, in *Giust. civ.*, 2012,

Alle criticità sin qui sinteticamente enucleate – e, come si è visto, solo parzialmente attenuate dalle innovazioni *medio tempore* intervenute in materia di trascrivibilità del contratto preliminare – si è inteso porre rimedio con il **d.lgs. 20.6.2005, n. 122**, il quale, in attuazione della richiamata legge delega, ha introdotto una disciplina per quanto possibile “organica” dei contratti relativi agli immobili da costruire¹⁶, basata – oltre che sulla perspicua enucleazione della fattispecie – sulla previsione di precisi obblighi a carico del costruttore, onerato di procurare all’acquirente specifiche garanzie fidejussorie e assicurative, nonché su una serie di norme destinate a trovare applicazione nell’eventualità di sottoposizione dell’impresa a una procedura concorsuale¹⁷. Su queste ultime, in particolare, ci si soffermerà nei paragrafi che seguono, mentre esulano dall’oggetto della presente trattazione i profili – pur disciplinati dal menzionato decreto – afferenti al contenuto obbligatorio del contratto preliminare (art. 6), al frazionamento e alla cancellazione delle ipoteche (artt. 7 e 8), nonché all’istituzione e al funzionamento del fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire (artt. 12-18).

2. L’enucleazione della fattispecie e il perimetro di applicazione della legge speciale

L’art. 5, d.lgs. n. 122/2005 stabilisce che la legge speciale si applica ai contratti aventi ad oggetto il **trasferimento “non immediato”** della proprietà o di altro diritto reale di godimento relativi ai c.d. **“immobili da costruire”**, vale a

6, I, 1487, con nota di DIDONE, *Note minime su contratto preliminare di vendita, fallimento e trascrizione della domanda*.

¹⁶ APRILE, Sub art. 72-bis, cit., 983, osserva che «lo scopo primario del d.lgs. n. 122/05 è stato quello di conferire maggiore organicità e completezza alla tutela dei promissari acquirenti: questi, infatti, nonostante le innovazioni in materia di trascr[iziona] del contr[at]to prel[imina]re, rischiavano di non essere tutelati proprio nei casi più gravi, ossia in caso di insolv[en]za dell’impresa costruttrice. In questa ipotesi, più che frequente, il valore dell’immobile, in base all’avanzamento dei lavori, può essere appena sufficiente a soddisfare le pretese della banca, consueta creditrice in virtù del mutuo erogato; di conseguenza, il promissario acquirente, nonostante la regolare trascr[iziona] del contr[at]to prel[imina]re, rischiava di rimanere esposto sia alla perdita dell’immobile (in caso di scioglimento del contr[at]to da parte del cur[at]ore), sia delle somme versate a titolo di acconto».

¹⁷ In materia v., tra gli altri, PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005; SICCHIERO (a cura di), *La tutela degli acquirenti d’immobili da costruire*, Padova, 2005; PALOMBELLA, *La tutela degli acquirenti immobiliari*, supplemento a *Dir. e giustizia*, 2005; RE-SCALITTI, *La nuova disciplina degli immobili da costruire*, Torino, 2006; FERRUCCI-FERRENTINO-AMORESANO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008; MAZZAMUTO, *L’acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2008; MEZZASOMA, *Il “consumatore” acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all’abitazione*, Napoli, 2008.

dire – stando alla definizione di cui all’art. 1 del medesimo decreto – quelli per i quali sia stato richiesto il permesso di edificazione ma che siano ancora da erigere o, comunque, la cui realizzazione non sia stata completata.

Ricade nel perimetro della norma un ampio spettro di figure negoziali¹⁸, che include tutti i contratti di scambio – eccettuati, quindi, gli atti a titolo gratuito¹⁹ – volti a determinare, in via differita, la traslazione di uno dei predetti diritti reali²⁰. Il requisito della non immediatezza dell’alienazione si attaglia, infatti, oltre che ai contratti con **effetti meramente obbligatori** (tipicamente, il preliminare di compravendita o di permuta), a quelli con **effetti reali ma differiti**, quali, in particolare, la compravendita e la permuta sottoposte a termine o a condizione o inerenti a cosa futura (atteso che, in quest’ultima ipotesi, il cui trasferimento si verifica, *ex art. 1472, 1° comma, c.c.*, nel momento in cui il bene venga a esistenza).

Più in generale, il decreto si applica a tutte le figure negoziali comunque finalizzate a far circolare, in epoca successiva a quella della stipulazione dell’accordo, la proprietà o un diritto reale di godimento (eccettuati, quindi, quelli di garanzia). Tra esse merita ricordare l’appalto relativo alla edificazione d’immobili da trasferire al committente in un secondo momento (esclusi, naturalmente, quelli insistenti su terreno che sia già di sua proprietà²¹), i contratti di locazione finanziaria e l’adesione a cooperative edilizie o, comunque, qualsiasi rapporto negoziale con le stesse, anche diverso dal vincolo sociale, purché finalizzato all’assegnazione in proprietà o all’acquisto di un immobile²².

¹⁸ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 397.

¹⁹ APRILE, *Sub art. 72-bis*, cit., 983.

²⁰ LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, cit., 258-259, osserva che il d.lgs. n. 122/2005 «si rivolge a tutti i contratti di scambio, sia preliminari che definitivi, la cui finalità pratico-giuridica sia quella di realizzare o programmare un acquisto (cronologicamente) non immediato – rispetto alla conclusione del contratto – della proprietà (o di altro diritto reale) su un immobile da costruire (ossia un immobile che il costruttore si obbliga a edificare *ex novo* o a completare)».

²¹ POZZI, *Sub art. 72-bis*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, II, Milano, 2010, 372.

²² ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 473. Si dubita, invece, della possibilità d’includere nel campo di applicazione della disciplina speciale figure quali: «a) la alienazione, a favore di un costruttore, di un suolo edificabile, con riserva di diritto di superficie in corrispondenza di un piano o più piani e con l’obbligo del costruttore di realizzare in essi le relative unità immobiliari; b) la cessione, in favore di un costruttore, della quota indivisa di un’area fabbricabile con contemporanea precostituzione del condominio sull’edificio, da costruire a cura e spese dell’imprenditore; c) la alienazione a titolo oneroso, da parte di un costruttore, con effetto traslativo immediato, della proprietà di un immobile “al grezzo”, con obbligo ulteriore di quest’ultimo di ristrutturarlo a sua cura e spese; d) la vendita, da parte di un imprenditore, di un immobile da costruire, con clausola di acquisto progressivo dell’unità immobiliare; e) la alienazione di suolo contro appalto per la costruzione di edificio da realizzare su altro suolo dell’alienante (c.d. vendita mista ad appalto)»; e ciò perché la legge sembra presupporre che «la proprietà dell’immobile da costruire e/o del suolo su

I predetti contratti vengono in considerazione nella misura in cui – come si è detto – abbiano per oggetto cespiti **non ancora edificati**²³, benché in via di realizzazione e a condizione che si preveda, successivamente alla stipulazione dell'intesa e prima del dispiegamento dell'effetto traslativo, una qualche **opera di costruzione**²⁴. Pertanto, «sono [...] esclusi dalla tutela i contratti in cui l'immobile, ancorché non terminato, è venduto nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, senza previsione di attività edificatoria»²⁵.

Più nel dettaglio, la legge precisa che, al momento della stipulazione del negozio, dev'essersi provveduto alla richiesta del **permesso di costruire** ex art. 10 ss., d.p.r. 6.6.2001, n. 380 (o, a seconda dei casi, alla presentazione della denuncia d'inizio di attività di cui agli artt. 22 ss. del medesimo decreto²⁶), il che induce a escludere dall'ambito delle tutele di cui al d.lgs. n. 122/2005, oltre agli immobili "abusivi" (perché realizzati in assenza della concessione edilizia o di altro idoneo titolo abilitativo)²⁷ le compravendite c.d. "sulla carta", relative, cioè, a beni individuati dal mero progetto, senza che si sia dato corso alla domanda volta all'ottenimento del necessario provvedimento amministrativo²⁸.

cui insiste la costruzione rimanga al costruttore fino al completamento», mentre «nelle ipotesi in cui la proprietà (o il diverso diritto reale) sull'immobile da costruire e/o sul suolo appartiene *ab origine* all'aspirante acquirente – come accade nell'appalto e nelle figure ad esso assimilabili – o viene acquistata immediatamente dall'acquirente [...] l'applicazione delle norme in esame incontra seri ostacoli» (LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, cit., 259 e nota n. 173).

²³ La fattispecie del contratto preliminare di immobile già costruito è disciplinata diversamente: «secondo la regola generale sui rapporti pendenti, non essendosi realizzato il trasferimento del diritto, il curatore resta libero di sciogliersi dal contratto o di dare ad esso esecuzione (art. 72, 3° co., l. fall.). L'acquirente è tutelato nella sua qualità di creditore: se infatti il contratto è stato trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c. (e dunque fornito di data certa e opponibile ai terzi) è ad esso riconosciuto il trattamento privilegiato (art. 72, 7° co., l. fall.)» (DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, in FAUCEGLIA-PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, 776). A questo meccanismo fa peraltro eccezione l'ipotesi in cui l'immobile dedotto nel contratto (sempre debitamente trascritto) abbia ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente (o di suoi parenti o affini entro il terzo grado) o la sede principale della sua attività d'impresa. In queste eventualità, infatti, l'art. 72, 8° comma, l. fall. impedisce al curatore di sciogliersi dal contratto: egli è tenuto a darvi in ogni caso esecuzione, stipulando il definitivo.

²⁴ ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, cit., 474.

²⁵ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 397.

²⁶ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 398.

²⁷ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 398.

²⁸ Cass. 10.3.2011, n. 5749, in *Contr.*, 2011, 657, con nota di Orlando, ha affermato che «i contratti preliminari di compravendita di immobili esistenti soltanto sulla carta, ossia per i quali sussista un progetto, ma non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente, si collocano fuori dall'ambito applicativo della speciale disciplina recata dal [...] d.lgs. n. 122 del 2005 e la chiara lettera della legge non consente di pervenire, a tutela dell'acquirente o promissario acquirente di immobile esistente "sulla carta", ad una interpretazione adeguatrice che ne permetta invece l'applicazione».

Sono generalmente assimilati agli immobili da costruire gli edifici sottoposti a interventi di nuova costruzione *ex art. 3, lett. e)*, d.p.r. 6.6.2001, n. 380²⁹, mentre è controversa l'applicabilità della disciplina in esame a quelli assoggettati a ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art. 3, lett. d), d.p.r. n. 380/2001³⁰.

Gli immobili in questione, in quanto da costruire, non devono – per definizione – essere stati ultimati. Com'è noto, ai sensi dell'art. 31, 2° comma, l. 28.2.1985, n. 87 e dell'art. 2645-*bis*, 6° comma, c.c., si considerano concluse le costruzioni di cui siano stati realizzati il rustico e le coperture. L'art. 5, d.lgs. n. 122/2005 sembra tuttavia distaccarsi da questa impostazione, nella misura in cui fa riferimento a uno stato edificatorio che non consenta il rilascio del **certificato di agibilità**, il quale può legittimamente intervenire solo a valle del completamento delle finiture³¹. Ne deriva che il bene completato nel rustico e nelle coperture, ma non nelle finiture, deve ritenersi non ultimato ai sensi della disciplina in esame³².

La ragione della predetta disomogeneità è evidente: com'è stato osservato, «nel caso della trascrizione si intende anticipare il momento della tutela, considerando esistente un edificio completato soltanto nelle sue parti essenziali; nel caso invece della fideiussione» – e, più in generale, di tutto il complesso di protezioni che ineriscono alle transazioni di immobili da costruire – «si intende assicurare la copertura della garanzia a tutti gli obblighi assunti dal costruttore in ordine alla finitura dell'immobile»³³.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 1, d.lgs. n. 122/2005 circoscrive l'applicazione del peculiare regime di protezione del decreto alle **persone fisiche** che abbiano sottoscritto un contratto di acquisto relativo a un immobile da costruire **per sé o per un proprio parente in primo grado**. Alla luce di questa disposizione, generalmente si ritiene che la legge speciale si attagli esclusivamente all'acquirente “consumatore”, il quale agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta³⁴. Non manca tuttavia

²⁹ ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, cit., 473.

³⁰ MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, cit., 10.

³¹ APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fallimento*, 2005, 1117 ss.

³² DI MARZIO, *Sub art. 72-bis*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1144; *contra* RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 438.

³³ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 398.

³⁴ RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, cit., 434; POZZI, *Sub art. 72-bis*, cit., 366; DI MARZIO, *Sub art. 72-bis*, cit., 1040, il quale osserva che, «preso atto del nesso legislativo ed ermeneutico (ma anche fenomenologico e dunque sociologico) che lega i concetti di “consumatore” e di “persona fisica”, l'operazione volta a separare tali concetti non sembra dotata di una elevata probabilità di successo (nella contrattazione diseguale, il consumatore è sempre una persona fisica; la persona fisica per la quale è apprestato un regime protettivo ci si attende che sia un consumatore). In

chi – adottando un’interpretazione forse più aderente alla lettera della legge, ma che probabilmente ne rispecchia meno la *ratio* – propende per l’estensione delle tutele a tutte le persone fisiche, incluse quelle che concludano l’affare per finalità professionali³⁵.

In ogni caso il negozio dev’essere stipulato con un “costruttore”, intendendosi per esso – ai sensi del predetto art. 1, d.lgs. n. 122/2005 – l’impresa (inclusa la cooperativa edilizia) che s’impegni a trasferire all’acquirente la proprietà o altro diritto reale di godimento sul cespite, indipendentemente dal fatto che provveda in proprio alla sua costruzione o, al contrario, ne affidi la realizzazione in appalto a terzi³⁶.

3. L’obbligo del costruttore di procurare all’acquirente la fidejussione a garanzia dell’eventuale retrocessione del corrispettivo versato e la polizza assicurativa indennitaria decennale

L’art. 2, d.lgs. n. 122/2005 stabilisce che il costruttore è tenuto, entro il momento di stipulazione del contratto, a procurare il rilascio di una **fidejussione**³⁷, a beneficio dell’acquirente, a garanzia dell’eventuale retrocessione degli importi versati all’imprenditore e di ammontare pari a tutti i corrispettivi che egli abbia riscosso o sia comunque legittimato a riscuotere – in forza del negozio principale – prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull’immobile da costruire, con l’esclusione delle somme di cui sia stata pattuita l’erogazione da parte di un mutuante e dei contributi pubblici assistiti da autonoma

altri termini, se tra tutti i soggetti che concludono il contratto per scopi estranei all’attività di impresa può essere considerato consumatore – e dunque soggetto debole e come tale meritevole del regime protettivo – soltanto la persona fisica, e se la persona fisica gode del regime protettivo soltanto in quanto contratti per scopi estranei all’attività d’impresa, potrebbe apparire difficile immaginare una figura di contraente da ritenersi “debole” (solo) perché “persona fisica”, anche se non “consumatore” (ma “imprenditore”). [...] Poiché nel nostro ordinamento, in sintonia con il diritto comunitario, la natura del contraente quale “persona fisica” rileva soltanto nella contrattazione unilaterale d’impresa, svolta nei confronti dei consumatori, ritengo che nel silenzio della legge (che cioè non si esprima chiaramente in senso contrario) una evidente esigenza di coerenza sistematica imponga che ogni qual volta il regime protettivo sia apprestato per una persona fisica, debba essere inteso per ciò stesso come apprestato esclusivamente per il consumatore».

³⁵ APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, cit., 1124.

³⁶ ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, cit., 474.

³⁷ APRILE, *Sub art. 72-bis*, cit., 984, rileva che «le parti possono accordarsi per utilizzare lo schema della fidejussione per obbligazione futura delineato dall’art. 1938 c.c., permettendo così che il valore della medesima possa essere rapportato ai versamenti effettivamente avvenuti e non stimato sull’intero valore del bene promesso in vendita».

garanzia³⁸. Affinché la predetta fidejussione costituisca un'effettiva protezione dal rischio d'insolvenza del costruttore, il decreto precisa, all'art. 3, che essa va rilasciata da **sogetti qualificati**, come tali contraddistinti da solidità patrimoniale in qualche misura rafforzata: banche, imprese esercenti le assicurazioni o intermediari finanziari abilitati (iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 d.lgs. 1.9.1993, n. 385).

Nella sostanza, «attraverso l'imposizione della garanzia fideiussoria, il legislatore preclude all'imprenditore (venditore o costruttore di immobili) di far ricorso, per lo svolgimento dell'iniziativa immobiliare, al finanziamento di persone fisiche acquirenti (e cioè di consumatori) se non vengano da colui fornite garanzie di rimborso, assunte da parte di finanziatori professionali, di importo eguale a quello anticipato dall'acquirente medesimo»³⁹.

La legge enuclea nel dettaglio le caratteristiche della garanzia⁴⁰, la quale deve necessariamente prevedere la **rinuncia al beneficio della preventiva escussione** del debitore principale di cui all'art. 1944, 2° comma, c.c. e dev'essere **escutibile a semplice richiesta scritta** del beneficiario, purché inviata al domicilio del fidejussore con lettera raccomandata e corredata da idonea documentazione attestante gli importi percepiti dal costruttore. A maggior tutela dell'acquirente, da un lato, non gli sono opponibili l'eventuale omesso versamento del premio o della commissione di competenza del garante, dall'altro, il fidejussore è obbligato a

³⁸ MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in BUONOCORE-BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, II, Padova, 2010, 441, rilevano che «l'acquirente non professionale, nel momento in cui effettua anticipazioni in favore del venditore per l'acquisto di un immobile non ancora esistente, di fatto ne finanzia la costruzione, assumendosi, conseguentemente, un peculiare rischio di credito che, di solito, non è capace di controllare, e che peraltro non è bilanciato da effettive garanzie, atteso che l'immobile da costruire – nelle operazioni contrattuali considerate dal decreto n. 122 del 2005, e cioè, come detto, nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà – resta nella titolarità del venditore, ed è perciò esposto alle sorti eventualmente negative della impresa dello stesso. Pertanto, il legislatore obbliga il venditore a fornire – al massimo entro la data di stipula del contratto e a pena, in mancanza, di nullità (relativa) dello stesso – una fidejussione bancaria a prima richiesta in favore dell'acquirente, a garanzia del rimborso di tutte le somme da quest'ultimo anticipate».

³⁹ MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., 442-443.

⁴⁰ Quanto alla natura della garanzia prevista dalla legge, si è osservato che, «sebbene l'interpretazione letterale dell'art. 3, d.lgs. n. 122/2005, supportata dal principio statuito dalla giurisprudenza di legittimità, in forza del quale l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale deve essere espressamente indicata nel contratto, suggerisca di considerarla fideiussione un senso stretto, esigenze di coerenza sistematica avvalorate da parte della dottrina spingono a disattendere una lettura restrittiva della norma in esame e a qualificare il contratto di fideiussione come contratto autonomo di garanzia, così da salvaguardare l'acquirente dagli effetti della crisi del costruttore anche nel caso di invalidità del contratto principale» (ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, cit., 474).

effettuare il pagamento nel breve termine di trenta giorni dalla richiesta (purché, naturalmente, essa si riveli completa), con la precisazione che, laddove l'adempimento non intervenga entro la scadenza stabilita, il garante è altresì tenuto a rimborsare al beneficiario, oltre agli interessi, le spese eventualmente sostenute, nei limiti in cui – beninteso – esse si rivelino strettamente necessarie per conseguire l'incasso del dovuto.

La menzionata fidejussione costituisce in qualche modo il fulcro della tutela dell'acquirente, tanto che l'omesso rilascio della stessa è sanzionato con la comminazione della **nullità** del contratto, peraltro invocabile esclusivamente da parte del contraente debole, sulla base del noto schema della nullità c.d. "relativa"⁴¹.

Essendo la disciplina speciale dichiaratamente volta a approntare una soluzione al rischio d'insolvenza del costruttore, la garanzia diviene escutibile nel momento in cui l'impresa edile venga a trovarsi in una **situazione di crisi**; allorquando, stando alla definizione di cui all'art. 1, d.lgs. n. 122/2005, essa sia sottoposta a esecuzione forzata che attinga l'immobile oggetto del contratto o sia addirittura assoggettata a una procedura concorsuale. A tale stregua, la nozione di situazione di crisi di cui al d.lgs. n. 122/2005, pur essendo parzialmente sovrapponibile all'insolvenza *ex art. 5 l. fall.* e allo stato di crisi *ex art. 160 l. fall.*, presenta una spiccata autonomia⁴², in quanto pone sullo stesso piano l'esecuzione collettiva tipica delle procedure concorsuali a quella individuale, purché, in questo secondo caso, essa attinga il cespite oggetto del contratto. A ciò si aggiunga che – ai sensi dell'art. 3, 2° comma, d.lgs. n. 122/2005 – la situazione di crisi non sembra rilevare in quanto tale, ma solo nella misura in cui si traduca in un atto ulteriore e formale, quali sono: la trascrizione del pignoramento relativo all'immobile da costruire; la pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o dell'insolvenza o del provvedimento di apertura della liquidazione coatta amministrativa o dell'amministrazione straordinaria; la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo. Restano invece irrilevanti a questi fini (e, di conseguenza, non permettono l'escussione della fidejussione) sia l'eventuale ricorso, da parte del costruttore, al piano di risanamento attestato *ex art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall.*, sia il perfezionamento di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis l. fall.*

L'efficacia della fidejussione cessa, in forza dell'art. 3, 7° comma, d.lgs. n. 122/2005, non appena si sia perfezionato il fenomeno traslativo del diritto: in tale situazione, invero, la tutela dell'acquirente dai rischi legati alla crisi del costruttore passa non per la restitui-

⁴¹ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 399.

⁴² PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 400.

zione del prezzo (la cui corresponsione è ormai bilanciata dall'acquisto del bene oggetto di trasferimento), bensì per la protezione della stabilità della transazione, assicurata – come si dirà meglio *infra* – dall'esenzione dalla revocatoria fallimentare⁴³.

Alla suddetta garanzia fidejussoria si affianca la **polizza assicurativa indennitaria decennale** ex art. 4, d.lgs. n. 122/2005, che il costruttore è obbligato a consegnare all'acquirente (il quale ne deve risultare beneficiario) all'atto della traslazione della proprietà del bene, la quale – come si è visto – si colloca in un momento giocosoforza successivo alla stipulazione del contratto. La predetta polizza, che ha effetto a partire dalla data di ultimazione dei lavori, è rilasciata a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile e di quelli ai terzi di cui il costruttore sia tenuto a rispondere ai sensi dell'art. 1669 c.c. (rovina totale o parziale dell'edificio per vizio del suolo o per difetto della costruzione), purché essi si siano manifestati dopo la stipulazione del contratto definitivo di compravendita o dell'atto di assegnazione⁴⁴.

4. Il regime dei contratti relativi agli immobili da costruire pendenti alla data della dichiarazione del fallimento

L'art. 72-*bis* l. fall.⁴⁵ deroga alla regola generale di cui all'art. 72 l. fall.⁴⁶: mentre, di norma, il contratto pendente resta sospeso, onde consentire al curatore di esercitare l'opzione tra lo scioglimento e il subingresso, nel caso di negozio avente ad oggetto immobili da costruire la scelta sul destino del rapporto è rimessa – sia pure, come si vedrà, con alcune significative asimmetrie – a **entrambe le parti**. L'acquirente, infatti, gode della facoltà di provocare lo scioglimento laddove, prima di qualsiasi iniziativa della procedura, escuta la fidejussione, dandone comunicazione al curatore⁴⁷. Tale possibilità si rivela al contrario preclusa ogni qual volta sia il curatore ad agire per primo, optando per la prosecuzione del rapporto⁴⁸.

⁴³ MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., 442.

⁴⁴ ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, cit., 475.

⁴⁵ L'art. 72-*bis* l. fall. è stato introdotto dall'art. 11, d.lgs. n. 122/2005.

⁴⁶ V., *ex aliis*, CAGNASSO, *I contratti pendenti*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008, 122.

⁴⁷ La comunicazione al curatore deve verosimilmente ritenersi elemento costitutivo della fattispecie, sicché fino a quando essa non intervenga il contratto non può ritenersi sciolto, non essendo sufficiente, a tale fine, la mera escussione della fidejussione (cfr. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 232; MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, cit., 103).

⁴⁸ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 402, rileva che «il principio stabilito dal punto 7 del 7° co. dell'art. 1, l. 80/2005, contenente la delega al Governo per la riforma della legge fallimentare, secondo

In altre parole, mentre la decisione nel senso della continuazione del contratto resta esclusivo appannaggio della procedura⁴⁹, il potere di provocarne la dissoluzione è condiviso dalle parti, secondo un meccanismo fondato sul criterio della **priorità temporale**⁵⁰. È invero destinata a prevalere la decisione assunta e formalizzata per prima, fermo il fatto che – lo si ripete – al solo curatore compete il potere di dare autonomamente corso ai due scenari (scioglimento e prosecuzione), mentre la sfera d'azione dell'acquirente si esaurisce nello spazio tra l'escussione della fidejussione e la semplice inerzia.

Nel primo caso, egli ottiene piena e immediata tutela patrimoniale, attraverso il versamento, da parte del garante, di un importo equivalente a quello incassato dal costruttore; al prezzo, però, della definitiva rinuncia all'apprensione del bene. Nel secondo, si limita ad astenersi da qualsiasi iniziativa che possa vanificare il potenziale acquisto del cespite, sacrificando la tempestività della retrocessione degli acconti, ma senza rinunciare a rivalersi sul fidejussore per l'eventualità in cui la procedura dovesse rifiutare il subingresso⁵¹; a patto, naturalmente, di non oltrepassare il termine di scadenza della garanzia.

La predetta asimmetria non deve peraltro sorprendere: la circostanza che la continuazione possa intervenire esclusivamente con il consenso degli organi del fallimento è la naturale conseguenza della necessità di valutare la **concreta compatibilità** di tale opzione con le peculiarità della singola procedura, che può ragionevolmente darvi corso solo allorché disponga delle risorse necessarie per completare la costruzione – direttamente (nell'ipotesi di esercizio provvisorio), o grazie all'apporto di un terzo (se del caso affittante o acquirente dell'azienda)⁵² – e sempre che l'incasso del residuo prezzo si riveli la soluzione più conveniente per la massa.

la quale dovevano essere ampliati i termini entro i quali il curatore poteva esercitare la propria scelta di subentrare o sciogliersi dal contratto – principio che ha effettivamente trovato attuazione con l'elevazione del termine generale previsto dall'art. 72 l. fall. da otto a sessanta giorni da parte del d.lgs. 9.1.2006, n. 5 – trova un'evidente deroga» nell'art. 72-bis l. fall.

⁴⁹ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali. D.Lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, cit., 147; DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, cit., 775; APRILE, *Sub art. 72-bis*, cit., 987.

⁵⁰ LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, cit., 261.

⁵¹ A ben vedere, l'acquirente – ove ancora interessato all'apprensione dell'immobile – «non avrà particolare interesse ad esercitare subito la scelta escutendo la fideiussione perché l'attesa non lo pregiudica, in quanto egli potrà escutere la fideiussione anche in caso di scioglimento provocato dal curatore» (PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 402).

⁵² APRILE, *Sub art. 72-bis*, cit., 990, osserva che la prosecuzione del contratto appare connessa alla «vicenda dell'esercizio provvisorio della impr[esa] o all'affitto o alla vendita dell'azienda o del ramo di azienda, dunque in uno scenario di attività comm[erciale], nel caso specifico di costruzione dell'immobile, che prosegue anche in pendenza di fall[imento]».

Il **subingresso** comporta la successione della procedura in tutti gli obblighi dell'imprenditore edile decotto (inclusa la consegna della polizza assicurativa indennitaria decennale di cui all'art. 4, d.lgs. n. 122/2005⁵³), sicché essa è tenuta, in sintesi, all'ultimazione dell'opera e al trasferimento all'acquirente della proprietà della stessa (o, comunque, del diritto reale di godimento che insiste su di essa), a fronte del pagamento del residuo prezzo. Naturalmente, laddove il fallimento venisse meno ai propri obblighi, incorrerebbe in inadempimento, con conseguente responsabilità risarcitoria verso controparte, fonte – in quanto ascrivibile direttamente alla procedura, anziché all'imprenditore decotto – di passività prededucibili.

Dallo **scioglimento** deriva, invece, il diritto dell'acquirente di ottenere la retrocessione degli importi sino ad allora versati; retrocessione, questa, che – come si è visto – è resa sostanzialmente certa e assai celere grazie alla possibilità di escutere la menzionata fidejussione, con l'ovvia precisazione che compete poi al garante che abbia soddisfatto le pretese del garantito e si sia conseguentemente surrogato dei suoi diritti insinuarsi al passivo della procedura, facendo valere – ove ne sussistano i presupposti – il privilegio di cui all'art. 2775-bis c.c. Anche agli immobili da costruire si applica, infatti, l'art. 72, 7° comma, l. fall. in forza del quale – lo si è già rilevato – in caso di contratto preliminare di compravendita immobiliare trascritto *ex art. 2645-bis c.c.* l'acquirente gode della suddetta prelazione speciale, a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Ci si interroga se agli immobili da costruire si applichi altresì l'**art. 72, 8° comma, l. fall.** – introdotto dall'art. 4, 6° comma, d.lgs. 12.9.2007, n. 169 e successivamente modificato dall'art. 33, 1° comma, lett. a-ter), d. l. 22.6.2012, n. 83, convertito nella l. 7.8.2012, n. 134 – il quale sottrae al curatore la potestà di provocare lo scioglimento dei contratti preliminari di compravendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. aventi ad oggetto immobili a uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente (o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, ma – singolarmente – non del coniuge⁵⁴), come a quelli relativi a immobili a uso non abitativo destinati a costituire la sede principale della sua attività d'impresa. I suddetti negozi, pertanto, **proseguono ex lege**, sicché la procedura – laddove sia rispettata la formalità della trascrizione e, deve ritenersi, ove i relativi effetti non siano cessati⁵⁵ – è invariabilmente obbligata a procedere all'alienazione del cespite. In queste situazioni, infatti, la tutela dell'interesse del promissario acquirente al conseguimento del bene – qualificato

⁵³ DI MARZIO, *Sub art. 72-bis*, cit., 1155; PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 417.

⁵⁴ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 410.

⁵⁵ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 410.

dalla particolare destinazione d'uso che egli intenda conferirgli – prevale su quello, contrapposto, della massa dei creditori alla miglior monetizzazione dell'attivo fallimentare, sicché non è possibile preferire ipotetiche offerte migliorative provenienti da terzi.

Stando al mero tenore letterale della disposizione, non parrebbero a tutta prima sussistere elementi testuali che ne precludano l'applicazione anche agli immobili da costruire, purché – evidentemente – oggetto di contratto preliminare trascritto: l'art. 72, 8° comma, l. fall., infatti, fa generico riferimento agli "immobili", con ciò includendo – almeno in apparenza – tanto quelli ultimati quanto quelli non ancora compiutamente eretti. Senonché, mentre nel primo caso la norma si limita a imporre al curatore di procedere alla cessione (quand'anche, lo si ripete, l'alienazione ad altro soggetto dovesse prospettarsi maggiormente proficua), nel secondo si pone il problema che, di regola (e salvi i casi di esercizio provvisorio, di affitto o cessione d'azienda), la procedura non dispone dei mezzi per procedere all'ultimazione delle opere, con la conseguenza che la domanda di adempimento eventualmente spiegata dal promissario acquirente si debba giocoforza convertire in pretesa risarcitoria, da soddisfarsi in prededuzione perché l'inadempimento è obiettivamente ascrivibile alla procedura, subentrata, *ope legis*, nel negozio.

Non a caso, chi, in dottrina, propende per questa soluzione ha osservato che, «ove il promissario acquirente non ritenga di escutere la fideiussione sciogliendosi dal contratto, egli potrà agire per l'esecuzione e, nel caso in cui il fallimento non sia in condizione di adempiere ultimando la costruzione e consegnandola, il credito risarcitorio sarà assistito da prededuzione»⁵⁶.

Non può tuttavia sottacersi che tale impostazione sembra foriera di corollari non immuni da qualche profilo d'incongruità, nella misura in cui rischia di tradursi, nella sostanza, nel riconoscimento del rango prededucibile ai crediti del promissario acquirente; crediti, questi, che tuttavia non sembrano abbisognare di una ulteriore protezione, essendo già adeguatamente tutelati – ancorché non a titolo risarcitorio, ma sotto il profilo restitutorio – dalla **fidejussione** prestata da soggetto qualificato (banca, assicurazione o intermediario finanziario abilitato), nei confronti del quale l'acquirente può agevolmente rivalersi. In questa prospettiva, non sarebbe facilmente enucleabile la *ratio* di una regola che, di fatto, sembrerebbe consentire al promissario acquirente di rivalersi sulla procedura anziché sul fidejussore, con vantaggio anzitutto di quest'ultimo (lo si ripete: soggetto professionale e, come tale, per natura idoneo a gestire il rischio relativo all'escussione delle garanzie prestate) e con significativo nocimento delle aspettative della massa dei creditori, le quali, mentre è comprensibile che cedano il

⁵⁶ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 413.

passo dinanzi al c.d. “diritto alla casa”, più difficilmente sembrano poter soccombere al cospetto di una mera pretesa pecuniaria, per di più non meritevole di tutela aggiuntiva, perché per l'appunto garantita da un terzo ragionevolmente capiente.

A tale stregua, è forse preferibile ricostruire i rapporti tra l'art. 72, 8° comma, e l'art. 72-bis l. fall. in termini di **specialità**⁵⁷: ancorché entrambe le disposizioni derogano alla norma generale di cui all'art. 72, 1° comma, l. fall., esse non trovano applicazione congiunta, ma si escludono a vicenda, avendo riguardo l'una ai soli contratti preliminari trascritti aventi ad oggetto immobili volti a una specifica destinazione (abitazione o sede principale dell'impresa), l'altra a tutti i negozi relativi agli immobili da costruire (come definiti dal d.lgs. n. 122/2005 e ferme le limitazioni soggettive proprie di tale disciplina); sicché, ove si ricada in questa seconda fattispecie, sembra restare preclusa l'applicazione della prima. Solo adottando questa soluzione, del resto, pare possibile ricostruire il sistema delle protezioni articolandolo in modo da salvaguardare al meglio il promissario acquirente senza imporre ingiustificati sacrifici alla massa dei creditori⁵⁸.

5. Il diritto di prelazione dell'acquirente che abbia provocato (o subito) lo scioglimento del contratto

Quand'anche si dia corso allo scioglimento del contratto, la legge non rinuncia a favorire l'acquisto dell'immobile da parte del soggetto verso il quale il

⁵⁷ JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, XI, 2, Padova, 2009, 481.

⁵⁸ DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, cit., 777, ha osservato che «la prima regola [*i.e.* quella di cui all'art. 72, 1° comma, l. fall.: n.d.r.] è destinata ai contratti preliminari su immobile costruito. Le ragioni di tutela del promissario acquirente soccombono, secondo le regole generali, rispetto alla tutela degli altri creditori concorsuali. La seconda regola [*i.e.* quella di cui all'art. 72, 8° comma, l. fall.] si pone come eccezione rispetto alla precedente. Infatti, il limite alla tutela degli altri creditori concorsuali è data dalla particolare destinazione del bene: casa di abitazione per l'acquirente o lo stretto parente o l'affine. Il bilanciamento di questi interessi è imposto al legislatore ordinario dalla norma costituzionale, che tutela il diritto all'acquisto della casa di abitazione. Stessa esigenza costituzionale si imporrebbe per l'acquirente di immobile da costruire, considerato nella terza regola [*i.e.* quella di cui all'art. 72-bis l. fall.: n.d.r.], quando il bene fosse destinato a costituire casa di abitazione. Tuttavia, qualora fosse stato escluso il potere del curatore di sciogliersi dal contratto, si sarebbe creata una situazione senza via di uscita. In breve, la prestazione a cui si sarebbe trovato obbligato il curatore sarebbe stata nella quasi totalità dei casi esigibile a fronte di gravissime difficoltà e rilevanti costi suppletivi. Infatti, la casa di abitazione non è già edificata; molto (troppo) diversamente, è in fase di costruzione. Sarebbe quindi spettato al curatore di proseguire nell'opera interrotta dal fallito. Giova annotare: anche senza averne i mezzi e anche dovendo far sopportare alla procedura costi rilevanti, in chiaro pregiudizio degli altri creditori concorsuali. Dunque, l'articolazione in diversi regimi di tutela era inevitabile. Né per questo la normativa si espone al sospetto di [in]costituzionalità, corrispondendo al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) di trattare diversamente situazioni differenti».

costruttore si fosse obbligato alla cessione, concedendogli il diritto di **prelazione**, a condizione che ricorrano due requisiti: dev'essersi proceduto all'**anticipata consegna** del bene a vantaggio del futuro acquirente e questi, dopo essere stato immesso nel possesso⁵⁹, deve averlo adibito ad **abitazione principale per sé o per un proprio parente di primo grado**.

Laddove si verificano entrambe le suddette condizioni, il contraente *in bonis* attinto dalla dissoluzione del vincolo negoziale ha diritto di essere preferito ai terzi nell'acquisto dell'immobile oggetto di alienazione da parte della procedura dell'imprenditore decotto, corrispondendo un prezzo pari a quello definitivo raggiunto nella vendita fallimentare. Ciò vale – per espressa previsione dell'art. 9, d.lgs. n. 122/2005 – anche nell'eventualità in cui abbia egli stesso deliberatamente provocato lo scioglimento, escutendo la fidejussione; anzi, com'è stato sottolineato, «proprio con le somme recuperate potrà fattivamente partecipare alla gara ed esercitare il diritto di prelazione sull'immobile che già abita (oppure ha abitato) o è già abitato (oppure è già stato abitato) dal suo parente»⁶⁰.

D'altro canto, allo scopo di scongiurare ipotetiche condotte opportunistiche, l'art. 9, 4° comma, d.lgs. n. 122/2005 stabilisce che, ogni qual volta l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio della prelazione, a un prezzo inferiore all'ammontare riscosso a seguito dell'escussione della fidejussione, la **differenza va restituita** al garante, a patto che l'immobile presenti la consistenza e le caratteristiche tipologiche, anche di finitura, corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore⁶¹; diversamente, l'eventuale eccedenza da restituire deve risultare da apposita stima.

La norma in esame vale, naturalmente, con riguardo a immobili originariamente da costruire, ma la circostanza che, prima dell'apertura della procedura, sia intervenuta la consegna presuppone, almeno di regola, che, nonostante non si sia dato corso al trasferimento della proprietà o del diritto reale di godimento, l'attività edificatoria – ancora da realizzarsi al momento di stipulazione del contratto – sia stata nel frattempo ultimata. Di qui l'insorgenza, nell'ipotesi di contratto preliminare di compravendita, di possibili interferenze con l'art. 72, 8° comma, l. fall.: ove si ricada nella relativa fattispecie (verosimilmente applicabile allorquando, alla data di dichiarazione del fallimento, l'immobile sia venuto ad esistenza), lo scioglimento resta precluso; laddove, invece, non si sia provveduto alla trascrizione (o, comunque, essa sia divenuta inefficace per decorso del termine) e sempre che si sia verificata la destinazione d'uso ad abitazione principale del contraente o di un suo parente di primo grado, il promissario acquirente che abbia provocato (escutendo la fidejussione) o subito (per iniziativa del curatore) lo scioglimento gode della prelazione.

⁵⁹ ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, cit., 477, sottolinea che «solo l'acquirente che sia possessore dell'immobile può averlo adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente di primo grado».

⁶⁰ DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, cit., 780.

⁶¹ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 417.

L'art. 9, d.lgs. n. 122/2005 fa espresso riferimento alla vendita con incanto, il che potrebbe in astratto indurre a circoscrivere a tale fattispecie il diritto del contraente originario a essere preferito ad acquirenti terzi. Senonché si ritiene generalmente preferibile l'interpretazione estensiva della disposizione, la quale – muovendo dalla necessità di superare quello che appare come un evidente difetto di coordinamento tanto con l'art. 569 c.p.c., quanto con l'art. 107 l. fall.⁶² – ne consenta l'applicazione a **tutte le vendite fallimentari**, così da scongiurare eccezioni al regime di protezione; eccezioni, queste, che, in quanto discendenti non dall'ipotetica disomogeneità degli interessi tutelati (i quali restano obiettivamente invariati), ma dalla mera modalità dell'alienazione, presterebbero inevitabilmente il fianco a censure sotto il profilo del rispetto del principio – com'è noto di rango costituzionale – di ragionevolezza⁶³.

Onde consentire l'esercizio della prelazione, il curatore che abbia proceduto alla vendita è tenuto a dare comunicazione al titolare del diritto della definitiva determinazione del prezzo, con atto da notificarsi a mezzo ufficiale giudiziario entro dieci giorni dal provvedimento che individui l'importo. La predetta comunicazione deve altresì contenere sia l'indicazione di tutte le condizioni alle quali la transazione dovrà essere perfezionata sia l'espresso invito a esercitare la prelazione, che può essere fatta valere nei successivi dieci giorni, anche in questo caso mediante atto da notificarsi a mezzo ufficiale giudiziario.

Quanto alla **natura** reale o meramente obbligatoria della prelazione, la legge sembra fornire una perspicua indicazione per la seconda alternativa, laddove chiarisce che è in ogni caso escluso il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario⁶⁴.

⁶² APRILE, *Sub art. 72-bis*, cit., 991, rileva che «la norma evidentemente non è coordinata sia con l'art. 569 c.p.c. – che prevede per le esecuzioni immobiliari l'esperimento preventivo della vendita senza incanto – sia con l'art. 107, che affida al curatore le vendite e gli atti di liquidazione tramite proc[edure] competitive».

⁶³ DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, cit., 780, osserva che suscita «perplexità il richiamo, nell'art. 9 d. lg., alla vendita con incanto. Se il diritto di prelazione presupponesse la vendita con incanto, non sussisterebbe nella eventualità della vendita senza incanto. Di modo che l'esistenza del diritto sarebbe condizionata dalla scelta strategica degli organi della procedura sulle modalità di liquidazione dell'attivo»; di qui il rilievo che, «affinché la tutela predisposta nell'art. 9 d. lg. non subisca il destino della tacita abrogazione, deve [...] concludersi che, al di là della lettera della legge, il diritto di prelazione valga per ogni figura di vendita immobiliare concernente il bene caduto nell'attivo fallimentare. [...] In mancanza di una simile lettura manipolativa e adeguatrice, la disposizione si esporrebbe alla censura di incostituzionalità: perché irragionevole ai sensi dell'art. 3 Cost. e perché in contrasto con l'art. 47 Cost.». Nello stesso senso PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 416-417; MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, cit., 94.

⁶⁴ RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, cit., 454; APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, cit., 1130.

6. L'esenzione dalla revocatoria

Come si è anticipato, la legge speciale tutela l'acquirente di immobili da costruire dal rischio d'insolvenza del costruttore anche sotto il profilo della **stabilità della transazione**: l'art. 10, 1° comma, d.lgs. n. 122/2005 prescrive infatti l'**esenzione dall'azione revocatoria** ex art. 67 l. fall. degli atti a titolo oneroso che determinino il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento d'immobili da costruire, a condizione che, da una parte, l'acquirente s'impegno a trasferirvi, entro l'anno dal completamento dell'opera, la **residenza propria, di parenti o affini entro il terzo grado** (ma non – almeno in apparenza – del coniuge⁶⁵), dall'altra, l'alienazione sia stata eseguita al **giusto prezzo**, da valutarsi con riferimento alla data di perfezionamento dell'accordo.

La disposizione integra e completa la regola di cui all'art. 67, 3° comma, lett. c), l. fall.⁶⁶, di tenore sostanzialmente analogo, ma relativa agli immobili in genere, senza limitazione a quelli da costruire⁶⁷. Essa, com'è noto, prevede l'esenzione dalla revocatoria per la compravendita e il preliminare di compravendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. i cui effetti non siano ancora cessati ai sensi del 3° comma della medesima disposizione, purché conclusi al giusto prezzo e aventi ad oggetto: beni a uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti o affini entro il terzo grado (senza menzione, neppure in questo caso, del coniuge); ovvero a uso non abitativo, destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, a condizione che, in questo caso, alla data di dichiarazione di fallimento essa sia stata effettivamente esercitata o, quantomeno, siano stati compiuti investimenti par darvi inizio.

BIBLIOGRAFIA

APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fallimento*, 2005, 1117 ss.; APRILE, *Sub art. 72-bis*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 981 ss.; CAGNASSO, *I contratti pendenti*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*.

⁶⁵ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 406, osserva che il mancato riferimento al coniuge costituisce una evidente lacuna: «ben può avvenire, infatti, che il coniuge non abbia l'abitazione principale o la residenza nello steso luogo dell'acquirente, come nel caso in cui questi proceda all'acquisto per fornire un'abitazione al coniuge in attuazione degli accordi assunti in sede di separazione».

⁶⁶ DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, cit., 778.

⁶⁷ PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, cit., 404, mette in luce che «il legislatore ha dettato due norme con finalità sostanzialmente equivalenti, dirette l'una ad assicurare la tutela dell'acquirente della casa di abitazione» – e, oggi, della sede principale dell'attività d'impresa – «ancorché si tratti di immobile già costruito, contro il rischio della revocatoria, e l'altra ad assicurare contro il medesimo rischio chi si renda acquirente di un immobile non ancora costruito. Questa seconda ipotesi rappresenta una specie particolare del più ampio *genus* preso in considerazione dalla prima norma, ma, contro ogni aspettativa, non si è ritenuto di riportare la disciplina ad unità».

Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo", Bologna, 2008, 113 ss.; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento di proprietà*, Torino, 1998; COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2.8.2004, n. 210*, in *Studium iuris*, 2004, 1489 ss. e 2005, 34 ss.; D'AMBROSIO, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, II, 171 ss.; DI MARZIO, *Sub art. 72-bis*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1137 ss.; DI MARZIO, *Contratti relativi agli immobili da costruire*, in FAUCEGLIA-PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, 771 ss.; DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 210 ss.; FABIANI, *Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega*, in *Foro it.*, 2004, 2845 ss.; FERRUCCI-FERRENTINO-AMORESANO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 529 ss.; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. notariato*, 1997, 33 ss.; JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, XI, 2, Padova, 2009, 469 ss.; LUMINOSO, *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 1998, 564 ss.; LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in AA.VV., *Gli effetti del fallimento*, in VASSALLI-LUISSO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2014, 206 ss.; MANENTE, *La legge delega sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (l. 2.8.2004, n. 210)*, in *Studium iuris*, 2004, 1466 ss.; MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2008; MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in BUONOCORE-BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, II, Padova, 2010, 387 ss.; MEZZASOMA, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008; ORTOLANI, *Sub art. 72-bis*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 472 ss.; PALOMBELLA, *La tutela degli acquirenti immobiliari*, supplemento a *Dir. e giustizia*, 2005; PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008, 391 ss.; PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005; POZZI, *Sub art. 72-bis*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, II, Milano, 2010, 363 ss.; RE-SCALITTI, *La nuova disciplina degli immobili da costruire*, Torino, 2006; RIZZI, *Poste le "fondamenta" per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire. Commento alla legge 2.8.2004 n. 210*, in *Notariato*, 2004, 675 ss.; RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 433 ss.; SICCHIERO (a cura di), *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, Padova, 2005; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali. D.Lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Torino, 2006.