

LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI: PROBLEMATICHE FALLIMENTARI¹

Francesco Petrucco Toffolo

Giudice Delegato presso il Tribunale di Pordenone

La questione posta dalle esigenze di tutela dell'acquirente e soprattutto del promissario acquirente di immobili impegna ormai da oltre un decennio il legislatore, che ha elaborato strumenti plurimi di tutela, che non sempre si sono rivelati realmente efficaci, ma che si caratterizzano per una progressione in termini di intensità della tutela apprestata.

Sono principalmente tre, infatti, le esigenze di tutela che possono in astratto prospettarsi in caso di fallimento del costruttore: una tutela per così dire reale o *acquisitiva*, che mira a consentire il compimento del programma contrattuale con l'acquisto della proprietà da parte del promissario; una tutela obbligatoria o *recuperatoria* o *restitutoria* che salvaguardi quest'ultimo (almeno) dal rischio di perdere le somme versate in anticipo e che costituiscono una forma di finanziamento dell'attività d'impresa; una tutela che potremmo chiamare *conservativa*, per l'ipotesi in cui il programma contrattuale si sia realizzato in epoca prefallimentare ed il rischio sia quello dell'assoggettabilità dell'acquisto pur intervenuto all'azione revocatoria fallimentare, con la conseguente perdita del bene da parte dell'acquirente.

Prima dell'inizio dell'accennato *iter* normativo, il promissario acquirente era pressoché privo di protezione di fronte alla crisi del costruttore. In particolare nel caso di fallimento di quest'ultimo, secondo la previsione generale sui rapporti pendenti contenuta nell'art. 72 della legge fallimentare, il contratto rimaneva sospeso ed il curatore era libero di subentrarvi o meno; in caso di mancato subentro – secondo quanto accadeva ed accade nella generalità dei casi – il contratto si scioglieva ed il

¹ Relazione svolta il 26 ottobre 2007 al Convegno organizzato dalla Camera Civile di Pordenone "LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI DA COSTRUIRE"

promissario acquirente poteva soltanto insinuare al passivo il proprio credito, avente natura chirografaria, per gli acconti di prezzo versati. Persa dunque la possibilità di veder realizzato il programma contrattuale che avrebbe dovuto renderlo proprietario dell'immobile, egli perdeva – con incerta prospettiva di un almeno parziale rimborso – anche gli acconti versati.

Il menzionato percorso ha avuto inizio con il d.l. 31 dicembre 1996 n. 669 conv. con modifiche nella legge 28 febbraio 1997 n. 30 e, passando per il d.lgs. n. 122 del 2005, ha trovato progressivo compimento con le modifiche alla legge fallimentare, introdotte via via con il d.l. 14.3.2005 n. 35 (conv. con mod. in legge 14.5.2005 n. 80), poi con il d.lgs. 9.1.2006 n. 5 ed infine con il recente d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, correttivo della riforma della legge fallimentare e le cui norme entreranno in vigore il 1° gennaio 2008: nel senso che (almeno per la parte che viene in rilievo in questa sede) si applicheranno alle procedure aperte (cioè in relazione alle quali la sentenza dichiarativa di fallimento sia stata depositata) dopo il 1° gennaio 2008.

Il primo intervento fu dunque attuato con il d.l. n. 669 del 1996, che, introducendo l'art. 2645 bis c.c. e quindi la possibilità di trascrivere il contratto preliminare che abbia ad oggetto la conclusione di un contratto di vendita di immobili o un diritto reale di godimento o la costituzione della comunione, si poneva in primo luogo obiettivi di tutela del promissario acquirente non riferiti all'ipotesi di assoggettamento del costruttore ad una procedura concorsuale ma al rischio della doppia alienazione dell'immobile. Per consentire la trascrizione dei preliminari anche in caso di edifici ancora da costruire o in corso di costruzione, si è stabilito che il contratto indichi la superficie utile della porzione di edificio e la quota millesimale del diritto spettante al promissario acquirente in rapporto all'intero edificio. La trascrizione ha un effetto di prenotazione, nel senso che gli effetti della successiva trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che tiene luogo dello stesso ex art. 2932 c.c. gode della retrodatazione degli effetti che si producono con riferimento alla data della trascrizione del preliminare e prevalgono sulle iscrizioni e trascrizioni intermedie, purché si faccia luogo alla stipula del contratto definitivo entro un anno dalla data convenuta per la conclusione dello stesso ed in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione del preliminare.

In caso invece di mancata esecuzione del preliminare (e quindi, di per sé, non solo in caso di fallimento del costruttore) si è previsto che il credito del promissario acquirente alla restituzione degli acconti di prezzo versati abbia privilegio speciale sull'immobile oggetto del contratto. Ciò a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Si tratta di un titolo di prelazione piuttosto favorevole, pur essendo lo stesso per previsione di legge posposto ai creditori muniti di ipoteca relativa a mutui concessi per l'intervento edilizio per la quota che il promissario acquirente si sia accollato con il preliminare stesso o con atto successivo (2825 bis c.c.). Per il resto, in quanto privilegio immobiliare, esso prevale, secondo la regola generale di cui all'art. 2748, sulle ipoteche anche se anteriormente iscritte (ciò nell'interpretazione data dalla giurisprudenza, atteso che la prevalente dottrina preferisce invece sottolineare l'origine iscrivibile della prelazione al fine di sottoporla al criterio cronologico nel rapporto con le ipoteche).

Con specifico riferimento all'ipotesi di insolvenza del costruttore, la legge in commento ha modificato l'art. 72 l.f. prevedendo che, qualora il preliminare sia stato trascritto ed il curatore abbia scelto lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito per il prezzo versato al passivo del fallimento con il privilegio di cui sopra. Si realizza così la prima forma di tutela c.d. obbligatoria, che privilegia il promissario acquirente rispetto ad altri creditori, rendendo un po' più concreta la speranza di una restituzione almeno parziale degli acconti versati.

È noto che tale possibilità è stata peraltro assai poco sfruttata, sia per la forma necessaria ai fini della trascrivibilità (atto pubblico o scrittura privata autenticata o con sottoscrizione accertata giudizialmente) diversa da quella consueta nella stipula dei preliminari di compravendita immobiliare, sia per i costi (quelli per assolvere al predetto onere formale e quelli richiesti per la trascrizione dell'atto), sia e forse soprattutto per l'inibizione alla trascrizione del preliminare (che reca l'indicazione dell'effettivo prezzo convenuto) derivante dalla comune abitudine alla simulazione parziale del prezzo a fini... fiscali (con indicazione di un prezzo inferiore nel definitivo).

Un principio di tutela reale - benché con effetti limitati al ricorrere di precise e non frequenti condizioni - pareva di fatto introdotto, invece, per effetto di una pronuncia giurisprudenziale sull'annosa questione relativa all'efficacia della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre trascritta in data anteriore alla sentenza di fallimento. Rovesciando l'orientamento precedentemente espresso dalla prevalente giurisprudenza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12505 del 2004, hanno affermato il principio secondo cui quando la domanda ex art. 2932 c.c. è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori ed esclude il potere del curatore di sciogliersi dal contratto.

Va peraltro osservato che tale indirizzo non risulta essere confermato nella giurisprudenza successiva, anche di legittimità, atteso che numerose sentenze di epoca posteriore, anche della Suprema Corte (fino alla più recente n. 4888 del 2007), statuiscano che, nel caso di fallimento del promittente venditore, anche quando il promissario acquirente abbia già proposto domanda giudiziale per l'adempimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. ed abbia, inoltre, trascritto la domanda stessa, resta impregiudicata per il curatore - ai sensi dell'art. 72 del r.d. n. 267 del 1942 (c.d. legge fallimentare) - la facoltà di dare esecuzione al contratto oppure di provocarne lo scioglimento, ciò almeno (v. Cass., sent. n. 10436 del 2005) fino al passaggio in giudicato della sentenza ex art. 2932 cod. civ. con il conseguente trasferimento della proprietà del bene.

È poi intervenuto il decreto legislativo n. 122 del 2005 che ha innanzitutto introdotto per il costruttore l'obbligo, a pena di nullità (relativa), in caso di stipula di un contratto diretto al trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, di consegnare all'acquirente una fideiussione di importo corrispondente alle somme che sono state e saranno rimosse dal costruttore prima del trasferimento del diritto reale.

L'art. 9 del decreto legislativo in contesto ha poi previsto che nel caso di vendita forzata (e quindi pertanto all'esito di procedimento esecutivo individuale o concorsuale) dell'immobile oggetto del contratto concluso con il costruttore, all'acquirente (ex art. 1 lett. a)) che ne abbia ricevuto la consegna e lo abbia adibito ad abitazione principale - ciò che di fatto limita l'ipotesi ad immobili pressoché ultimati - per sé o per un

proprio parente in primo grado è riconosciuto il diritto di prelazione, il diritto cioè di essere preferito nell'acquisto dell'immobile alle condizioni alle quali il terzo si è aggiudicato l'immobile. L'elemento debole del titolo di preferenza così riconosciuto sta nell'assenza, espressamente prevista, di natura reale della prelazione, restando comunque inattuabile l'acquisto dell'aggiudicatario anche se il prelazionario non abbia avuto la possibilità di esercitare la sua facoltà, per non esser stato posto a conoscenza dell'aggiudicazione; in tal caso, egli potrà esperire azione risarcitoria, qualora ne ricorrano i presupposti, nei confronti del responsabile (il perito stimatore che non abbia indicato il ricorrere di una tale situazione, il curatore o il delegato alla vendita che, dopo l'aggiudicazione, non abbia fatto comunicazione all'avente diritto della facoltà di esercitare la prelazione nel termine di dieci giorni). Se egli si avvale di tale facoltà avendo già escusso la fideiussione, si prevede che qualora l'acquisto sia avvenuto per un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione la differenza debba essere restituita al fideiussore: ciò in quanto l'interesse protetto dalla norma che concede la preferenza non vuole essere quello a beneficiare dell'effetto speculativo dell'esito della vendita forzata ma solo quello a realizzare il programma contrattuale già posto in essere con il costruttore.

Dallo stesso d.lgs. n. 122 del 2005 è stato introdotto l'art. 72 bis nella legge fallimentare, al fine di stabilire che con l'escussione della fideiussione il contratto preliminare s'intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione e scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione, dandone comunicazione al curatore; la fideiussione non può più essere escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto. Se, dunque, al curatore rimane il potere di sciogliere il vincolo, con innovazione rispetto al regime generale dei rapporti pendenti si prevede che anche l'altra parte possa, escutando la fideiussione e purché il curatore non abbia già comunicato il subentro, provocare la risoluzione del contratto.

Sul testo dell'art. 72 bis è intervenuto, senza peraltro introdurre alcunché di realmente innovativo, anche il d.lgs. n. 5 del 2006, prevedendo che in caso di fallimento del venditore il contratto non può sciogliersi se la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore, e ribadendo la regola relativa al privilegio di cui beneficia il contraente in caso di preliminare di vendita trascritta, regola che si trova(va) ribadita con parole

pressoché identiche all'ultimo comma dell'art. 72 l.f. ed al secondo comma dell'art. 72 bis (!).

Il d.lgs. n. 169 del 2007, le cui norme, si ripete, entreranno in vigore con il primo gennaio del 2008, è intervenuto incisivamente sul testo degli artt. 72 e 72 bis l.f. offrendo, mi pare, una tutela compiuta alle ragioni del promissario acquirente (quantomeno dell'acquirente persona fisica in relazione all'immobile da adibire ad abitazione principale: condizione che soltanto, giusta la copertura offerta dall'art. 47 della Costituzione, consente una normativa di favore).

L'art. 72 bis ritorna sostanzialmente al contenuto che aveva al momento della sua introduzione ad opera del d. lgs. n. 122 del 2005, venendo eliminati il secondo comma, come si è visto meramente ripetitivo di quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 72 in materia di privilegio del promissario acquirente, ed il primo, relativo al passaggio della proprietà come fatto ostativo allo scioglimento del contratto da parte del curatore, riferimento che viene trasferito nel nuovo ultimo inciso del primo comma dell'art. 72, laddove ora si prevede che la facoltà di scioglimento sia esclusa quando “nei contratti ad effetti reali sia già avvenuto il trasferimento del diritto”.

Rimane soltanto la norma, ora (almeno in apparenza) più univocamente riferita “ai contratti di cui all'art. 5 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122” (e pertanto relativa ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili), relativa alla facoltà dell'acquirente (persona fisica) d'immobile da costruire di escutere la fideiussione con effetto risolutivo del rapporto, purché prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento: nel senso che, effettuata la scelta dalla curatela, nella prima ipotesi (subentro), l'acquirente non potrà sciogliersi né conseguentemente escutere la fideiussione, nella seconda (scioglimento) il contratto è già stato sciolto dal curatore, senza che ciò escluda, si deve, ritenere, la possibilità di escutere la fideiussione.

Si determina comunque un problema di raccordo tra discipline, poiché l'art. 72 bis fa mero riferimento all'art. 5 del d.lgs. (che a propria volta richiama gli artt. 2, 3 e 4 ed indica i limiti di applicabilità della normativa – ed in particolare della garanzia fideiussoria – sotto il profilo oggettivo) e sarebbe astrattamente suscettibile di applicazione più estesa, in particolare quanto alla qualità soggettiva dell'acquirente: si ritiene tuttavia, che richiamandosi espressamente l'istituto della fideiussione introdotto dal decreto legislativo n. 122 del 2005, la facoltà in esame possa

essere riconosciuta esclusivamente nei limiti di applicabilità della disciplina recata dallo stesso, in particolare anche con le limitazioni soggettive (acquirente solo persona fisica) oltre che oggettive di cui all'art. 1 del d.lgs., con la conseguenza che sarebbe, ad esempio, escluso analogo potere in favore del promissario acquirente persona giuridica che pure abbia ottenuto fideiussione a garanzia della restituzione delle anticipazioni effettuate.

Quanto all'art. 72, oltre alle precisazioni, nel testo del primo comma, circa il fatto che il contratto s'intende eseguito, ai fini dell'esclusione del potere di scioglimento in capo al curatore, con il trasferimento del diritto reale, e, nel testo del quarto, che l'intervenuto scioglimento del contratto non fa sorgere nell'altra parte un diritto al risarcimento del danno, ed oltre alla correzione solo formale del testo del settimo comma in tema di privilegio, è stato aggiunto un (ultimo) comma che rappresenta una reale ed assai rilevante novità – che a prima lettura potrebbe sfuggire attesa la formulazione in termini negativi della disposizione - al fine – così si legge nella Relazione illustrativa di accrescere “ai sensi dell'art. 47 Cost. la tutela del promissario acquirente di immobile destinato a casa di abitazione”. La disposizione esclude l'applicabilità del primo comma “al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado”. Poiché il primo comma (in realtà non si capisce per quale motivo l'esclusione sia riferita al solo primo comma anziché all'intero articolo, giacché tutti i commi successivi presuppongono l'applicabilità del primo) è quello che prevede il potere alternativo del curatore di subentrare nel contratto ovvero di sciogliersi dal medesimo, la conseguenza è che il promissario acquirente conserva integro, nonostante il fallimento del costruttore/venditore, il diritto ad ottenere l'esecuzione del preliminare e pertanto ad acquisire la disponibilità materiale e giuridica del bene. Si tratta dell'unico caso nel quale la sorte del rapporto è rimessa soltanto alla parte diversa da quella rappresentata dal curatore. L'innovazione ha importanti conseguenze, poiché il fallimento viene a trovarsi, quale parte del rapporto, nella stessa posizione del fallito, con particolare riferimento all'obbligo di adempiere all'obbligo di procurare il trasferimento della proprietà.

Tale situazione si verifica peraltro soltanto quando si verificano le condizioni di cui alla citata disposizione, e cioè che si tratti di un contratto preliminare di vendita trascritto, che abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente

(necessariamente persona fisica) o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado (come in altre disposizioni – v. art. 67 – il legislatore ha dimenticato la posizione del coniuge). La destinazione anzidetta deve, si ritiene, risultare dal testo del contratto preliminare, o, altrimenti, essersi già attuata al momento del fallimento.

Si deve notare che la norma comporta la necessità di differenziare in modo netto il campo di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 72 (che si riferisce agli immobili ad uso abitativo) da quello dell'art. 72 bis (che fa riferimento agli immobili da costruire), anche alla luce del fatto che la realizzazione del programma contrattuale è pressoché impossibile per una procedura concorsuale in relazione ad immobili che non siano già ultimati. In sostanza, per gli immobili da costruire vale quanto disposto dall'art. 72 bis, per quelli già ultimati vale quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 72 l.f.. Il discrimine può ritenersi dato dalla sussistenza dei presupposti per il rilascio del certificato di agibilità, secondo il limite oggettivo-temporale offerto dal decreto legislativo n. 122 del 2005, di cui l'art. 72 bis l.f. è espressione.

Si viene pertanto a delineare un sistema che, per l'ipotesi di promissario acquirente che sia persona fisica interessata all'acquisto della casa di abitazione, può essere così riassunto:

- a) quanto all'immobile da costruire, valgono le tutele offerte dal d.lgs. n. 122 del 2005 e dall'art. 72 bis l.f., e, in particolare, la garanzia fideiussoria e la prelazione. Permane il potere del curatore di sciogliersi dal contratto. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale si intende sciolto il contratto. Peraltro, e purché il curatore non abbia già comunicato il subentro nel contratto, a propria volta l'acquirente può provocarne lo scioglimento escutendo la fideiussione prestata a garanzia di quanto versato al costruttore; escussione cui pure può ricorrere nel caso in cui a sciogliere il contratto sia stato il curatore;
- b) quanto all'immobile ultimato, secondo quanto ora previsto dall'ultimo comma dell'art. 72 l.f., il promissario acquirente – con preliminare trascritto – può pretendere la conclusione del definitivo (ed ovviamente in tal caso si terrà conto degli acconti pagati, benché normalmente già “consumati” dall'impresa in epoca prefallimentare); è chiaro che, in mancanza di una volontà in tal senso, assume carattere determinante la decisione del curatore: se

egli è interessato all'esecuzione potrà – dandogliene comunicazione, con ciò impedendo l'escussione della garanzia - obbligare in tal senso l'altra parte, che rimane vincolata dagli impegni contrattuali; se neppure il curatore è interessato alla realizzazione del programma contrattuale, la comune volontà delle parti si esprimerà in una risoluzione consensuale, espressa o tacita, del rapporto. Si deve notare che nell'ipotesi in cui il contratto sia stato stipulato, con rilascio della fideiussione, in relazione ad un immobile da costruire, gli effetti della garanzia fideiussoria permangono anche dopo che l'immobile sia ultimato, con un effetto della tutela che pare decisamente di favore per l'acquirente, che potrebbe scegliere tra il recesso *ad nutum* che di fatto si realizza con l'escussione della fideiussione e l'esecuzione del contratto, mentre facoltà di scelta non è riconosciuta al curatore; ciò in quanto espressamente l'art. 3 comma 7 del d.lgs. n. 122 del 2005 prevede che gli effetti della fideiussione cessano con il trasferimento della proprietà. Ciò salvo voler considerare necessaria una interpretazione che tenga conto del dato sopravvenuto costituito da quanto ora previsto dall'ultimo comma dell'art. 72 l.f., per cui si possa ritenere che l'escussione della garanzia non possa più avvenire qualora se ne verificano i presupposti – ex art. 3 commi 2 e 3 – dopo che l'immobile sia già ultimato, situazione nella quale, ex art. 72 ultimo comma nuovo testo, le parti sarebbero tenute (salvo, ovviamente, risoluzione consensuale) all'esecuzione del contratto.

La più tradizionale (e peraltro mantenuta nel settimo comma dell'art. 72 l.f.) tutela offerta dalla natura privilegiata del credito, da insinuarsi al passivo fallimentare, avente ad oggetto la restituzione degli acconti rimane essenzialmente destinata a coprire le ipotesi nelle quali non ricorrano, in astratto (es. acquisti di persone giuridiche) o in concreto (mancato rilascio della fideiussione, mancata trascrizione del preliminare) le condizioni soggettive ed oggettive di applicabilità di alcuna delle due ipotesi suindicate (contratto relativo ad immobile da costruire garantito da fideiussione; preliminare di vendita d'immobile trascritto), giacché, se invece tali ipotesi ricorrono, essa è sostanzialmente inutile nella prima – potendosi l'acquirente giovare della fideiussione, mezzo più efficace – ed inapplicabile alla seconda, giacché la prosecuzione del rapporto esclude che se ne verifichi il presupposto (scioglimento del preliminare, da intendersi come esercizio del potere riconosciuto al curatore nel primo comma).

Rimane infine da esaminare l'ultimo fronte di tutela, per così dire, conservativa (nel senso che consente all'acquirente di non perdere l'immobile acquistato), prestata dall'ordinamento in favore dell'acquirente di beni immobili, costituito dall'esenzione dalla revocatoria fallimentare, esenzione che è stata oggetto, in breve arco temporale, di plurimi interventi legislativi (il d.l. n. 35 conv. In l. n. 80 del 2005 che è intervenuto sul testo dell'art. 67 della legge fallimentare, il d.lgs. n. 122 del 2005 che – mentre all'art. 11 interveniva sul testo della legge fallimentare introducendo l'art. 72 bis – prevedeva all'art. 10 autonomi limiti all'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare senza innesto sul testo della legge fallimentare, ed infine il d.lgs. n. 169 del 2007 che ha nuovamente modificato il testo dell'art. 67 l.f.), i quali, ancora una volta, si sovrappongono in termini non univoci e senza che la duplicazione di discipline aventi finalità sostanzialmente equivalenti appaia sostenuta da una qualche giustificazione.

Si ricorda, brevemente, che gli atti di disposizione del proprio patrimonio compiuti dal fallito nel periodo c.d. sospetto sono a determinate condizioni soggette all'azione revocatoria. Si tratta di uno strumento che ha finalità di redistribuzione delle conseguenze pregiudizievoli dell'insolvenza, che si attua rendendo inefficace l'atto dispositivo nei confronti della massa dei creditori con la possibilità di acquisire il bene all'attivo fallimentare. In particolare per la parte che assume qui rilievo, sono revocabili se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, salvo che l'altra parte provi che non era a conoscenza dello stato di insolvenza, gli atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso, nonché gli atti a titolo oneroso compiuti nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento, se il curatore prova che l'altra parte aveva conoscenza dello stato di insolvenza (in tale caso a prescindere dall'equilibrio economico delle prestazioni).

Ebbene, l'art. 10 del d.lgs. n. 122 del 2005 ha previsto che non siano assoggettabili a revocatoria fallimentare gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado (sempre dimenticando il coniuge), se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare. Si è prevista l'esenzione da revocatoria anche per i pagamenti dei premi e delle commissioni relative ai

contratto di fideiussione ed assicurazione di cui agli artt. 3 e 4, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Pressappoco nello stesso periodo, il decreto legge n. 35 del 2005 ha previsto all'art. 67 comma 3° lett. c) l.f. un'ipotesi di esenzione dalla revocatoria (da intendersi, fallimentare) avente ad oggetto le vendite a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Si tratta di ipotesi di esenzione contemporaneamente vigenti e solo parzialmente coincidenti.

In particolare, quanto alla tipologia di atti presi in considerazione, nella prima previsione si fa riferimento ad atti a titolo oneroso che hanno come effetto non immediato il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nella seconda ci si riferisce a vendite perfezionate (concetto che peraltro parrebbe estensibile a fattispecie contrattuali omogenee, quali la vendita con efficacia obbligatoria e la permuta) e, necessariamente per poter essere opponibili alla curatela, trascritte, anche di immobili già ultimati e pure se acquistati da imprenditori commerciali diversi dal costruttore.

In entrambi i casi, invece, si richiede la destinazione ad abitazione principale dell'acquirente (o di parenti ed affini entro il terzo grado: il diverso termine contenuto nell'art. 10, "residenza", non implica differenze applicative, dovendosi intendere come tale la dimora abituale ex art. 43 c.c. e non la residenza anagrafica; piuttosto manca nell'art. 67 il termine perché una tale destinazione si attui, previsto in dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione dall'art. 10) e – punto, questo, fondamentale (e critico attesa la prassi relativa alla simulazione parziale del prezzo) - che sia stato pattuito un giusto prezzo, e cioè un prezzo congruo in relazione al valore di mercato. Con la precisazione, contenuta nel solo art. 10, che il giusto prezzo si valuta alla data della stipula del preliminare: ciò ovviamente, con riferimento all'ipotesi del succedersi di un preliminare e di un definitivo recanti lo stesso prezzo (poiché se il prezzo indicato nel definitivo è diverso ed inferiore, dovendosene ipotizzare una rinegoziazione, è con riferimento a quest'ultimo che deve effettuarsi il vaglio di congruità, salva la difficile prova, a mezzo di atto scritto avente data certa, della simulazione relativa) e per il caso in cui l'evoluzione del mercato immobiliare potrebbe, se si effettuasse la valutazione con riferimento al secondo momento, segnalarne l'insufficienza. Tale previsione è innovativa rispetto ad una precedente consolidata

interpretazione giurisprudenziale, ma appare ineccepibile nella misura in cui la stipula del contratto definitivo costituisce atto dovuto in relazione ad un obbligo assunto al momento della sottoscrizione del preliminare; ciò conforta circa l'estensibilità del principio al di là del - marginale - campo di applicazione dell'art. 10.

Anche il testo dell'art. 67 comma 3° lett. c) l.f. è stato riscritto dal recente d.lgs. n. 169 del 2007, esentandosi dalla revocatoria fallimentare le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Come si può notare, rimangono confermati alcuni riferimenti che caratterizzavano il testo come riformato nel 2005, ed in particolare quelli al giusto prezzo (senza recepimento espresso dell'indicazione relativa all'atto – preliminare o definitivo – oggetto del vaglio di congruità), ai soggetti interessati (acquirente oltre a parenti ed affini entro il terzo grado, senza inserimento nella previsione – nonostante tutti i commentatori avessero segnalato la lacuna – del coniuge), alla destinazione a costituire abitazione principale (senza fissazione di un termine nel quale tale destinazione debba attuarsi), alla tipologia contrattuale apparentemente limitata alla vendita.

La novità rilevante è però costituita dall'estensione della previsione al contratto preliminare, estensione in tal caso coerente con le ulteriori novità recate dal decreto legislativo ed in particolare alla luce di quanto disposto dal nuovo ultimo comma dell'art. 72. Fino ad oggi, infatti, la pressoché unanime dottrina escludeva l'assoggettabilità del contratto preliminare all'azione revocatoria fallimentare. Tale affermazione si fondava su un argomento giuridico – la negazione al preliminare della natura di atto di disposizione, atteso che esso non determina di per sé l'estromissione del bene dal patrimonio del debitore – che in realtà traeva forza da un argomento di carattere pratico: se il contratto definitivo non è stato stipulato e trascritto in data anteriore alla sentenza di fallimento (chè allora è evidentemente quest'ultimo oggetto di eventuale azione revocatoria) non ha alcun senso ipotizzare l'esperimento di azione revocatoria avente ad oggetto il preliminare, giacché assai più semplicemente ed efficacemente il curatore ha la possibilità di non subentrarvi, determinandone lo scioglimento ex art. 72 primo comma l.f..

È in relazione all'ipotesi ora introdotta dall'ultimo comma dell'art. 72, ricorrendo le cui condizioni il curatore non può sciogliersi dal rapporto creato con il preliminare ed il promissario acquirente ha diritto ad ottenerne l'esecuzione, che appare necessario, da un lato, ammettere la possibilità che proprio il preliminare sia fatto oggetto di azione revocatoria (anche solo in termini di eccezione di revocabilità che il curatore opporrà al promissario acquirente che richieda la stipula del definitivo) e, dall'altro e di conseguenza, estendere – come appunto fa la nuova formulazione dell'art. 67 comma 3° lett. c) l.f. - la non assoggettabilità a revocatoria del preliminare nei limiti in cui non vi è soggetto il contratto con effetti reali.

La tutela offerta è dunque, sul piano teorico, piuttosto ampia: ciò, naturalmente, nell'ambito di una situazione, quale quella del dissesto di un'impresa, che non può non creare diffuse conseguenze pregiudizievoli, e fatti salvi i limiti, da molti evidenziati, dell'efficacia della garanzia fideiussoria e della sanzione prevista per l'ipotesi di mancato rilascio, e delle rilevanti difficoltà di pratica attuazione che lo strumento prescelto comporta, nonché le giuste perplessità che nascono da una disciplina complessa e per alcuni aspetti incerta quanto ai presupposti applicativi di ciascuna fattispecie. Il sistema sarà adeguato alla protezione dell'interesse protetto anche in concreto nel momento in cui il rilascio della garanzia e la trascrizione del preliminare rientreranno nella prassi effettiva della contrattazione in questo settore. La novità cui si è fatto cenno con riferimento all'ultimo comma dell'art. 72 l.f. dovrebbe stimolare ben più che in passato il ricorso alla trascrizione del preliminare. Ciò pone, però, innanzitutto un problema di conoscenza da parte del pubblico degli strumenti di tutela riconosciuti dall'ordinamento, perché il ricorso agli stessi richiede un comportamento attivo delle parti; in secondo luogo si pone un problema di costi, poiché in entrambi i casi la predisposizione dei menzionati mezzi di protezione determina una spesa aggiuntiva destinata a ricadere, direttamente o indirettamente, sull'acquirente, che potrebbe essere indotto a preferire il rischio pur di evitare tali costi. Dovrebbero essere soprattutto le imprese ad informare e a stimolare l'acquirente ad avvalersi delle occasioni di tutela offerte, in quanto l'impresa, da un lato, non subisce aggravio di costi per effetto della trascrizione del preliminare, che avviene a cura e spese della parte acquirente, e, dall'altro, si espone ad un rischio non di poco conto in caso di mancata prestazione della fideiussione, e ciò poiché bisogna riconoscere che la strana (poiché apparentemente "fuori mira" rispetto all'interesse tutelato) sanzione della nullità relativa del contratto si presta ad essere strumentalizzata

dall'acquirente, che se ne potrà valere non di fronte alla crisi del costruttore ma per sottrarsi all'impegno contrattuale, richiedendo la restituzione degli acconti, per le ragioni più varie (altri inadempimenti imputati al costruttore, reperimento di altra soluzione abitativa e così via).

Bibliografia essenziale

F. Casarano, G. Baldi, V. Timpano, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Milano 2006;

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

L. Gualandi, *Le "esenzioni" dalla revocatoria: l'art. 67, comma 3, lett. C. I "fallimenti immobiliari" e le operazioni di credito speciale*, in *Il diritto fallimentare*, 2007, I, p. 646 e ss;

L. Panzani, *I fallimenti immobiliari*, in *Il Fallimento*, n. 3/2006, p. 253 e ss;

G. Rizzi, *Commento al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Notariato*, 2005, p. 433 e ss..