

Preliminare di permuta

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505

Pres. Carbone - Rel. Marziale - P.M. Iannelli (diff.) - Fall. Lambo (avv. Larato) c. M. (avv. Palmieri)

Fallimento - Effetti sui rapporti preesistenti - Permuta - Potere del curatore di sciogliersi dal contratto - Limiti - Art. 72, comma 4, l. fall. - Applicabilità - Esclusione - Fattispecie in tema di preliminare di permuta di area edificabile con fabbricato da realizzare sull'area medesima e di sopravvenuto fallimento del costruttore.

(Art. 72 l. fall.; artt. 1552, 1555 c.c.)

In tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, diversamente da quanto avviene nella vendita, in caso di permuta - dove il reciproco trasferimento delle cose (o dei diritti) oggetto del contratto comporta che ciascuno dei contraenti assuma, al tempo stesso, la posizione di alienante e di acquirente - l'incidenza del fallimento non è suscettibile di una disciplina differenziata a seconda che a fallire sia l'una o l'altra parte, e gli effetti della dichiarazione di fallimento sono regolati in modo uniforme secondo il criterio delineato nei primi tre commi dell'art. 72 l. fall., che assume, rispetto all'altro previsto dal quarto comma della stessa disposizione, carattere di minore specificità. Pertanto, ai contratti di permuta stipulati prima della dichiarazione di fallimento è inapplicabile il principio posto dall'art. 72, comma 4, l. fall.; e, quale che sia il contraente fallito, il curatore può sciogliersi dal contratto solo se quest'ultimo è ancora ineseguito, o non compiutamente eseguito, da entrambe le parti. (Principio espresso in fattispecie di contratto preliminare di permuta tra area edificabile e immobile da costruire, nella quale il fallimento del costruttore era intervenuto successivamente all'avvenuto trasferimento della proprietà dell'area e dopo che la costruzione era stata eretta).

Fallimento - Effetti sui rapporti preesistenti - Contratto preliminare di permuta - Facoltà di scioglimento unilaterale del contratto conferita al curatore - Preclusione derivante dall'avvenuta esecuzione del contratto preliminare di permuta - Identificazione - Fattispecie in tema di preliminare di permuta di area edificabile con fabbricato da realizzare sull'area medesima - Trasferimento della proprietà del bene effettuato prima della stipula del contratto definitivo di permuta - Rilevanza.

(Artt. 1351, 1552, 2932 c.c.; art. 72 l. fall.)

Con riferimento alla norma dell'art. 72 l. fall., in fattispecie di preliminare di permuta di area edificabile con fabbricato da realizzare sull'area medesima, il trasferimento della proprietà del bene, con la relativa consegna, effettuato dal promittente la permuta nei confronti dell'altro contraente prima della stipula del contratto definitivo di permuta, determinando l'insorgere, *ex uno latere*, degli effetti finali della operazione economica programmata con il preliminare, realizza, sia pure rispetto ad uno soltanto dei contraenti, lo stesso risultato giuridico ricollegato, nella previsione delle parti, alla stipulazione del contratto definitivo, e quindi comporta, per la parte che lo effettua, l'integrale esecuzione della prestazione dovuta, come tale preclusiva, una volta sopravvenuto il fallimento del costruttore, della facoltà di scioglimento unilaterale del contratto conferita al curatore, essendo tale facoltà esercitabile solo se il preliminare di permuta è ancora ineseguito, o non compiutamente eseguito, da entrambe le parti.

Trascrizione - Atti relativi a beni immobili - Effetti della trascrizione - Domande giudiziarie - Contratto preliminare - Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto - Trascrizione della relativa domanda giudiziaria - Rilevanza - Nel caso di successivo fallimento del promissario inadempiente - Conseguenze - Opponibilità alla massa dei creditori della sentenza di accoglimento - Preclusione della scelta del curatore ex art. 72 l. fall. - Sussistenza.

(Artt. 42, 45, 51, 72 l. fall.; artt. 1351, 2652, 2915, 2932 c.c.)

Quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l. fall.

..Omissis...

Motivi della decisione

3 - La Curatela fallimentare - denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 72, comma 4, r.d. 16 marzo 1941, n. 267, nonché vizio di motivazione - censura la sentenza impugnata per aver negato che avesse il diritto di sciogliersi dal contratto ai sensi dell'art. 72, comma 4, l. fall., senza considerare: a) che, in base a quanto disposto da tale disposizione, l'esecuzione della prestazione da parte del contraente *in bonis*, in caso di fallimento del venditore, non è di ostacolo all'esercizio della facoltà di scelta, da parte del curatore, tra l'esecuzione del contratto e il suo scioglimento; b) che tale principio, formulato esplicitamente per il contratto di compravendita e riconosciuto (pacificamente) applicabile anche al contratto preliminare, è da ritenersi operante anche rispetto al preliminare di permuta; c) che, conseguentemente, non poteva esservi dubbio che, nel caso di specie, il Curatore potesse legittimamente optare per lo scioglimento del contratto, sebbene la controparte avesse già provveduto al trasferimento della proprietà dell'area in favore del fallito, posto: c1) che la posizione di quest'ultimo era assimilabile a quella del venditore e che doveva, quindi, farsi applicazione del principio sancito dall'art. 72, comma 4, l. fall.; c 2) che, in ogni caso, quando sia stato stipulato un contratto preliminare, l'esercizio della facoltà di scioglimento del contratto da parte del curatore del promettente venditore può essere impedito solo se, in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, sia stato concluso il contratto definitivo, ovvero sia passata in giudicato la statuizione giudiziale che tenga luogo di quella stipulazione; c3) che lo stesso effetto preclusivo non può invece essere riconosciuto alla trascrizione, sempre prima della dichiarazione di fallimento, della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

4 - Il Collegio, al quale il ricorso era stato assegnato, ha ritenuto che in ordine alla soluzione di tale specifica questione fossero emersi orientamenti non univoci della giurisprudenza di questa Corte ed ha chiesto, pertanto, che il ricorso fosse assegnato a queste Sezioni Unite. Tali disarmonie si sarebbero manifestate, in particolare, tra le sentenze Cass. 4 aprile 1973, n. 934; 3 giugno 1993, n. 6207, 25 gennaio 1995, n. 871 (secondo le quali l'adempimento del contraente non fallito non sarebbe ostativo all'esercizio della facoltà di recesso del curatore ai sensi dell'art. 72, comma 4, l. fall.) e la sentenza 8 novembre 1974, n. 3422, che avrebbe invece escluso, nell'ipotesi considerata, detta possibilità.

5 - Le decisioni richiamate, per la verità, non affrontano, quanto meno esplicitamente, tale questione. L'esistenza di dissonanze, anche inconsapevoli, nella giurisprudenza di questa Corte in ordine all'applicazione del citato art. 72, comma 4, l. fall. rispetto ai contratti preliminari è peraltro innegabile, come si porrà in evidenza nei paragrafi seguenti. Una riconsiderazione delle solu-

zioni fino a questo momento seguite appare quindi opportuna, anche in considerazione della particolare importanza della questione, la cui soluzione non di rado viene ad incidere sulla soddisfazione di un interesse primario, come quello legato all'acquisto di una casa di abitazione, riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale meritevole di particolare protezione (art. 47 Cost.) e che iniziative legislative all'esame del Parlamento, confluite nel disegno di legge, recante "Delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire" (atto S. 2195), si propongono di tutelare in modo più incisivo di quanto non sia consentito dalle norme attualmente in vigore.

6 - L'art. 72 l. fall., il cui contenuto precettivo si sostanzia nell'attribuzione al curatore del contraente fallito del potere di sciogliersi dal contratto di vendita stipulato prima della dichiarazione di fallimento non è di agevole lettura.

Stando alla rubrica, che fa riferimento alla vendita "non ancora eseguita da entrambe le parti", dovrebbe ritenersi che i contratti presi in considerazione, sono (soltanto) quelli non eseguiti o non compiutamente eseguiti sia dall'uno che dall'altro contraente, così come si afferma nella Relazione ministeriale, osservandosi che "la semplice esecuzione unilaterale si risolve in un credito della parte che ha eseguito verso l'altra, e i crediti si fanno valere secondo le norme proprie del fallimento" (ivi, Par. 18), vale a dire secondo le regole del concorso.

Nei primi tre commi, che hanno riferimento al fallimento del compratore, si afferma chiaramente che la possibilità, per il curatore, di optare per lo scioglimento del contratto, presuppone, innanzi tutto, che la vendita sia ancora ineseguita o "non compiutamente" eseguita "da entrambe le parti": ne deriva, come è del resto chiarito esplicitamente dal primo comma della norma in esame, che l'integrale esecuzione della prestazione, da parte del venditore o da parte dell'acquirente, preclude al curatore di optare per lo scioglimento del contratto. Il contenuto della disposizione è quindi, sotto tale riguardo, pienamente in linea con le indicazioni che possono trarsi dalla rubrica e dalla Relazione.

6.1 - Nel comma 4 dello stesso art. 72 l. fall. relativo al fallimento del venditore, si dispone che, se la cosa venduta "è già passata in proprietà del compratore", il contratto "non si scioglie".

Ci si può chiedere, allora, se lo stesso effetto non si determini anche per il solo fatto che il compratore abbia eseguito la propria prestazione. Ma il dubbio, ancorché comprensibile (l'adempimento di tale prestazione impedisce, infatti, di considerare il contratto "non compiutamente" eseguito "da entrambe le parti"), è infondato. Il legislatore ha precisato, infatti, che "se la cosa venduta non è passata in proprietà del compratore, il curatore ha la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto". Appare quindi evidente che nell'ipotesi inversa tale possibilità di scelta non è concessa e che il

dato rilevante, in caso di fallimento del venditore, per l'esercizio del potere di scioglimento del contratto da parte del curatore fallimentare, è costituito (non dalla mancata esecuzione, totale o parziale, del contratto "da entrambe le parti", ma) dal mancato trasferimento della proprietà della cosa venduta al compratore. Vi è quindi nella norma in esame un'innegabile asimmetria, rilevata sin dal suo primo apparire, la cui giustificazione non appare affatto chiara. È tuttavia evidente, tenuto conto del tenore della rubrica e della Relazione che, dei due criteri passati in rassegna, quello fondato sulla totale o parziale inesecuzione del contratto "da entrambe le parti" riveste, rispetto all'altro criterio previsto dalla stessa norma, carattere di generalità.

6.2 - L'applicabilità alla permuta dell'art. 72 l. fall. è data per scontata dalla giurisprudenza di questa Corte, anche se con enunciazioni generiche, che prescindono da ogni riferimento alla questione che viene in considerazione nel presente giudizio (Cass. 25 gennaio 1995, n. 871; 3 giugno 1993, n. 6207; e già: Cass. 8 novembre 1974, n. 3422; 4 marzo 1973, n. 934).

Su ciò può convenirsi, tenuto conto delle affinità tra i due contratti. Non vi è dubbio, tuttavia, che la disposizione in esame debba essere posta in correlazione con l'art. 1555 c.c., il quale stabilisce, in via generale, che le norme stabilite per la vendita si applicano alla permuta "in quanto ... compatibili" con tale contratto.

Nel precedente paragrafo si è posto in evidenza che il citato art. 72 l. fall., nel regolare gli effetti del fallimento sui contratti di vendita stipulati prima della dichiarazione di fallimento, detta una disciplina differenziata, a seconda che il fallimento riguardi il venditore o il compratore. Ma nella permuta non è rinvenibile una siffatta distinzione di ruoli, in quanto il reciproco trasferimento delle cose (o dei diritti) oggetto del contratto comporta che ciascuno dei contraenti assuma, al tempo stesso, la posizione di alienante e di acquirente.

Deve quindi escludersi che l'incidenza del fallimento possa, in tal caso, essere diversamente regolata, a seconda che a fallire sia l'una o l'altra parte. Gli effetti della dichiarazione del fallimento saranno quindi regolati, sia nell'una che nell'altra ipotesi, in modo uniforme e secondo un criterio che non può non essere individuato in quello fondato sulla mancata o incompleta esecuzione del contratto "da entrambe le parti", posto che trattasi del criterio che assume, rispetto all'altro previsto dall'art. 72 l. fall., carattere di minore specificità (retro, Par. 6.1).

6.3 - La censura sopra puntualizzata alla lettera c1), del Par. 3 è pertanto infondata, dovendo ritenersi, per le ragioni esposte nel precedente paragrafo, che il principio sancito dal comma 4 dell'art. 72, l. fall. è inapplicabile ai contratti di permuta stipulati prima della dichiarazione di fallimento e che, pertanto, quale che sia il contraente fallito, il curatore può sciogliersi dal contratto solo se quest'ultimo è "ancora ineseguito (o non compiutamente eseguito) da entrambe le parti".

7 - Non meno infondata è la doglianza specificata alla lettera c 2) dello stesso Par. 3, che attiene alla individuazione dei presupposti in base ai quali può ritenersi eseguita, nei contratti preliminari, la prestazione del promissario.

L'applicabilità dell'art. 72 l. fall. ai contratti preliminari non è stata mai posta in dubbio e trova oggi una testuale conferma nell'art. 3, comma 6, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 (convertito nella legge 28 febbraio 1997, n. 30) che ha aggiunto a tale articolo un comma ulteriore, specificamente riferito proprio al contratto in esame. In relazione ad esso si afferma, con orientamento ormai costante, che l'integrale pagamento del prezzo, da parte del promissario acquirente, non giustifica l'affermazione che la prestazione che tale parte è tenuta ad effettuare sia stata integralmente eseguita, in quanto il suo oggetto specifico è dato dalla prestazione del consenso alla stipulazione del contratto definitivo (Cass. 13 maggio 1982, n. 3001; 9 gennaio 1987, n. 70; 13 maggio 1999, n. 4747; 8 febbraio 2000, n. 1376).

L'affermazione muove dall'implicita premessa che il contenuto del contratto preliminare si esaurisca nell'assunzione, da parte dei contraenti, dell'obbligo di addivenire alla conclusione di un futuro contratto, destinato a costituire la fonte esclusiva dei diritti e degli obblighi riconducibili all'operazione negoziale programmata. La circostanza, che le parti abbiano reciprocamente assunto l'obbligo di effettuare il pagamento del prezzo e di dar luogo all'immissione nel possesso del bene prima del trasferimento della proprietà non sarebbe idonea, secondo l'orientamento espresso da tali decisioni, ad infirmare la validità della conclusione appena formulata, in quanto si tratterebbe di effetti «solo formalmente connessi al contratto preliminare, ma sostanzialmente prodromici e anticipatori dell'assetto di interessi prefigurato nella prevista stipulazione del contratto definitivo e con questo destinato ad essere attuato» (così, testualmente: Cass. 4747/99, cit.).

7.1 - Già con la sentenza 28 novembre 1976, n. 4478, questa stessa Corte aveva peraltro puntualizzato che «l'anticipazione della consegna, come l'anticipato pagamento del prezzo, entra a far parte integrante del preliminare, costituendone un'obbligazione, che ha un suo titolo diverso da quello di vendita ... in perfetta coerenza con la regola generale che riconosce alle parti la più ampia libertà nella predisposizione del contenuto negoziale»: da tale premessa veniva tratto argomento per riconoscere al promissario il diritto di chiedere, anziché la risoluzione del contratto, la condanna del promittente ad eliminare, a proprie spese, i vizi della cosa.

Muovendo dagli stessi presupposti, si è successivamente affermato che il promissario, di fronte all'inesatto adempimento del promettente nell'approntare la cosa promessa, ha la possibilità di esperire l'azione diretta all'eliminazione dei vizi o quella di riduzione del prezzo, anche contemporaneamente all'esercizio dell'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il con-

tratto, prevista dall'art. 2932 c.c. (Cass. 5 agosto 1977, n. 3560; 9 aprile 1980, n. 2268). La sentenza 29 marzo 1982, n. 1932 ha, a sua volta, dichiarato ammissibile l'esecuzione in forma specifica di un preliminare di permuta di area edificabile con un appartamento da costruire sulla stessa area, la cui superficie era risultata superiore a quella pattuita, subordinatamente all'offerta, da parte del promissario, di un conguaglio in denaro pari alla differenza tra la superficie promessa e quella accertata.

Questo orientamento interpretativo, confermato dalle Sezioni Unite, anche con riferimento al preliminare "puro" (sent. 27 febbraio 1985, n. 1720), si è consolidato (Cass. 27 giugno 1987, n. 5716; 5 febbraio 2000, n. 1296; 19 dicembre 2000, n. 15958; 16 luglio 2001, n. 9636; 17 aprile 2002, n. 5509; 2 luglio 2003, n. 10454).

7.2 - È così maturato progressivamente il convincimento che l'impegno assunto con il preliminare non si esaurisce nello scambio dei consensi richiesto per la stipulazione del contratto definitivo. Non solo perché l'interesse delle parti è diretto alla realizzazione dell'operazione economica programmata, rispetto alla quale il contratto definitivo assume un rilievo meramente strumentale. Ma (e soprattutto) perché la conclusione di detto contratto non è neppure indispensabile per il raggiungimento del risultato perseguito dalle parti, avendo il legislatore previsto che lo stesso obiettivo possa essere raggiunto mediante la pronuncia di una sentenza produttiva degli effetti del contratto "non concluso" (art. 2932 c.c.).

Il contratto preliminare e quello definitivo, pur rimanendo distinti, si configurano pertanto quali momenti di una sequenza procedimentale diretta alla realizzazione di un'operazione unitaria (Cass. 27 giugno 1987, n. 5716). E in termini non diversi si pongono i rapporti tra il contratto preliminare e la sentenza destinata a surrogare il contratto "non concluso", dal momento che la natura giurisdizionale dell'atto non esclude che il rapporto da essa derivante abbia pur sempre natura contrattuale. Questo spiega, tra l'altro, perché (superando il dogma della immodificabilità del contratto preliminare, il quale postula, che l'assetto definitivo dell'operazione coincida esattamente con quello prefigurato nel preliminare) sia stata ammessa dalle sentenze appena ricordate, in presenza di difformità non sostanziali e di vizi incidenti (non sulla sua effettiva utilizzabilità, ma solo) sul relativo valore e su qualche secondaria modalità di godimento, la possibilità di introdurre, nel giudizio promosso ai sensi del citato art. 2932 c.c., domande dirette a modificare o ad integrare il contenuto delle prestazioni delle parti.

7.3 - Appare allora evidente che il trasferimento della proprietà del bene effettuato prima della stipula del contratto definitivo di permuta, determinando l'insorgere degli effetti finali della operazione programmata con il preliminare, realizza (sia pure rispetto ad uno soltanto dei contraenti) lo stesso risultato giuridico ricolle-

gato, nella previsione delle parti, alla stipulazione del contratto definitivo. E non può esservi quindi dubbio che in detta ipotesi, contrariamente a quel che sembrerebbe potersi desumere dalla sentenza 4747/99 e dalle altre decisioni richiamate nel Par. 7, il trasferimento del bene comporta, per la parte che lo effettua, l'integrale esecuzione della prestazione dovuta, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine all'applicazione dell'art. 72, l. fall.

8 - Resta l'ultima doglianza, puntualizzata nella lettera c3 del Par. 3, con la quale viene mosso alla sentenza impugnata il rilievo di non aver considerato che neppure la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, eseguita dal contraente *in bonis* prima della dichiarazione di fallimento, preclude al curatore la possibilità di sciogliersi dal contratto preliminare stipulato con il fallito ai sensi del citato art. 72, l. fall.

L'assunto muove dal convincimento che, dopo la dichiarazione di fallimento del promittente, la domanda del promissario, anche se trascritta in precedenza, non possa più trovare accoglimento e che, pertanto, non vi sarebbero ostacoli all'apprensione, da parte del curatore fallimentare, del bene promesso in vendita (Cass. 10 maggio 1958, n. 1542; 14 febbraio 1966, n. 436; 18 gennaio 1973, n. 172; 10 giugno 1982, n. 3509; 29 maggio 1989, n. 1497; Cass., sez. un., 14 aprile 1999, n. 239; Cass. 12 maggio 1997, n. 4105; 16 maggio 1997, n. 4358; 13 maggio 1999, n. 4747; 22 aprile 2000, n. 5287).

L'esattezza di questo indirizzo interpretativo, anche se da tempo consolidato, deve essere riconsiderata.

8.1 - È opportuno premettere che la domanda diretta ad ottenere, in costanza di fallimento, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è estranea alle previsioni dall'art. 51 l. fall., a norma del quale «nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento».

Si è ormai chiarito, infatti, che l'art. 2932 c.c. mette capo ad un provvedimento di natura cognitiva che ha la caratteristica di produrre direttamente l'effetto giuridico, richiesto, dando concreta attuazione al diritto accertato, indipendentemente da ogni attività riconducibile alla nozione di esecuzione, quale considerata nel libro terzo del codice di rito: proprio per questo tale sentenza, come si riconosce nella stessa Relazione al codice (ivi, Par. 1187), avrebbe potuto essere più propriamente inquadrata, invece che tra i provvedimenti esecutivi, tra le sentenze "costitutive" contemplate dall'art. 2908 c.c. (Cass. 15 marzo 1995, n. 3045; 23 gennaio 1998, n. 615).

Deve quindi escludersi che il divieto posto dal citato art. 51 l. fall. interferisca con la proposizione della domanda in esame.

8.2 - Il suo accoglimento, secondo le sentenze sopra richiamate nel Par. 5, troverebbe tuttavia un ostacolo insormontabile nei peculiari effetti della sentenza dichia-

rativa di fallimento che, "cristallizzando" il patrimonio del fallito al momento dell'apertura della procedura concorsuale (art. 42 l. fall.), impedirebbero il perfezionamento della fattispecie integrata dalla pronuncia della sentenza contemplata dall'art. 2932 c.c. Ostacolo, che non verrebbe meno neppure in presenza dalla trascrizione, prima della dichiarazione di fallimento, della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, essendo gli effetti di tale adempimento pubblicitario condizionati alla trascrizione della sentenza di accoglimento che, per le ragioni già esposte, non potrebbe essere pronunciata dopo la dichiarazione di fallimento del convenuto.

8.3 - Tali considerazioni non sono condivisibili.

Il "meccanismo pubblicitario" previsto dall'art. 2652, n. 2, c.c. si articola in due momenti: quello iniziale, costituito dalla trascrizione della domanda giudiziale e quello finale, rappresentato dalla trascrizione della sentenza di accoglimento. È indubbio che la particolare efficacia della trascrizione della domanda resta subordinata alla trascrizione della sentenza e può, pertanto, manifestarsi solo se tale adempimento viene effettuato. Ma è non meno certo che gli effetti della sentenza di accoglimento, quando sia trascritta, retroagiscono alla data della trascrizione della domanda. Invero, "fermando" alla data della trascrizione della domanda giudiziale «la situazione controversa, si da renderla insensibile ai successivi mutamenti posti in essere dal convenuto o dai terzi, in ordine al bene oggetto della pretesa», si è inteso «preservare l'attore vittorioso dal pregiudizio, cui altrimenti sarebbe esposto durante il tempo necessario per il riconoscimento e, nel caso dell'art. 2932, per l'attuazione del suo diritto» (Cass. 3 gennaio 1975, n. 1).

Non può quindi esservi dubbio che sia la trascrizione della domanda (e non della sentenza) ad assumere rilievo decisivo ai fini dell'opponibilità ai terzi del trasferimento attuato con la pronuncia, ai sensi dell'art. 2932 c.c., della sentenza che produce gli effetti del contratto "non concluso". E che l'adempimento di tale formalità sia sufficiente a far prevalere il diritto acquistato dall'attore, una volta trascritta la sentenza, sui diritti contrari o incompatibili venutisi nel frattempo a creare in capo al terzo (Cass. 1/75 cit.; 15 gennaio 1990, n. 101; 5 aprile 1994, n. 3229; 13 agosto 1996, n. 7553; 5 gennaio 1998, n. 42; 14 aprile 2000, n. 4819).

8.4 - Il sistema del codice civile circa gli effetti della trascrizione delle domande giudiziali trova il suo completamento nell'art. 2915, comma 2, c.c., che risolve il conflitto tra il creditore pignorante (e i creditori che intervengono nel processo di espropriazione) e i terzi, i cui diritti siano accertati con sentenza in epoca successiva al pignoramento, in base alla data della trascrizione della domanda e, quindi, adottando lo stesso criterio accolto dall'art. 2652 c.c. e dall'art. 2653 c.c. Anche in questo caso, pertanto, la trascrizione della domanda introduttiva del giudizio ha l'effetto di "prenotare" gli effetti della futura sentenza di accoglimento, che saranno

pertanto opponibili ai creditori procedenti se la trascrizione della domanda è stata effettuata prima del pignoramento.

5.5 - L'art. 45 l. fall. non si pone in antitesi con la disciplina appena illustrata, ma la integra (così, in particolare: Cass. 1/75 e 101/90, cit.). Con tale disposizione si è statuito, infatti, che "le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi", (solo) se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento "sono senza effetto rispetto ai creditori". Il che lascia intendere che, nel caso opposto, tali formalità sono invece opponibili.

Nella sentenza 1/75, appena richiamata, si osserva, e il rilievo non può non essere condiviso, che il riferimento agli adempimenti necessari per l'opponibilità degli "atti" ai terzi si traduce nella formulazione di un criterio assolutamente generico, il quale richiede, per poter essere concretamente applicato, "di essere puntualmente specificato" a mezzo di quelle norme che, di volta in volta, a seconda della fattispecie considerata, stabiliscono quali siano le "formalità necessarie". L'unica particolarità è data dalla circostanza che, non essendo la sentenza dichiarativa di fallimento oggetto di trascrizione o di iscrizione, l'antiorità dell'atto dovrà essere verificata, come del resto risulta in modo inequivoco dalla formulazione della disposizione in esame, in relazione alla data di deposito della sentenza dichiarativa di fallimento e non a quella della sua annotazione nei pubblici registri ai sensi dell'art. 88, comma 2, l. fall., essendo tale adempimento previsto per finalità di mera pubblicità - notizia (Cass. 1/75; 101/90, cit.).

9 - La giurisprudenza di questa Corte è univoca nel ritenere che l'art. 45 l. fall. si coordini (non solo con gli artt. 2652 e 2653 c.c., ma anche) con l'art. 2915, comma 2, c.c. e che, pertanto, sono opponibili ai creditori fallimentari (non solo gli atti posti in essere e trascritti dal fallito prima della dichiarazione di fallimento, ma anche) le sentenze pronunciate dopo tale data, se le relative domande sono state in precedenza trascritte (in tal senso, oltre le sentenze richiamate nel paragrafo precedente: Cass. 28 gennaio 1966, n. 322; 19 ottobre 1967, n. 2529; 5 agosto 1977, n. 3537; 5 giugno 1987, n. 4915; 9 dicembre 1998, n. 12396). Proprio muovendo da queste premesse si è statuito che la domanda di risoluzione di un contratto di compravendita per inadempimento dell'acquirente non trova ostacolo nella sopravvenienza del fallimento del convenuto qualora essa risulti "quesita" prima della sentenza dichiarativa del fallimento attraverso la trascrizione della relativa domanda giudiziale (Cass. 12396/98, cit.). Deve anzi notarsi, a tale riguardo, la tendenza a considerare le ragioni del contraente *in bonis*, che agisca in risoluzione, prevalenti, rispetto a quelle dei creditori fallimentari, per il solo fatto che la domanda sia stata proposta prima della dichiarazione del fallimento e, quindi, anche oltre l'ambito di applicazione della disciplina della trascrizione delle domande giudiziali (Cass. 13 giugno 1983, n.

4045; 21 febbraio 1994, n. 1648; 17 gennaio 1998, n. 376; 16 maggio 2002, n. 7178).

9.1 - Rispetto alla domanda di "esecuzione specifica" dell'obbligo a contrarre la giurisprudenza di questa Corte, come si è anticipato, giunge invece ad una conclusione opposta, escludendo, in modo altrettanto univoco, che la trascrizione della domanda, effettuata prima della dichiarazione di fallimento, valga a rendere opponibile alla massa dei creditori l'eventuale sentenza di accoglimento trascritta dopo la dichiarazione di fallimento (retro, Par. 8).

Tale approdo interpretativo non appare però persuasivo. Tanto più che la proponibilità, anche nei confronti del fallimento, dell'azione prevista dall'art. 2932 c.c. è esplicitamente riconosciuta in un'ipotesi (quella del mandante che agisca per conseguire il trasferimento in suo favore degli immobili acquistati per suo conto dal mandatario) che, come non si è mancato di rilevare, si inquadra perfettamente nello schema dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 79, comma 3, l. fall. in relazione all'art. 1706, comma 2, c.c.).

9.1.1. - A sostegno di tale orientamento ci si è richiamati, innanzitutto, alla "intangibilità" del patrimonio del fallito, osservando che i suoi beni, essendo vincolati al soddisfacimento dei crediti indicati nell'art. 111, l. fall., non potrebbero essere destinati, neppure in parte, ad una finalità diversa.

È agevole replicare, tuttavia, che, contrariamente a quel che sembrerebbe doversi desumere dal primo comma dell'art. 42, l. fall., l'intangibilità (o, se si preferisce, l'indisponibilità) del patrimonio fallimentare non riguarda tutti i beni appartenenti al fallito alla data della dichiarazione di fallimento, sia perché alcuni di essi sono (o possono essere) esclusi dal fallimento (artt. 46 e 47, l. fall.); sia perché sono ricompresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito "durante" lo svolgimento di tale procedura (art. 42, comma 2, l. fall.); sia, infine, perché l'individuazione dei beni ricompresi nel patrimonio fallimentare non può prescindere dalla considerazione di quanto stabilito dall'art. 45 l. fall., essendo evidente che l'atto, se "opponibile", è idoneo ad incidere negativamente sulla consistenza della massa attiva fallimentare e a ridurre, quindi, la consistenza dei beni sui quali i creditori fallimentari possono soddisfarsi non diversamente da quanto previsto per i beni pignorati (art. 2915, comma 2, c.c.).

9.1.2 - Considerazioni analoghe valgono per il principio della "parità di trattamento" dei creditori fallimentari, che certo rappresenta uno degli aspetti caratterizzanti della disciplina del fallimento. Anche la portata di tale principio deve essere infatti determinata (non già in modo aprioristico, ma) tenendo conto del contenuto di (tutte) le disposizioni che regolano il concorso dei creditori e, quindi, anche dell'art. 45 l. fall. Articolo che oltretutto è, a sua volta, espressione di un più generale principio, il quale risponde all'esigenza di evitare che la durata del processo "torni a danno di chi ha ra-

gione". Principio, la cui operatività, già individuabile nel vigore dei codici abrogati, ha ricevuto in quelli vigenti un più ampio riconoscimento proprio in virtù della generalizzazione del principio della trascrizione delle domande giudiziali, prima prevista solo alcune ipotesi (domande di revocazione, rescissione e risoluzione) specificamente indicate (art. 1933, n. 3, c.c. 1865). E il cui rilievo è stato negli anni ulteriormente rafforzato, sia dalla ratifica (con la l. 4 agosto 1955, n. 848) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che annovera tra i diritti fondamentali dell'individuo, la cui violazione dà titolo al riconoscimento di un'equa "soddisfazione" (art. 41), anche del diritto alla durata "ragionevole" del processo (art. 6.1); sia dal nuovo testo dell'art. 111, comma 2, Cost., che ha assunto la "durata ragionevole" del processo quale connotato "necessario" dell'attività giurisdizionale.

Se, invero, l'interesse delle parti alla più sollecita definizione del giudizio ha acquistato un rilievo così pregnante da giustificare il riconoscimento di un indennizzo in favore delle parti che a causa dell'eccessivo protrarsi del processo abbiano risentito ragione di danno, appare evidente che in sede interpretativa debba essere privilegiata l'applicazione delle norme che, come quelle in tema di trascrizione delle domande giudiziarie, sono dirette ad evitare proprio che la durata del processo possa compromettere la realizzazione di quella "piena tutela", di cui la parte ha diritto di godere secondo il diritto sostanziale.

Nel caso di specie il fallimento del convenuto è stato dichiarato il 25 marzo 1999, mentre la domanda era stata trascritta il 31 agosto 1991 e la sua fondatezza era stata riconosciuta dal Tribunale con sentenza del 17 febbraio 1998.

9.1.3 - Maggiore concretezza riveste l'argomento che è stato tratto dall'art. 72 l. fall., il quale riconosce al curatore del contraente fallito, in relazione ad alcune ipotesi, il potere di sciogliersi dal contratto (retro, Par. 6). Ma neppure esso appare sufficiente a giustificare l'accoglimento, dell'opinione appena riferita.

È evidente, infatti, che anche tale disposizione debba essere coordinata con quanto stabilito dal citato art. 45, l. fall. Ne deriva che, quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l. fall.

Non varrebbe osservare che la facoltà di recesso del curatore, ai sensi dell'art. 72, comma 4, l. fall., non è impedita neppure dalla stipulazione di un contratto definitivo di compravendita ad effetti obbligatori (come nelle ipotesi previste dagli artt. 1378, 1472 e 1478 c.c.), se prima della data della dichiarazione di fallimento non si è prodotto l'effetto traslativo, per la decisiva ragione

che in dette ipotesi gli effetti reali si determinano al verificarsi delle situazioni specificamente considerate dalle norme sopra richiamate e non retroagiscono, mentre, per quanto si è detto, gli effetti derivanti dalla sentenza di accoglimento della domanda trascritta, pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c., retroagiscono alla data di trascrizione della domanda (retro, Par. 9): se, quindi, la trascrizione è stata eseguita prima della dichiarazione di fallimento deve ritenersi che il trasferimento della proprietà del bene promesso in vendita sia avvenuto prima di tale momento, integrando gli estremi della situazione considerata dallo stesso art. 72, comma 4, l. fall. come ostativa all'esercizio della facoltà di recesso da parte del curatore.

Quanto, infine, al rilievo che il contratto preliminare si atteggierebbe "quale momento di una fattispecie traslativa complessa e non ancora conclusa", il cui processo

di formazione la dichiarazione di fallimento sarebbe idonea ad arrestare in modo definitivo, "anche indipendentemente dal disposto dell'art. 72, l. fall. (così, in particolare, Cass. 18 gennaio 1973 n. 172; 1542/58, cit.), può replicarsi che il contratto preliminare si inserisce certamente nel processo di formazione del contratto, ma è individuato dalla conclusione di un accordo; accordo che, pur essendo strumentale alla conclusione di un futuro contratto, è caratterizzato dall'efficacia vincolante sancita dall'art. 1372 c.c., dalla quale le parti possono sciogliersi solo "per mutuo consenso" o "nei casi previsti dalla legge". Il vincolo che da esso deriva non è quindi meno intenso di quello proprio degli altri contratti c.d. definitivi e deve pertanto escludersi che la sua forza di resistenza rispetto al potere di recesso del curatore sia più attenuata.

...Omissis...

CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI E CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI IN AMBITO FALLIMENTARE

di Flavio Rocchio

La vicenda

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con l'articolata sentenza che si annota, sono intervenute a risolvere una controversia che trae origine da una vicenda piuttosto complessa, vicenda che pertanto per comodità del lettore si passa a riassumere nel modo più analitico e funzionale al commento che segue.

Con atto di citazione notificato il 30 agosto 1991 e trascritto il giorno successivo, 31 agosto 1991, Tizio conveniva in giudizio Caio esponendo di aver stipulato con questi un contratto preliminare di permuta, con il quale egli si era obbligato a cedere un suolo edificatorio e a pagare un conguaglio che veniva versato contestualmente alla stipula del preliminare, mentre Caio si era obbligato a cedere in controprestazione una delle palazzine che sarebbero state costruite sull'area da Tizio ceduta. Tizio adempiva la sua prestazione trasferendo detta area con due distinti atti rogati il 10 settembre 1988 e il 20 gennaio 1989; al contrario Caio non provvedeva a rispettare gli impegni assunti, costringendo così Tizio a convenirlo in giudizio per ottenere ai sensi dell'art. 2932 c.c. il trasferimento della palazzina costruita sull'area già trasferita. Tizio non si opponeva a questa richiesta, ma si limitava a chiedere un ulteriore conguaglio per spese non preventivate e a lui non imputabili; cosicché il Giudice, per quel che rileva ai nostri fini, con sentenza del 17 febbraio 1998 disponeva il trasferimento dell'immobile in favore dell'attrice, e ordinava al Conservatore di procedere alla prescritta trascrizione.

In data 25 marzo 1999 veniva dichiarato il falli-

mento di Caio; la Curatela proponeva appello, dichiarando che intendeva sciogliersi dal contratto ai sensi dell'art. 72, comma 4, l. fall. La Corte territoriale rigettava l'appello, osservando che la facoltà accordata al curatore del fallimento dall'art. 72, comma 4, l. fall. può essere esercitata, rispetto ai contratti di permuta, solo se nessuno dei due beni oggetto di scambio reciproco sono passati in proprietà della controparte: al contrario, nel caso si specie, Tizio aveva già compiutamente eseguito la sua prestazione trasferendo a Caio l'area edificabile oggetto di pattuizione preliminare.

La Curatela chiedeva quindi la Cassazione di tale sentenza deducendo una serie di ragioni in ordine alle quali si registravano non univoci precedenti nella giurisprudenza del Supremo Collegio, al punto da meritare la pronuncia a sezioni unite che si passa a commentare, cercando di verificarne analiticamente le singole statuizioni (1).

Nota:

(1) La giurisprudenza e la dottrina che si sono occupate dei rapporti tra il contratto preliminare e la disciplina fallimentare - e che verranno citate nel corso della presente nota - hanno avuto tutte come riferimento il caso classico del fallimento del promittente venditore e della contestuale volontà del promissario acquirente di non vedersi soddisfatto in moneta fallimentare. Rarissimi - ragionevolmente - sono invece i casi in cui a fallire sia il promissario acquirente, e il promittente venditore intenda trasferire l'immobile per poi far valere il suo credito (chirografario) nel passivo fallimentare: per una singolare emersione di una fattispecie del tipo da ultimo descritto, si veda Cass., 4 novembre 2003, n. 16505, in *Notariato*, 2004, 485 ss., con nota di Domenicali, *Il fallimento del promissario acquirente obbligato ad accollo di mutuo*.

L'art. 72 l. fall. e il momento esecutivo del contratto preliminare "ad effetti (definitivi) anticipati"

Le Sezioni Unite hanno innanzitutto chiarito che l'art. 72 l. fall. - che testualmente disciplina il potere di scioglimento del curatore dai rapporti giuridici "preesistenti" con riferimento al solo contratto (definitivo e preliminare) di compravendita in essere alla dichiarazione di fallimento - vale a disciplinare anche l'affine figura del contratto di permuta, ma con un unico accorgimento: l'art. 1555 c.c. sancisce infatti l'applicabilità alla permuta delle norme stabilite per la vendita solo in quanto compatibili. Ebbene, l'art. 72 l. fall. sarà allora applicabile anche al contratto di permuta, ma non nella sua interezza, cioè non sarà applicabile per quelle parti in cui l'articolo differenzia la sua operatività in ragione del fallimento del venditore piuttosto che del compratore, per l'evidente ragione che nella permuta entrambe le parti assumono al contempo il ruolo di compratore e di venditore, e pertanto non è dato operare distinguo tra queste due posizioni.

Alla permuta non si applicherà dunque la regola "speciale" dettata dal comma 4 dell'art. 72 l. fall. - in base alla quale il potere di scioglimento del curatore è precluso solo dall'adempimento del venditore, restando irrilevante l'eventuale adempimento del compratore - ma esclusivamente la regola "generale" di cui al primo comma del medesimo articolo, in base alla quale in tanto il curatore può sciogliersi dai contratti in corso al momento del fallimento, in quanto nessuna delle due parti del contratto preliminare abbia eseguito la sua prestazione (2). Con questa statuizione, a ben vedere, le Sezioni Unite non hanno che confermato la motivazione della sentenza di appello, e tanto sarebbe bastato per respingere il ricorso del Curatore che intendeva appunto avvalersi dell'art. 72 l. fall. per sciogliersi dal contratto preliminare di permuta stipulato dal fallito: infatti, nel caso che ci impegna, una parte di detto contratto aveva già compiutamente eseguito la sua prestazione (il trasferimento del suolo edificabile), e questa circostanza era già di per sé preclusiva del potere che il Curatore intendeva esercitare, dal momento che, come appena visto, in caso di permuta il potere di scioglimento può essere esercitato solo se il contratto non è stato eseguito da nessuna delle parti.

In relazione a questo passaggio della motivazione sono però da muovere i primi appunti: pur trovandosi con tutta evidenza di fronte a un contratto preliminare di permuta di cosa presente - il terreno - con cosa futura - l'edificio da costruire (al punto che indagine più fruttuosa sarebbe stata quella che avesse scandagliato i rapporti tra la fattispecie in esame e la causa del contratto di appalto) - la Suprema Corte si è occupata di un altro problema, assolutamente irrilevante nella (e diverso dalla) fattispecie in esame: quello del momento in cui deve ritenersi eseguito un contratto preliminare di compravendita c.d. "ad esecuzione anticipata"

(3). Bisogna infatti avere presente che la vicenda da cui aveva avuto origine la controversia sottoposta all'esame della Suprema Corte, si era concretata nella stipulazione di un contratto preliminare in forza del quale una delle parti si era impegnata (e successivamente con atto notarile aveva provveduto) a trasferire un'area edificabile, mentre l'altra si era impegnata (salvo poi non adempiere alle obbligazioni assunte) a trasferire un appartamento da costruirsi sulla medesima area: ed è evidente che in una fattispecie del genere era assolutamente fuori dubbio che il contratto non poteva considerarsi «non ancora eseguito(o) da entrambi i contraenti», come recita l'art. 72 l. fall., perché la vicenda aveva già registrato la produzione di almeno un effetto traslativo (4).

Cionondimeno, e chiarito che nella fattispecie si trattava di un preliminare di permuta parzialmente eseguito, bisogna prendere atto della autorevole posizione della Suprema Corte (a sezioni unite) sulla diversa e più stimolante materia (per i riflessi sistematici ad essa intrinseci) del contratto preliminare di compravendita ad esecuzione anticipata.

Il Giudice di legittimità registra innanzitutto l'esi-

Note:

(2) L'originaria impostazione dell'art. 72 l. fall. è destinata a venir meno nel caso in cui lo schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali diventerà legge nel testo attuale. Il capo VIII del titolo IV di detto disegno, dedicato agli effetti sui rapporti giuridici pendenti, si apre all'art. 119 con una norma valevole per qualunque contratto non ancora esaurito (non escluso il preliminare), la quale riproduce sostanzialmente l'operatività dei primi tre commi dell'attuale art. 72 l. fall.; mentre una norma apposita (art. 122) è destinata a regolare l'ipotesi del fallimento del venditore di cui all'attuale art. 72 comma 4, confermando che il verificarsi dell'effetto traslativo preclude lo scioglimento del contratto.

L'art. 72 è stato inoltre oggetto di un altro recente intervento legislativo, con la legge 2 agosto 2004, n. 210 (pubblicata su *Guida al diritto*, 2004, n. 35, 14 ss.) che, nel delegare al Governo la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, tra i criteri direttivi elencati all'art. 3 indica anche la «modifica dell'art. 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni».

Che, infine, l'art. 72 in parola costituisca un articolo controverso, in cui con estrema difficoltà sono conciliate le contrapposte istanze del contraente in bonis da un lato, e dei creditori del fallito dall'altro, è testimoniato anche da Cass., 10 marzo 1994, n. 2340, in *Il fallimento*, 1994, 1001, con cui è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 4 l.fall., in rapporto all'art. 67 della medesima legge.

(3) Tale espressione compare probabilmente per la prima volta in Cass., 12 marzo 1942, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Vendita*, 31. In generale, sull'argomento, De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminare per persona da nominare e in favore di terzi*, Padova, 1991; Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, 673; Alessi, *Il c.d. contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca borsa e tit. cred.* 1972, II, 439.

(4) Cfr. Ragusa Maggiore, *Effetti del fallimento sul contratto di permuta tra area edificabile e appartamento da costruire con conguaglio in denaro*, in *Dir. fall.*, 1968, I, 31: «Nella specie si è detto che si è avuta una permuta di cosa presente con cosa futura, e per le fatte considerazioni il negozio è efficace immediatamente nei confronti di colui che trasferisce la cosa presente. Non può quindi applicarsi l'art. 72 l. fall., nel quale è prevista l'ipotesi della mancata esecuzione del contratto da entrambi i contraenti, dato che uno di essi ha eseguito per intero la propria prestazione».

stenza di un orientamento costante in materia, in base al quale «l'integrale pagamento del prezzo, da parte del promissario acquirente, non giustifica l'affermazione che la prestazione che tale parte è tenuta ad effettuare sia stata integralmente eseguita, in quanto il suo oggetto specifico è dato dalla prestazione del consenso alla stipulazione del contratto definitivo». Secondo questo orientamento (5), dunque, con la stipulazione di un contratto preliminare le parti si promettono non già autonome prestazioni che traggono titolo dal preliminare stesso, ma solo il consenso alla successiva stipulazione del contratto definitivo che finirà per essere la fonte esclusiva di disciplina del rapporto tra le parti.

Ma le Sezioni Unite sottolineano come questa impostazione non si concili più con l'altrettanto noto orientamento inaugurato da Cass. 28 novembre 1976, n. 4478 (6), che, sul presupposto dell'autonomia delle obbligazioni assunte con il contratto preliminare, ha riconosciuto al promissario acquirente, nel caso di anticipata consegna di bene affetto da vizi non sostanziali, il potere di chiedere, anziché la risoluzione del contratto, la condanna del promittente venditore ad eliminare, a proprie spese, i vizi della cosa. A partire da questa sentenza, e proseguendo con le successive pronunce che hanno col tempo affinato questo orientamento (7) (finendo per consentire al promissario di cumulare l'azione ex art. 2932 c.c. con quella di eliminazione dei vizi) «è così maturato progressivamente il convincimento che l'impegno assunto con il preliminare non si esaurisce nello scambio dei consensi richiesto per la stipulazione del contratto definitivo» (8), e che pertanto il contratto preliminare è fonte autonoma di obbligazioni, quali quelle di pagamento del prezzo e di consegna del bene, le quali non trovano quindi titolo nel successivo contratto definitivo (9).

Questa affermazione la Cassazione la formula per arrivare a concludere che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, il contratto preliminare non poteva non dirsi eseguito quantomeno dalla parte che aveva trasferito il terreno, perché così facendo questa aveva adempiuto una obbligazione nascente dal preliminare stesso; ma dire - come fanno le Sezioni Unite - che le obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna del bene trovano titolo nel contratto preliminare, e non già nel contratto definitivo, significa letteralmente "svuotare" quest'ultimo fino a renderlo un nudo atto traslativo a causa esterna (10), un atto cioè meramente esecutivo di un assetto di interessi altrove patuito (11).

Si vuol dire, per concludere sulla prima parte della motivazione della sentenza in esame, che una volta che al contratto definitivo non sia riconosciuta più la natura di fonte delle obbligazioni contrattuali e di presupposto per l'esperimento delle azioni edilizie, arrivare ad affermare che il contratto definitivo è mero atto solutorio di un obbligo di dare assunto in sede di stipulazione del preliminare, il passo è obiettivamente breve (12).

Note:

(5) Cass., 9 settembre 1991, n. 9478, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Vendita*, n. 27; Cass., 3 novembre 1988, n. 5962, *idem*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 335; Cass., 21 giugno 1985, n. 3733, *idem*, Rep. 1985, voce *Vendita*, n. 40; Cass., 15 aprile 1982, n. 2268, *idem*, Rep. 1982, voce *cit.*, n. 13.

(6) Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669, con nota di Lener; Cass., 11 agosto 1982, n. 4562, *idem*, Rep. 1982, voce *Vendita*, n. 16; Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, *idem*, 1981, I, 177.

(7) Cass. S.U., 27 febbraio 1985, n. 1720, in questa *Rivista*, 1985, 6, 627 con nota di Carbone, *I vizi e le difformità della casa legittimano la riduzione del prezzo* e in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630, con nota di Di Majo, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*: «Nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre derivante da preliminare di vendita può farsi valere anche la domanda diretta ad ottenere una riduzione del prezzo a fronte di consegna di un bene che sia difforme da quello oggetto di previsione (ad esempio riduzione di superfici) purché tale difformità non concretizzi un *aliud pro alio*».

(8) Cass. S.U. 12505/2004 in commento.

(9) Lo stesso principio è affermato in Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, I, 1080, con nota di Bitetto; Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, in *Contratti*, 2002, 563, con commento di Ambrosoli.

(10) Non mancano i precedenti in materia. In particolare, Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 182, con riferimento alla sequenza preliminare "complesso" e definitivo: «(...) Il trasferimento si pone come atto conclusivo a carattere analogo a quello dei negozi di trasferimento che hanno causa *aliunde*, secondo uno schema più generale che non è estraneo al nostro sistema»; Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 540, con nota di De Matteis, con riferimento stavolta ad una ipotesi di preliminare "puro" seguito dal definitivo: «(...) La stipula di questo secondo contratto sia nient'altro che un puro e semplice adempimento delle obbligazioni assunte con il c.d. preliminare, che resta l'unico e vero regolamento contrattuale dei rapporti».

(11) Lener, in nota a Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, *cit.*, con riferimento proprio a un caso di contratto preliminare ad esecuzione anticipata: «Vero è che anche la qualificazione di "definitivo" in termini di vendita, quando il trasferimento della proprietà interviene in esito ad un rapporto (ed a conclusione di un procedimento) come quello qui considerato, non può restar ferma. Si ha, per così dire, una vendita inclusa in un procedimento, in cui l'atto traslativo, che viene compiuto alla fine, è, di per sé, un nudo atto traslativo che ha causa ("esterna") nell'assetto realizzato fino a quel punto, e nel modo dell'avvenuta realizzazione».

Così anche De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, 3, Torino, aggiornamento 1991-1998: «Ma il riconoscimento di un tale preliminare (ad effetti anticipati: n.d.r.) che in tal modo si rivela essere fonte dell'obbligazione di pagamento del prezzo non può non riflettersi sulla configurazione di un definitivo che, sotto il profilo dello schema causale, non è più una vendita per non essere fonte dell'obbligazione di pagamento del prezzo»; e Delfini, *Vendita di case di abitazione e contratto preliminare nella più recente giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 541 ss., il quale prospetta, con varietà di argomenti e sulla scorta di altre dotte opinioni in materia, la struttura (anche) unilaterale dell'atto traslativo con causa solutoria.

Più in generale, sui negozi traslativi con causa esterna, vedi Mengoni, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con «causa esterna»*, in *Banca borsa e tit. cred.* 1975, I, 385 ss.; Portale, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. società*, 1970, 936 ss.; Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, 756; Dalmartello, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 233 ss.

(12) Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, I, 19 ss.; Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 97 ss.; *Idem*, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 237. Vedi inoltre, in termini più moderati, Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, II, To-

(segue)

Trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. e art. 45 l. fall.

A questo punto del suo ragionamento, la Suprema Corte avrebbe potuto arrestarsi, perché tanto sarebbe bastato per respingere il ricorso del Curatore: una volta preso atto che il contratto preliminare di permuta era stato eseguito quantomeno da uno dei due contraenti, giammai il Curatore avrebbe potuto esercitare il potere ad esso attribuito dall'art. 72 l. fall., che appunto presuppone un contratto ineseguito da entrambe le parti. Nondimeno, la Cassazione è andata oltre, giungendo ad occuparsi di problemi certamente coinvolti dal caso sottoposto alla sua attenzione - oltre che esaminati dal ricorso del Curatore - ma certamente non decisivi per la soluzione da accordare alla controversia. La spiegazione di tanto zelo è da rinvenirsi nel fatto che tutte le altre questioni sollevate dal Curatore, che di seguito si passa ad esporre, pur assorbite dalla sapiente interpretazione dalla Corte fornita dell'art. 72 l. fall. sono state in passato oggetto di divergenti soluzioni giurisprudenziali (e non), che le Sezioni Unite intendevano razionalizzare e verificare con carattere di definitività.

Si arriva così al "cuore" della motivazione della sentenza in commento, là dove la Suprema Corte si sofferma ad indagare con dovizia i rapporti tra gli effetti prenotativi della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2652, n. 2 c.c. (13), la dichiarazione di fallimento (14) e il potere attribuito al curatore di sciogliersi dal contratto ex art. 72 l. fall. (15).

Per comprendere il resto della motivazione resa nel caso di specie, pare utile riportare brevemente la tesi esposta dal Curatore tra i motivi del ricorso: questi si è rifatto ad un granitico orientamento giurisprudenziale in base al quale «quando sia stato stipulato un contratto preliminare, l'esercizio della facoltà di scioglimento da parte del curatore del promittente venditore può essere impedito solo se, in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, sia stato concluso il contratto definitivo, ovvero sia passata in giudicato la statuizione giudiziale che tenga luogo di quella stipulazione»; mentre «lo stesso effetto preclusivo non può invece essere riconosciuto alla trascrizione, sempre prima della dichiarazione di fallimento, della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto». La Cassazione, col dichiarato obiettivo di sottoporre a revisione critica l'orientamento sopra trascritto, comincia dapprima con l'indagare gli effetti che il fallimento produce in relazione alla domanda di esecuzione di un contratto preliminare preventivamente trascritto: vengono quindi in rilievo l'art. 2652, n. 2 c.c., da un lato, e gli artt. 2915 c.c. e 45 l. fall., dall'altro.

Come è noto, l'art. 2652, n. 2, c.c. si occupa degli effetti prenotativi della trascrizione delle «domande dirette a ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre», sancendo che «la trascrizione della

sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda». Questa norma, espressione del precetto chiovendiano per cui il processo non può

Note:

(segue nota 12)

rino, 1993, 56, secondo il quale «la categoria italiana del preliminare di vendita è parzialmente mentitoria, perché dissimula nel suo seno la vendita ad efficacia obbligatoria».

Ma in questo senso anche Castronovo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 42-43, nota 18, il quale però formulava il suo giudizio in via ipotetica, in relazione all'eventualità (ora diventata diritto vigente) che il contratto preliminare divenisse atto trascrivibile: «Per sostenere che il c.d. definitivo (che non più tale esso sarebbe) sia un negozio con causa esterna bisognerebbe giungere alla soluzione radicale (avanzata dal prof. Mengoni in un conversare) di considerare ormai il c.d. preliminare quale vero contratto di vendita ma con effetti obbligatori sicché, come nella vendita romana, da esso nasca un'obbligazione di dare in senso tecnico, di cui il c.d. definitivo quale atto traslativo con causa esterna costituirebbe adempimento. A me pare, tuttavia, che l'attuale disciplina della pubblicità, la quale non prevede la trascrizione del preliminare, e perciò sembra escluderne la funzione traslativa, non consenta di pervenire a tale esito. *Allorché invece la legge prevederà la trascrizione del preliminare, sarà addirittura più coerente con l'intero sistema della trascrizione considerare il preliminare come un contratto con causa traslativa pur se con effetti obbligatori* e l'idea che il c.d. definitivo sarà diventato un contratto traslativo con causa esterna avrà pieno fondamento. Ma quando questo si verificherà, il c.d. preliminare sarà diventato un definitivo con effetti obbligatori e ciò consentirà di considerare non più prive di giustificazioni le prestazioni che le parti si saranno scambiate in esecuzione di esso» (corsivo nostro).

(13) In generale, sulla disciplina e gli effetti della trascrizione delle domande giudiziali, si rimanda ai classici studi di Picardi, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, e Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968; ma già prima vedi Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959, 312; Idem, *La trascrizione delle domande giudiziali*, in *Secondo corso di perfezionamento per uditori giudiziari - Conferenze*, Milano, 1959, 172 ss. Più circoscritta, ma non meno approfondita, è l'indagine condotta da Mengoni in *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 360 ss.

(14) Sulla materia dei rapporti tra la trascrizione delle domande giudiziali e la dichiarazione di fallimento, il primo e (non solo per ragioni temporali) più importante studio è stato quello condotto da Andrioli in *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 553 ss. (nonché in *Studi in memoria di G. B. Funaioli*, Milano, 1961, 395 ss.). Le tesi sviluppate in questi scritti sono quindi confluite nell'ampia voce *Fallimento*, redatta per l'*Enciclopedia del diritto*, XVI, spec. n. 54, 397 ss. Successivamente, questi temi sono stati approfonditi, proprio a partire dagli studi di Andrioli, da Colesanti in *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972.

In argomento vedi inoltre Semiani Bignardi, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e fallimento*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1005 ss.; Provinciali, *Effetti del fallimento sulla sentenza costitutiva di obbligo a contrarre*, in *Dir. fall.*, 1972, II, 808; Bonsignori, *Promessa di vendita inadempita e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1975, II, 849; Idem, *Contratto preliminare, espropriazione e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1983, I, 168; Bronzini, *Preliminare di vendita e fallimento del venditore*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 540; Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, sub artt. 72-83 l. fall., in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, 140 ss.; Maffei Alberti, *Contratto preliminare e procedure concorsuali*, *Giur. comm.*, 1985, I, 616 ss.; Luminoso, *Effetti del fallimento sui rapporti pendenti*, rassegna in *Giur. comm.*, 1981, I, 384 ss.

(15) Anche in relazione ai rapporti tra la trascrizione della domanda giudiziale, la dichiarazione di fallimento e l'art. 72 l. fall., sono da richiamare gli scritti di cui alla nota precedente, oltre - in particolare - a Colesanti, *Fallimento e sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 494.

tornare a danno di chi ha ragione (16), prevede dunque gli effetti retroattivi della trascrizione della sentenza pronunciata ex art. 2932 c.c., all'unica condizione che la relativa domanda sia stata a sua volta trascritta, fissando il momento fino al quale gli effetti della sentenza produrranno i propri effetti nel passato (17). Molto efficacemente le parole della Suprema Corte riassumono l'operatività degli effetti prenotativi della trascrizione delle domande giudiziali: «Il "meccanismo pubblicitario" previsto dall'art. 2652, n. 2, c.c., si articola in due momenti: quello *iniziale*, costituito dalla trascrizione della *domanda giudiziale* e quello *finale*, rappresentato dalla trascrizione della *sentenza di accoglimento*. È indubbio che la particolare efficacia della trascrizione della domanda resta subordinata alla trascrizione della sentenza e può, pertanto, manifestarsi solo se tale adempimento viene effettuato. Ma non è meno certo che gli effetti della sentenza di accoglimento, quando sia trascritta, *retroagiscono* alla data della trascrizione della domanda».

Ai fini della opponibilità ai terzi della sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., il momento determinante è costituito allora dalla trascrizione della domanda ex art. 2652, n. 2 c.c., e non dalla trascrizione della sentenza, pure essa da trascriversi ai sensi dell'art. 2643, n. 14 c.c.: per comprendere la portata "reale" dell'effetto prenotativo della trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., non c'è nulla di meglio che richiamare le efficaci parole di un illustre Autore, il quale ebbe a scrivere che «colla trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, l'attore viene infatti ad afferrare la cosa in contesa con la stessa forza con cui potrebbe farlo un titolare di un vero diritto reale sulla medesima» (18). Tutte le trascrizioni e iscrizioni sulla cosa contesa successive alla trascrizione della domanda sono pertanto inefficaci di fronte all'attore, e di conseguenza «sono a lui inopponibili tutti i mutamenti giuridici resi pubblici con successive trascrizioni o iscrizioni» (19).

Tecnicamente, mentre il conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore di diritti tra loro incompatibili è risolto dall'art. 2644 c.c. col criterio della priorità della trascrizione del titolo d'acquisto, il conflitto tra l'attore e i terzi e gli aventi causa del convenuto è dagli artt. 2652 e 2653 c.c. risolto col criterio della priorità della trascrizione della domanda giudiziale (20). La conferma del meccanismo prenotativo attivato dalla trascrizione delle domande giudiziali è fornita dall'art. 2915 c.c., comma 2 (21), il quale, sancendo che non hanno effetto «in pregiudizio del creditore pignorante (...) gli atti e le domande per la cui efficacia rispetto ai terzi acquirenti la legge richiede la trascrizione, se sono trascritti successivamente al pignoramento», non fa che adottare lo stesso criterio per la soluzione dei conflitti circolatori, rappresentato dalla trascrizione della domanda di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.: questa conclusione è pacifica, per cui può dirsi che, in caso di esecuzione individuale, la domanda che sia stata trascritta

prima della trascrizione del pignoramento rende opponibile al creditore pignorante la successiva sentenza che quella domanda accogliesse.

A sua volta, l'art. 45 l. fall. trasferisce in ambito fallimentare il sistema nascente dal combinato disposto degli artt. 2652, n. 2 e 2915, comma 2, c.c.: sul presupposto della equiparazione della tutela del creditore pignorante e di quella dei creditori fallimentari, la norma in parola stabilisce infatti che «le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori». Pertanto, anche in materia fallimentare, il criterio per risolvere il conflitto tra l'attore e i terzi e gli aventi causa del convenuto (in questo caso: i creditori fallimentari) è rappresentato dalla anteriorità della trascrizione della domanda giudiziale (rispetto alla dichiarazione di fallimento).

Note:

(16) «Principio di giustizia che il tempo decorso per l'attuazione giudiziale del diritto non può essere a detrimento della parte vittoriosa» (Cass., 3 agosto 1945, n. 659, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, II, 596).

(17) «La sua funzione è perciò quella di creare le condizioni perché gli effetti che la legge intende ricollegare alla sentenza nei confronti dei terzi siano anticipati al momento in cui essa si attua»: Granelli, *Tutela del promissario acquirente e alienazione a terzi dell'immobile oggetto del preliminare*, in nota a Cass., 8 maggio 1991, n. 5119, in questa *Rivista*, 1991, 10, 1121 ss.

In giurisprudenza: Cass., 24 novembre 1983, n. 7047, in *Foro it.*, 1984, I, 70; Cass., 23 novembre 1983, n. 6994, *id.*, 1984, I, 1918.

(18) Ferri, *La trascrizione immobiliare*, II ed., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, sub artt. 2652-2653 c.c., 323.

(19) Ferri, *op. cit.*, 323. Vedi anche Gazzoni, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, vol. IX, Tomo II, del *Trattato di diritto privato* diretto da Mario Bessone, 173: «In tal modo trascrivere la domanda è già come trascrivere l'acquisto, sul piano della soluzione del conflitto».

(20) Per la verità, anche quello che sembra un dato assodato necessita di una puntualizzazione: pur condividendo con la trascrizione delle altre domande giudiziali l'efficacia prenotativa, non bisogna infatti confondere la funzione assoluta della trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., con la funzione attribuita dall'ordinamento alla trascrizione delle domande di impugnativa pure contemplate dal medesimo art. 2652 c.c. Mentre, infatti, la trascrizione ex art. 2652 n. 2 delle domande di esecuzione del preliminare - ma anche di quelle di accertamento di scritture private di cui al n. 3 dell'art. 2652 c.c. - sono espressione del principio secondo cui la regola *prior in tempore potior in iure* va riferita alla trascrizione, e non al titolo, ex art. 1376 c.c.; le altre ipotesi di trascrizione delle domande di cui all'art. 2652 svolgono invece una funzione cosiddetta "sanante", nel senso che costituiscono una serie (tassativa) di eccezioni alla regola *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, «e configurano quindi un conflitto non già tra due aventi causa dallo stesso autore, ma tra l'alienante, che agisce in giudizio per la dichiarazione di inefficacia o di invalidità dell'atto di alienazione, e il subacquirente» (Gazzoni, *op. cit.*, 173).

(21) Come ricorda Colesanti (*Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 20) l'articolo in parola «è stato salutato da più parti come una delle novità di maggior rilievo dei codici attualmente in vigore, dovendosi ravvisare proprio in quella disposizione uno dei dati normativi (prima mancanti) che permette di assimilare la posizione del creditore pignorante a quella del terzo avente causa dal titolare di un diritto reale» (in questo senso: Proto Pisani, *op. cit.*, 364; Verde, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 219; Satta, *Commentario*, Milano, 1965, III, 144; Micheli, *Lezioni sull'esecuzione forzata*, Firenze, s.d., 28).

L'unica particolarità della sede fallimentare è data dal fatto che, a differenza dei normali conflitti circolatori risolti dalle norme sulla trascrizione, in caso di fallimento i termini del conflitto non sono omogenei, nel senso che non vengono in rilievo solo trascrizioni e/o iscrizioni, ma da un lato una trascrizione - quella della domanda giudiziale - e, dall'altro, il semplice deposito della sentenza di fallimento (22): quest'ultima è infatti dotata di efficacia dichiarativa per se stessa, senza il bisogno di assolvere ad altre formalità, dal momento che l'annotazione ex art. 88 l. fall. della sentenza dichiarativa di fallimento svolge comunque una funzione di mera pubblicità notizia (23). Una volta trascritta la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, la successiva dichiarazione di fallimento del convenuto non sarà allora opponibile alla domanda in precedenza trascritta, e non costituirà quindi causa ostativa (nemmeno) della pronuncia ex art. 2932 c.c.

Tuttavia, nonostante le chiare indicazioni provenienti dal sistema, e pur in presenza di precise direttive presenti nell'ordinamento volte ad equiparare la posizione del creditore nel fallimento a quella del creditore pignorante (24), giurisprudenza (25) e dottrina (26) hanno da sempre manifestato una certa ritrosia nel ritenere che la disciplina della esecuzione individuale fosse equivalente a quella del fallimento anche sotto il profilo - che in questa sede viene in rilievo - della trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. Si è infatti a lungo sostenuto (non senza che alcune illustri voci del panorama dottrinale sottolineassero l'intrinseca contraddittorietà di tal modo di ragionare (27)) che la trascrizione della domanda giudiziale, che pure (come visto) vale a risolvere i conflitti circolatori nei rapporti tra promissario e creditore pignorante, non abbia la stessa efficacia in ambito fallimentare, nel senso che la sentenza dichiarativa di fallimento avrebbe l'effetto di precludere la sentenza ex art. 2932 c.c. pur se la relativa domanda sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento (28).

Questo orientamento era fondato su una distorta interpretazione di alcuni principi propri della materia

Note:

(22) In passato ci si riferiva alla data della pronuncia, piuttosto che a quella del deposito: cfr. Cass., 10 maggio 1958, n. 1542, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1005.

(23) Cass., 3 gennaio 1975, n. 1, in *Foro it.*, 1975, I, 311-312, in *Giust. civ.*, 1975, I, 565, in *Dir. fall.*, 1975, II, 654, con note di Provinciali e Bonsignori: «Il vero è che le regole della pubblicità immobiliare, il cui normale impiego postula un conflitto omogeneo fra atti ugualmente soggetti a trascrizione (o iscrizione), debbono essere collegate, e sotto un certo aspetto adattate, alle speciali norme di legge sul fallimento, da cui risulta che la relativa pronuncia incorpora gli effetti della trascrizione senza che questa sia prescritta o eseguita (...). E il ricercato collegamento, che per tale anomalia parrebbe svanire nella constata mancanza di uno dei due termini del conflitto (ponendosi esso fra un atto soggetto a trascrizione e un altro che non lo è), si rinviene, appunto, e si ricompono sul piano della parificazione degli effetti». In dottrina vedi anche Gentile, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, 484; Nicolò, *La trascrizione*, Milano, 1973, III, 32; Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile*. Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1991, 441.

Pur arrivando anch'egli alla conclusione che «la "formalità" rilevante ex art. 45 l. fall. è la trascrizione della domanda», Colesanti, *op. ult. cit.*, 240 ss., nota 111 (nonché *Fallimento e sentenza ex art. 2932 c.c.*, cit., 500) legge in chiave maggiormente critica il rapporto tra l'art. 2652 n. 2 c.c. e 45 l. fall., sottolineando due aspetti astrattamente in grado di pregiudicare la validità della affermazione appena riportata. Da un lato, infatti, l'art. 2652 n. 2 c.c. presuppone un conflitto tra atti parimenti soggetti a trascrizione (o iscrizione): e poiché la sentenza di fallimento non va trascritta, verrebbe a mancare uno dei termini che permetta alla norma che fissa la valenza prenotativa della trascrizione delle domande giudiziali di operare anche in ambito fallimentare; dall'altro, non va dimenticato che, a differenza di tutte le altre domande soggette a trascrizione ex art. 2652 c.c., quella di esecuzione del preliminare è l'unica per la quale sia prevista anche la necessità della trascrizione della relativa sentenza (art. 2643, n. 14 c.c.), essendo invece sufficiente in tutti gli altri casi che la sentenza sia semplicemente annotata: questo fatto potrebbe voler alludere a una precisa scelta legislativa di voler risolvere i conflitti ex art. 45 l. fall. tra l'attore e i creditori fallimentari del convenuto con riferimento al momento della trascrizione della sentenza, e non della domanda. Nondimeno, e quantomeno con riferimento ai casi i cui il fallimento sopravvenga in corso di causa ex art. 2932 c.c., comunque la formalità rilevante ai sensi dell'art. 45 l. fall. si ritiene debba essere la trascrizione della domanda, perché la presenza di un giudizio in fieri integra una fattispecie dinamica cui mal si attaglierebbe il richiamo di una fattispecie statica quale la trascrizione della sentenza ex art. 2643, n. 14 c.c. È chiaro, però, che i dubbi tornano a proporsi con riferimento ai casi in cui la sentenza sia già stata emanata.

L'impostazione di Colesanti è condivisa da Provinciali, *Effetti del fallimento sulla sentenza costitutiva di obbligo a contrarre*, nota a App. Milano, 27 febbraio 1973, in *Dir. fall.*, 1973, II, 432 ss.

(24) Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, 128 ss.; Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, I, n. 153; Micheli, *Esecuzione forzata*, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, artt. 2900-2969, Bologna-Roma, 1953, 431; Vitale, *La sentenza dichiarativa di fallimento come atto esecutivo*, in *Dir. fall.*, 1959, I, 213 ss.; Mignoli, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, 17; Andrioli, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, cit., 553; De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, 1956, 269.

(25) Il referente più remoto dell'orientamento poi culminato in S.U. 239/1999 (su cui vedi *infra*) è costituito da Cass., 10 maggio 1958, n. 1542, cit., con nota adesiva di Semiani Bignardi, cit. Nella motivazione di detta sentenza si legge: «Durante il fallimento rimane impedita l'esecuzione specifica della promessa di vendita di un bene del fallito, perché tale esecuzione creerebbe un effetto traslativo, non ostante lo spossamento prodotto dalla sentenza dichiarativa. Il fallimento, in definitiva, agli effetti di quella promessa, assume la posizione di terzo; e il curatore, ove non voglia (o non sia regolarmente autorizzato) non può ritenersi vincolato ad emettere la dichiarazione di volontà che è l'oggetto del contratto preliminare, e diretta a vendere il bene promesso in vendita. Né la trascrizione della citazione diretta ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, avvenuta ai sensi dell'art. 2652, n. 2, codice civile prima del fallimento (...), può avere l'effetto di risolvere l'apprensione del curatore sul bene promesso in vendita; in quanto essa spiega i suoi effetti condizionatamente alla trascrizione della sentenza che accoglie la domanda; e tale sentenza, come si è detto, non può essere pronunciata».

Questa sentenza è stata severamente criticata da Gentile, *op. cit.*, 475, mentre ha ricevuto l'approvazione di Ragusa Maggiore, *Effetti del fallimento sul preliminare di vendita non trascritto*, in *Dir. fall.*, 1959, II, 234 ss.

(26) Micheli, *op. cit.*, sub artt. 2913 e 2915; Satta, *op. ult. cit.*, 150 ss.; Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1966, 264 ss.; Provinciali, *op. ult. cit.*, I, n. 162; De Martini, *op. cit.*, 269 ss.

(27) Andrioli, *op. ult. cit.*, 553-554.

(28) Cass., 4 aprile 1980, n. 2213, in *Giur. comm.*, 1981, II, 253; Cass., 8 febbraio 1977, n. 547, in *Dir. fall.*, 1977, II, 198; Cass., 18 gennaio 1973, n. 172, in *Foro it.*, 1973, I, 2525, con nota critica di Pezzano, *Fallimento del promittente di contratto preliminare di compravendita*, nonché in *Dir. fall.*, 1973, II, 34; Cass., 16 novembre 1968, n. 3748, in *Dir. fall.*, 1969, II, 386.

fallimentare (29), interpretazione che precisamente sopravvalutava la portata del principio della *par condicio creditorum* e del suo corollario della intangibilità della massa attiva, al punto da considerarli come motivo d'arresto della applicazione in ambito fallimentare delle regole generali (nonché di ordine pubblico (30)) in materia di circolazione dei diritti: l'intangibilità del patrimonio del fallito - si diceva - impedisce che nei confronti del fallimento possa essere emessa una sentenza che abbia l'effetto di sottrarre un bene alla massa fallimentare. Il fallimento era pertanto visto come causa di *inammissibilità* o di *improcedibilità* della domanda ex art. 2932 c.c.

In realtà, la dottrina ha già da tempo ridimensionato la portata dei suesposti principi, al punto che essi sono stati considerati - piuttosto che, appunto, principi - dei semplici postulati ancora da dimostrare (se non addirittura, ma con espressione efficace, delle "superstizioni" (31) da cui è difficile ma necessario liberarsi). Una volta dunque che, sulla scorta degli stimoli dottrinali, sono stati rimossi gli ostacoli alla piena operatività delle regole circolatorie anche in materia fallimentare, si è venuta formando una copiosa giurisprudenza che, chiamata a risolvere i rapporti tra l'art. 2652 n. 2 c.c. e l'art. 45 l. fall., ha ritenuto di dover prescindere da qualsiasi profilo inerente alla *par condicio creditorum*, riconoscendo la pienezza degli effetti prenotativi della trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. (32): il fallimento, pertanto, non è stato più considerato motivo di improcedibilità della domanda ex art. 2932 c.c. preventivamente trascritta.

Nonostante questo condivisibile approdo di dottrina e giurisprudenza, si è assistito negli ultimi anni a sporadiche riemersioni del vecchio orientamento sopra descritto; ora, se si considera che l'orientamento che considerava la dichiarazione di fallimento motivo di improcedibilità della domanda ex art. 2932 c.c. (anche se) trascritta, ha ricevuto l'avallo più che autorevole di una recentissima sentenza, pure essa pronunciata a Sezioni Unite (33), si capisce quante poche certezze ci fossero in una materia tanto delicata quale quella della circolazione dei diritti in materia fallimentare. E in questo senso si ha modo di apprezzare ancora meglio l'atteggiamento nomofilattico della sentenza che si commenta, nel momento in cui, razionalizzando l'elaborazione dottrinale e i precedenti giurisprudenziali che detta elaborazione hanno recepito, ha attribuito valenza generale al principio in base al quale «sono opponibili ai creditori fallimentari (non solo gli atti posti in essere e trascritti dal fallito prima della dichiarazione di fallimento, ma anche) le sentenze pronunciate dopo tale data, se le relative domande sono state in precedenza trascritte».

Note:

(29) È stata invece da tempo accantonata la tesi di chi negava la procedibilità della domanda ex art. 2932 alla luce del divieto di azioni

esecutive individuali contenuto nell'art. 51 (così Provinciali, *op. ult. cit.*, n. 171, 459; Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, n. 141, 293; Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Bologna, 1934, n. 179, 224; Russo, *Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Fallimento*, 1985, 909; Ristori, *Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1995, I, 307). Le critiche alla natura esecutiva dell'azione ex art. 2932 c.c. si rinvergono già in Semiani Bignardi, *op. cit.*, 1006, secondo la quale più che di azione di esecuzione in forma specifica, dovrebbe parlarsi di azione di cognizione costitutiva. In questo senso anche Satta, *Esecuzione forzata, Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1952, 252; Carusi, *In tema di contratto preliminare e sentenza costitutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 872; Dimundo-Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, 269).

Così anche la sentenza in commento: «Si è ormai chiarito, infatti, che l'art. 2932 c.c. mette capo ad un provvedimento di natura cognitiva che ha la caratteristica di produrre direttamente l'effetto giuridico richiesto, dando concreta attuazione al diritto accertato, indipendentemente da ogni attività riconducibile alla nozione di esecuzione, quale considerata nel libro terzo del codice di rito: proprio per questo tale sentenza, come si riconosce nella stessa Relazione al codice (*ivi*, § 1187), avrebbe potuto essere più propriamente inquadrata, invece che tra i provvedimenti esecutivi, tra le sentenze "costitutive" contemplate dall'art. 2908 c.c.» (in giurisprudenza le azioni ex art. 2932 c.c. sono escluse dall'ambito di operatività dell'art. 51 l. fall. a volte sulla base delle argomentazioni sopra riportate, altre in forza della affermata inequiparabilità tra dette azioni e le azioni esecutive in senso proprio, in virtù dell'assenza, nelle prime, del titolo esecutivo: Cass., 18 dicembre 1997, n. 12817, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 442; Cass., 23 gennaio 1998, n. 615, *idem*, 1999, I, 637; Cass., 15 marzo 1995, n. 3045, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 812).

(30) Gazzoni, *La trascrizione immobiliare, in Il codice civile. Commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1991, 494; Maiorca, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio, Firenze, 1943, 3-4; Natoli, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1959, 5.

(31) Colesanti, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 270.

(32) Cass., 13 agosto 1996, n. 7553, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1250, con nota di Di Gioia; Cass., 5 aprile 1994, n. 3239, in *Foro it.*, 1995, I, 582, con nota di Ristori, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 633, con nota di Cimei, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3151, in *Vita not.*, 1995, I, 324; Cass., 26 agosto 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*; Cass., 24 novembre 1983, n. 7047, in *Foro it.*, 1984, I, 70, in *Riv. not.*, 1984, II, 881; Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in *Dir. fall.*, 1982, II, 914, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2697, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1132; App. Milano, 27 febbraio 1973, *Dir. fall.*, 1973, II, 432 (ma con argomentazione che in ultima analisi non convince, perché finisce col negare il potere del curatore di sciogliersi dal contratto: problema che nella fattispecie non si poneva per essere la sentenza già passata in giudicato).

(33) Cass. S.U., 14 aprile 1999, n. 239, in questa *Rivista*, 1999, 9, 1107, con nota di Jarach, *Fallimento di uno dei comproprietari promittenti venditori ed inammissibilità dell'azione ex art. 2932 c.c.* In massima si legge: «Si deve ritenere che il fallimento del promittente venditore, facendo venir meno nel fallito il potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio e bloccando la situazione patrimoniale qual era alla data in cui venne pronunciata la dichiarazione di fallimento, impedisca che possa avere corso l'esecuzione specifica della detta promessa, (...) restando, d'altro canto, ininfluenza la circostanza che prima del fallimento sia stata trascritta la domanda ex art. 2932 codice civile, in quanto essa non può impedire l'apprensione del bene promesso in vendita da parte della curatela fallimentare, giacché gli effetti di tale trascrizione possono spiegarsi soltanto condizionatamente alla trascrizione della sentenza di accoglimento della domanda, che in questo caso non può essere pronunciata». La sentenza è stata pubblicata anche in *Fallimento*, 1999, 1247, con nota di Patti, *Vendita non eseguita e scelta discrezionale del curatore*; in *Contratti*, 1999, 977 ss., con nota di Timpano, *Preliminare di vendita di bene in comproprietà ed esecuzione in forma specifica*.

Gli effetti prenotativi della trascrizione della domanda giudiziale e l'art. 72 l. fall.

La sentenza della Cassazione che si commenta ha quindi recuperato la tesi formulata da Andrioli (34) agli inizi degli anni '60, in base alla quale il fallimento in tanto può considerarsi causa ostativa della pronuncia della sentenza ex art. 2932 c.c., in quanto si rinvenivano nella legge fallimentare delle espresse previsioni in questo senso, non essendo altrimenti sufficiente il richiamo ai supposti principi della *par condicio creditorum* e della indisponibilità della massa fallimentare. L'unica previsione che, sempre secondo Andrioli, è in grado di paralizzare l'iniziativa del promissario acquirente, è invece l'art. 72 l. fall., disposizione che come ormai sappiamo attribuisce al curatore un diritto di sciogliere il contratto che si contrappone al diritto, per il compratore *in bonis*, di acquistare la proprietà della cosa che non sia riuscito a conseguire prima della dichiarazione di fallimento (35): pertanto - sempre secondo questa dottrina - se la trascrizione della domanda effettuata prima del fallimento vale a impedire che la successiva sentenza dichiarativa si ponga come ostacolo insormontabile alla produzione degli agognati effetti traslativi, la medesima trascrizione della domanda non è comunque idonea ad impedire che l'iniziativa del curatore ex art. 72 l. fall. paralizzi la pretesa dell'attore trascrivente. E dal canto suo la giurisprudenza, ricorrendo o meno ai principi della *par condicio* e della intangibilità della massa attiva, ha sempre sostenuto che il potere di scioglimento attribuito al curatore dall'art. 72 l. fall. non incontrasse ostacoli di sorta, al punto da poter essere esercitato in qualsiasi forma, in qualsiasi grado, e nonostante la trascrizione della domanda giudiziale (e anche dopo la sentenza di primo grado favorevole al promissario acquirente) (36).

Sotto questo profilo - e cioè per il fatto che la giurisprudenza non ha mai dubitato del fatto che l'art. 72 l. fall. è in grado di operare nonostante la trascrizione della domanda giudiziale - desta ancor più sorpresa il passaggio della sentenza in commento in cui si legge che «anche tale disposizione (l'art. 72 l. fall.: *n.d.r.*) debba essere coordinata con quanto stabilito dal citato art. 45, l. fall. Ne deriva che, quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l. fall.» (37).

Nell'interpretazione della Suprema Corte, dunque, l'art. 45 l. fall. è norma alla luce della quale vanno lette anche le altre disposizioni del r.d. 267/1942; per cui, trascritta la domanda giudiziale, tutte le successive vicende fallimentari (compreso il potere del curatore che pertanto resterà paralizzato) saranno inopponibili all'at-

tore che agisca ex art. 2932 c.c., perché così dispone l'art. 45 l. fall. In sostanza, secondo la Cassazione, se si consentisse all'art. 72 l. fall. di operare pur in presenza di una domanda giudiziale trascritta prima del fallimento, si andrebbe incontro ad una sicura violazione delle norme sulla trascrizione così come veicolate in ambito fallimentare dall'art. 45 l. fall.: ma tale conclusione non è accettabile, per la semplice ragione che l'art. 72 l. fall. è norma che opera su un piano del tutto diverso dalle regole sulla circolazione dei diritti. L'art. 72 l. fall., infatti, per poter operare, non presuppone un conflitto circolatorio tra acquirenti dal medesimo dante causa, ma, più semplicemente, uno stato di soggezione in cui il

Note:

(34) Andrioli, *op. ult. cit.*, 564: «Delle varie norme, di cui la sezione quarta del capo secondo del secondo titolo della legge fallimentare consta, l'unica, che meriti considerazione per incidere sullo stesso settore dominato dall'art. 45, è l'art. 72».

(35) Andrioli, *op. ult. cit.*, 565. Il primo ad aver proposto di ricorrere all'art. 72 l. fall. per risolvere il problema della sorte del contratto preliminare ineseguito o del giudizio mirante alla sentenza ex art. 2932 c.c. quando sia sopraggiunto il fallimento del promittente, è stato Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, 133. Nello stesso senso tutta la dottrina (oltre agli autori sino ad ora citati, Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, *Dir. fall.*, 1964, I, 367; Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, 1276; Luminoso, *Effetti del fallimento sui rapporti pendenti*, *Giur. comm.*, 1974, I, 817 ss, 1978, I, 518 ss.), ma a questo punto si rende necessaria una puntualizzazione: in genere l'art. 72 l. fall. viene invocato *ad abundantiam*, nel senso che il potere attribuito al curatore viene considerato un argomento ulteriore, rispetto a quello che si ricava dai "principi" della *par condicio* e della intangibilità, per arrivare al non condivisibile risultato di considerare il fallimento motivo di improcedibilità della domanda ex art. 2932 c.c. Come dire: visto che la massa fallimentare è intangibile, visto che il curatore ha addirittura il potere di sciogliersi dal contratto, non può negarsi che il fallimento renda improcedibile la domanda ex art. 2932 c.c., per quanto preventivamente trascritta.

Il merito di Andrioli è invece quello di aver considerato l'art. 72 l. fall. non come una delle ragioni di improcedibilità della domanda di "esecuzione" del preliminare, ma solo come potenziale motivo di infondatezza della domanda trascritta dal promissario acquirente: su questo punto vedi più diffusamente *infra*.

(36) Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, *Fallimento*, 1998, 143 ss, *Dir. fall.*, 1998, II, 64; Cass., 16 maggio 1997, n. 1331, *ibid.*; Cass., 12 maggio 1997, n. 4105, *id.*, 1997, 1014; Cass., 18 gennaio 1995, n. 518, in *Fallimento*, 1995, 766; Cass., 8 marzo 1995, n. 2703, *id.*, 1995, 1116; Cass. 26 agosto 1994, n. 7522, *id.*, 1995, 712; Cass., 26 agosto 1994, n. 7522, *cit.*; Cass., 24 febbraio 1994, n. 1866, *id.*, 1994, 709; Cass., 2 marzo 1993, n. 2577, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Fallimento*, n. 405; Cass., 27 maggio 1992, n. 6383, *Fallimento*, 1993, 19; Cass., 17 aprile 1992, n. 4723, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 39, con nota di Pettarin-Ponti, *Sulla facoltà del curatore fallimentare di optare per lo scioglimento del contratto preliminare concluso dal fallito*, in *Vita not.*, 1992, I, 1134; Cass., 29 novembre 1991, n. 12856, *Fallimento*, 1992, 465; Cass., 29 marzo 1989, n. 1497, in *Fallimento*, 1989, 891, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1859, con nota di Chianale, *Dir. fall.*, 1989, II, 1096; Cass., 16 novembre 1989, n. 4887, *id.*, 1990, 400, in *Dir. fall.*, 1990, II, 353; Cass., 12 dicembre 1988, n. 6732, *id.*, 1989, 500; Cass., 21 luglio 1988, n. 4731, *id.*, 1988, 1195; Cass., 10 giugno 1982, n. 3509, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Fallimento*, n. 350; Cass., 14 febbraio 1975, n. 570, in *Dir. fall.*, 1975, II, 219, ed *ivi*, 849, con nota di Monsignorini; Trib. Roma, 9 ottobre 1984, *Giur. mer.*, 1986, 312, con nota di Giorgi, *Fallimento e contratto preliminare*.

(37) S.U. in commento: il corsivo è nostro.

contraente *in bonis* si viene a trovare ogniqualvolta la dichiarazione di fallimento lo sorprenda quale parte di un contratto non ancora eseguito: si vuol cioè dire che il potere attribuito al curatore dall'art. 72 l. fall. altro non è che un diritto potestativo nascente *ex lege* (38) che, operando sul piano sostanziale, fa sì che la pretesa dell'attore, inizialmente *ammissibile* e *procedibile* per essere stata la domanda trascritta prima della dichiarazione di fallimento, possa in seguito divenire *infondata* a causa dell'iniziativa del curatore di sciogliersi dal contratto.

Questa iniziativa non opera dunque sul piano della procedibilità della domanda, ma su quello della fondatezza della stessa, proprio perché il diritto di scioglimento esercitato dal curatore fa venir meno il contratto e, in definitiva, il titolo della pretesa azionata dall'attore (39). Ma proprio perché il diritto potestativo del curatore «incide non sull'ammissibilità, ma sulla fondatezza della domanda del promissario *in bonis*, il giudice non può pronunciare d'ufficio la reiezione della domanda e le combinate norme degli artt. 2652 n. 2 e 2915, comma 2, inquadrate nel sistema dell'art. 45, sono fuori gioco: perché l'attore sia preferito al creditore del convenuto, pignorante o intervenuto, e al curatore del suo fallimento, non basta che la domanda sia trascritta prima del pignoramento o della dichiarazione di fallimento, ma è necessario che la domanda sia fondata, e la domanda del promissario *in bonis* cessa di esserlo se il curatore eccepisce (e sol che eccepisca) lo scioglimento del contratto (40)».

Il fatto di aver considerato l'art. 72 l. fall. al pari di qualsiasi altra norma in materia di circolazione dei diritti, ha inoltre impedito alla Cassazione in commento di accorgersi dei risultati paradossali cui si perviene se si accede alla tesi - sostenuta nella sentenza in commento - per cui la tempestiva trascrizione della domanda vale (non solo a rendere la successiva sentenza opponibile al fallimento, ma anche) a paralizzare il potere di scioglimento del curatore.

Se, infatti, come ritiene la Suprema Corte, la preventiva trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. avesse l'effetto di impedire al curatore di sciogliersi dal contratto, si produrrebbero i seguenti effetti:

i) che se la domanda viene trascritta *dopo* la dichiarazione di fallimento, essa è inopponibile al fallimento ai sensi dell'art. 45 l. fall., e il curatore per sottrarsi all'esecuzione del contratto può limitarsi ad invocare in giudizio detta inopponibilità, senza alcun bisogno di sciogliersi dal contratto stesso in forza dell'art. 72 l. fall. (41);

ii) se, invece, la domanda viene trascritta *prima* della sentenza di fallimento, *anche* in questo caso l'art. 72 l. fall. non avrà modo di operare, perché - sono le Sezioni Unite in commento a dirlo (42) - in questo caso dovrà farsi ricorso all'art. 45 l. fall. per ritenere precluso il diritto di scioglimento del curatore.

Ma in questo modo, facendo sempre applicazione

dell'art. 45 l. fall., si oblitera l'ambito di operatività dell'art. 72 l. fall.: conseguenza decisamente inaccettabile. Bisogna allora prendere atto che l'art. 72 l. fall. non vede paralizzata la sua operatività dal fatto che la domanda ex art. 2932 c.c. sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento: al contrario l'art. 72 l. fall., per poter operare, presuppone proprio una domanda giudiziale opponibile al fallimento in quanto preventivamente trascritta; perché, se così non fosse, se cioè la domanda non fosse opponibile al fallimento, la norma che verrebbe in rilievo sarebbe solo l'art. 45, e non l'art.

Note:

(38) Parla esplicitamente di diritto potestativo di natura sostanziale Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, in *Fallimento*, 1998, 143, richiamata anche da Ferro, *La disciplina dei rapporti giuridici pendenti tra vocazione liquidatoria e capacità di gestione contrattuale degli organi concorsuali*, in *I rapporti giuridici preesistenti*, Atti del Convegno di Bologna 5-6 giugno 1998, Milano, 1998, nota 37, che al riguardo parla di diritto potestativo autonomo, di fonte postcontrattuale.

(39) Così, discostandosi dall'opinione al tempo dominante, Cass., 16 febbraio 1982, n. 953, in *Foro it.*, I, 1952, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 885, in *Dir. fall.*, 1982, II, 601: «La domanda del promissario acquirente, ammissibile e procedibile, dovrà ritenersi infondata a seguito dell'esercizio, da parte del curatore, del diritto potestativo di scioglimento del contratto, eventualmente a seguito di costituzione in mora da parte del promissario acquirente». Nello stesso senso: Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, cit.

(40) Andrioli, *op. ult. cit.*, 565-566, che continua: «Se il curatore rimane contumace ovvero, se comparando, non eccepisce lo scioglimento del contratto, il giudice non può non accogliere la domanda del promissario con sentenza, che estende i suoi effetti in pregiudizio della curatela, se la domanda fu trascritta prima della dichiarazione di fallimento, laddove, se la domanda fu successivamente trascritta, il curatore può limitarsi ad eccepire che la sentenza gli sarà inopponibile e deve essere respinta».

Colesanti, nello studio da ultimo citato (pp. 261 ss.), sviluppa ulteriormente queste conclusioni individuando un altro eventuale motivo di infondatezza della pretesa del promissario trascrivente: questo motivo risulta dalla lettera dell'art. 2932 c.c., il quale subordina la sentenza costitutiva di un contratto ad effetti reali all'esecuzione, o quantomeno all'offerta di esecuzione della propria prestazione in quanto esigibile. Ebbene, «quante volte l'istante si sia astenuto dall'eseguire la sua prestazione, o dal farne offerta "nei modi di legge" (salva l'ipotesi che la prestazione stessa non sia ancora esigibile), la reiezione della domanda avviene in forza del disposto dell'art. 2932 al. 2 c.c., indipendentemente, dunque, dall'esercizio nel processo del potere di scioglimento spettante al curatore. La domanda del promissario, lungi dall'essere inammissibile o improcedibile, è invece infondata alla luce della particolare espressione normativa del sinallagma funzionale contenuta nell'art. 2932 al. 2 c.c., che dispensa la controparte finanche dall'onere processuale di opporre l'*exceptio inadimpleti contractus*» (pag. 264).

(41) Per Andrioli, voce *Fallimento*, cit., 419, con riferimento alla compravendita, ma con discorso che si presta anche alla nostra fattispecie, in caso di mancato assolvimento delle "formalità" di cui all'art. 45 l. fall., «il curatore del venditore non ha bisogno di risolvere la scelta con l'alternativa dello scioglimento per liberarsi dell'obbligo di trasferire la proprietà, come di ogni altro obbligo derivante dalla compravendita, ma può limitarsi a considerare quest'ultima come inopponibile ai creditori».

(42) «Quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l. fall.».

72 l. fall. (43). È allora evidente l'errore in cui è incorsa la Cassazione con la sentenza in esame: se essa è pienamente condivisibile nel momento in cui afferma che la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. vale a rendere inopponibile all'attore il fallimento che sia successivamente dichiarato, non lo è invece quando sostiene che detta trascrizione vale a impedire anche l'operatività dell'art. 72 l. fall. (44). Al contrario, è proprio la trascrizione della domanda che fonda il potere del curatore di sciogliersi dal contratto, perché questo potere in tanto ha ragione di essere esercitato, in quanto vi sia un contratto opponibile al fallimento per effetto della preventiva trascrizione della domanda di esecuzione dello stesso (45).

In conclusione, in forza dell'art. 45 l. fall. la domanda del promissario acquirente che sia stata tempestivamente trascritta non diviene automaticamente *improcedibile* per il sopravvenire del fallimento del promittente venditore, ma può risultare *infondata* qualora il curatore eserciti il diritto potestativo di sciogliersi dal contratto che l'art. 72 l. fall. gli attribuisce: di fronte a questo potere il promissario è in uno stato di soggezione, del quale si potrà lamentare l'ingiustizia, ma del quale non può che prendersi atto allo stato dell'attuale legislazione (di favore forse eccessivo e obsoleto per i creditori concorsuali) in materia fallimentare (46).

Note:

(43) Cfr. Cass. 21 ottobre 1961, n. 2287, in *Foro it.*, 1961, I, 2054 (nonché in *Dir. fall.*, 1961, II, 670; *Temi*, 1962, I; in *Foro pad.*, 1962, I, 11, con nota adesiva di Pianese, *ibid.*, I, 327), nella quale si afferma che l'art. 72 l. fall. non è applicabile alle vendite non opponibili al fallimento, le quali, per il fatto di essere regolate esclusivamente dall'art. 45 l. fall., sono ignorate dal fallimento; e che pertanto la dichiarazione di recesso del curatore sarebbe in tal caso non solo superflua, ma addirittura irrituale, perché «esercitata fuori dalle ipotesi previste dall'art. 72».

(44) Del resto, che l'operatività dell'art. 72 l. fall. prescindendo dalle regole sulla circolazione dei diritti, trova la conferma più semplice ed evidente nell'ultimo comma di detto articolo che, regolando gli effetti dello scioglimento del curatore da un contratto preliminare trascritto, presuppone proprio che il curatore si sia sciolto da un contratto preliminare che pure sia opponibile al fallimento per essere stati assolti i relativi oneri pubblicitari.

(45) Ancora una volta, il merito di aver impostato in questi termini il rapporto tra l'art. 45 e l'art. 72 l. fall. va ascritto ad Andrioli, voce *Fallimento*, cit., 419, il quale invoca a sostegno Cass. 21 ottobre 1961, n. 2287, cit., (criticata invece da Ruisi, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 516), secondo la quale «ove la compravendita sia inefficace ai sensi dell'art. 45, l'art. 72 non viene neanche in discussione, il curatore ha diritto di ignorare l'esistenza della compravendita, e non ha alcun obbligo di eseguire il contratto, onde non ha senso parlare di scelta fra esecuzione e scioglimento del contratto».

La tesi di Andrioli è riportata e sostenuta da Colesanti, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, cit.; 252-253.

(46) Né, ai fini di una maggiore tutela del promissario trascrivente, può essere recuperata la pur brillante ricostruzione di Colesanti, *op. cit.*, 264-265, in base alla quale chi agisca per ottenere una sentenza ex art. 2932 c.c. può porsi al riparo dal potere di scioglimento del curatore eseguendo (sempre che sia esigibile) la sua prestazione, o quantomeno effettuando il deposito a norma dell'art. 1210 c.c.: infatti - prosegue l'Autore - l'art. 72 l. fall. per operare presuppone che il contratto non sia stato eseguito da entrambe le parti; requisiti che mancherebbero a quel rapporto di cui una delle parti avesse già eseguito la prestazione su di essa gravante, o avesse comunque fatto tutto quanto necessario per provocare l'estinzione della propria obbligazione. A questo argomento può obiettarsi che, «in caso di fallimento del venditore, al contrario di quanto prevede l'art. 72, comma 1 per l'ipotesi di fallimento del compratore, il momento rilevante per l'applicazione della disciplina stabilita dall'art. 72, comma 4 non è dato dalla inesecuzione o non completa esecuzione del contratto da parte di entrambi i contraenti, ma soltanto dal trasferimento della cosa venduta in proprietà del compratore. (...) Poiché ciò che determina il mutamento di disciplina è l'anteriorità al fallimento del prodursi degli effetti reali del contratto, il fatto che il prezzo sia stato pagato dal compratore integralmente ovvero in parte non assume alcuna rilevanza» (Maffei Alberti, *op. cit.*, 621, ma lo stesso rilievo - ed è quello che più conta - è presente anche nella motivazione delle Sezioni Unite in commento).