



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

Scuola di  
Giurisprudenza

Corso di Laurea

Magistrale in Giurisprudenza

# **La domanda di esecuzione specificata del contratto preliminare e lo scioglimento del rapporto in caso di fallimento**

**Relatore**

Ilaria Pagni

**Candidato**

Davide Di Iorio

Anno Accademico 2013/2014



## INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i> .....	1
---------------------------	---

### CAPITOLO I

#### UNA DOMANDA GIUDIZIALE E DUE ESECUZIONI FORZATE

1. L'articolo 2652 n. 2 cod. civ. e la retroattività della sentenza .....	5
2. Gli atti che limitano la disponibilità dei beni. ....	9
3. Due riflessioni sull'equipollenza tra pignoramento e dichiarazione di fallimento.....	12
4. L'articolo 45 della legge fallimentare: alcune superate disarmonie, la tesi oggi dominante. ....	18
5. Gli articoli 45 e 43, tra situazione dinamica e fattispecie statica. ....	21
6. Sintesi.....	22

### CAPITOLO II

#### L'ART. 2932: DIALOGO TRA FUNZIONE E STRUTTURA

Una premessa. ....	25
1. I caratteri della tutela costitutiva. ....	26
2. Contratto preliminare ed autonomia negoziale. ....	31
3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.....	36
3.1. La genesi. ....	36
3.2. L'articolo 2932 nel diritto vigente. ....	38
3.3. La natura del rimedio: teoria generale e tutela in forma specifica. ....	44
3.3.1. <i>Segue</i> : I caratteri esecutivi del rimedio ed i limiti del suo ripensamento. ....	44
3.3.2. <i>Segue</i> : La posizione soggettiva fatta valere nel confronto tra tecniche di tutela. ....	48
3.3.3. <i>Segue</i> : L'incoerenza del postulato conflitto tra esecuzioni. ....	51
4. Il momento di produzione degli effetti costitutivi. ....	56

CAPITOLO III  
LA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

1. Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti.....	71
1.1. La disciplina.....	72
1.2. I rapporti giuridici pendenti.....	78
1.2.1. Le origini storiche.....	78
1.2.2. L'intangibilità delle pretese reali.....	85
1.2.3. La tesi dell'assorbimento.....	90
1.3. Il contratto preliminare nel fallimento.....	97
1.3.1. La posizione del promissario acquirente.....	100
1.3.2. <i>Segue</i> : La trascrizione <i>ex art. 2645-bis</i> cod. civ. ....	104
1.3.3. <i>Segue</i> : L'art. 2652 n. 2 e la cessazione della materia del contendere.....	108
2. La domanda di tutela nella giurisprudenza.....	112
2.1. L'improcedibilità.....	112
2.1.1. La peculiare vicenda decisa nella pronuncia n. 1/1975.....	116
2.2. L'infondatezza.....	118
2.3. L'accoglimento.....	130
2.3.1. Le reazioni.....	134
2.3.2. Alcune risposte.....	141
1. Premessa: la posizione del curatore.....	141
2. La sistemazione del Guglielmucci.....	143
3. La tesi di Colesanti.....	145
4. L'ultimo paradigma dell'assorbimento.....	151
5. Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 febbraio 2014.....	154
3. Osservazioni conclusive.....	157
<i>Bibliografia</i> .....	167

## INTRODUZIONE

1. Nella pratica di tutti i giorni l'acquisto di un immobile avviene solitamente passando per la firma di un contratto «preliminare», accordo col quale le parti si obbligano alla stipulazione di un successivo negozio: il primo si distingue dal secondo perché vincola soltanto ad emanare un'ulteriore dichiarazione di volontà, a prestare cioè quel consenso futuro che sarà contenuto nella vendita «definitiva».

Promettere un bene non equivale a venderlo. Scindere in due fasi l'operazione economica, la scelta cioè di impegnarsi prima col preliminare e poi nel definitivo, ha sicuramente una serie di funzioni; ma spesso l'effetto più evidente è l'immediato versamento di acconti da parte del promissario acquirente, laddove il promittente venditore conserva fino all'ultimo la proprietà.

Accade così che, ricevuta gran parte del prezzo, chi ha promesso il bene non si voglia più separare da esso. Da secoli i problemi di principio coinvolti sono stati presi molto sul serio: i patti devono essere rispettati, ma quale legislatore costringerebbe i cittadini a «volere» qualcosa che si sono rifiutati di fare? Anche se, bisogna ammetterlo, sembra di scorgere un piccolo imbroglio – quale inquadramento deontico potrebbe essere mai dato al supposto «potere di adempiere ad un dovere»?

Di fronte ai quesiti che continuavano ad accumularsi, in Italia sono state date risposte piuttosto nette: sì, il contratto preliminare è vincolante come qualsiasi altro negozio; e sì, la tutela degli interessi della parte non inadempiente giustifica la predisposizione di un rimedio estremamente penetrante. Nel nostro caso il promissario acquirente può così presentarsi dal giudice per ottenere direttamente il trasferimento del bene: l'immobile promesso diverrà suo senza bisogno di alcuna collaborazione del venditore, il quale sarà in mera soggezione al mutamento giuridico disposto con sentenza (c.d. costitutiva).

In sintesi, quando una parte si rifiuta di firmare il contratto definitivo, l'altra ha il potere (unilaterale) di chiedere al giudice di produrre effetti analoghi al negozio che non ci sarà mai. È questo l'obiettivo del giudizio ai sensi dell'art. 2932, disposizione la cui semplice presenza nel codice civile muta e rafforza l'insieme dei vincoli scaturiti dal preliminare; uno strumento che tuttavia presenta varie complessità, proprio perché invece di limitarsi ad accertare qualcosa che c'è

già (il diritto al trasferimento del bene) si spinge a creare qualcosa di nuovo (il mutamento giuridico della titolarità).

2. È qui che si apre, in generale, l'area di confine tra diritto sostanziale e processo in cui si muoverà questo lavoro. Poiché la pronuncia costitutiva cambia la realtà, come regola generale i suoi effetti non potranno essere spostati indietro nel tempo; in pratica il promittente venditore rimarrà proprietario durante i lunghi anni necessari per arrivare alla sentenza, col risultato di far correre tutta una serie di *rischi* a chi inizia il processo. Anzitutto, *quid iuris* se nel frattempo l'immobile viene venduto ad altri? Ma soprattutto, cosa succede se i creditori del venditore cercano di aggredire i suoi beni nell'ambito di una esecuzione forzata (singolare o concorsuale)?

Invero non serve conoscere l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali, in specie quella *sub* art. 2652 n. 2, per sapere che una risposta al primo quesito deve esserci per forza; da millenni qualunque sistema civile trova un modo per fare i conti con chi tenti di cedere il bene controverso nelle more del processo. In sostanza colui che avanza la pretesa ai sensi dell'art. 2932 è trattato «meglio» dei terzi aventi causa dal convenuto, almeno secondo un dato criterio di prevalenza – nel nostro caso vince chi trascrive per primo il suo diritto sull'immobile.

Da qui si è ritenuto di estendere la stessa soluzione al conflitto tra il medesimo attore (promissario acquirente che trascrive *ex* art. 2652 n. 2) ed i creditori del convenuto: chi fa valere la sua pretesa sul bene pubblicandola per primo prevale, in altre parole la tempestiva trascrizione dell'atto di citazione esclude l'alea di sorprese per l'attore che ha ragione (impedendo che il pignoramento sopravvenuto incida sulla procedibilità del processo).

Tale sarà il punto di partenza: la trascrizione della domanda giudiziale è lo strumento per risolvere la collisione tra il processo *ex* art. 2932 e l'esecuzione forzata *in sé*; ma non è detto che sia anche la panacea per qualsiasi pregiudizio possa derivare al promissario acquirente durante il tempo necessario per ottenere la sentenza. In particolare il fallimento, cioè la procedura esecutiva concorsuale, presenta una disciplina affatto differente da quella dell'esecuzione singolare: quindi è tutto da dimostrare il «parallelismo» tra le due con riferimento all'ipotesi che ci interessa, soprattutto quando si tratta di convincere il curatore fallimentare a rinunciare *anche* alla «amministrazione» del bene controverso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il fallimento, come vedremo fra il primo ed il terzo capitolo, non è una mera «sommatoria di esecuzioni singolari»: in prima approssimazione si può rilevare che nel pignoramento le norme agli artt. 2913-2918 dispongono la semplice efficacia od inefficacia di determinati atti (introduttivi di limiti all'identità giuridico-economica del bene esecutato) nei confronti dei creditori, laddove il processo fallimentare è dominato dalla «fisiologica spinta accentrativa verso la gestione liquidatoria del curatore».

3. Possiamo così indicare, nello specifico, quale sarà l'oggetto della presente indagine. Sappiamo come fare quando il promittente venditore non vuole più trasferire l'immobile; ma cosa succede se poi lui fallisce nelle more del processo di esecuzione specifica del preliminare (tempestivamente prenotato *ex art. 2652 n. 2*)?

Lo studio del problema sarà condotto lungo tre capitoli. Come accennato il primo servirà ad esporre per sommi capi il rapporto fra trascrizione della domanda giudiziale ai sensi dell'*art. 2652 n. 2*, esecuzione forzata singolare e fallimento: l'indagine storica del dibattito ha lo scopo di mostrare come si arrivi alla ricostruzione attuale del fenomeno in esame; e l'analisi delle norme vigenti verificherà quale sia l'effettiva attuazione dei principi tra loro configgenti che sono stati alternativamente invocati come assoluti da taluni interpreti (la *fictio iuris* del processo «istantaneo», l'indisponibilità del patrimonio del fallito senza alcuna eccezione, ed altri).

Nel secondo capitolo toccheremo i caratteri della tutela costitutiva in genere e, passando per la descrizione della crisi di cooperazione che sorge tra le parti del preliminare inadempito, sarà data attenzione a quella ricostruzione del rimedio *ex art. 2932* che ne mette in luce (piuttosto) gli aspetti «esecutivi»; scongiurato un vero e proprio conflitto tra esecuzioni, torneremo a percorrere il *leitmotiv* dei «limiti fattuali» dell'effettività della tutela giurisdizionale sotto il profilo della disciplina degli effetti della sentenza costitutiva.

Nel terzo capitolo entreremo infine nel vivo dei problemi del promissario acquirente (sorpreso durante il processo dal fallimento del convenuto): ivi risulterà centrale il regime disposto dagli articoli 72 e seguenti della legge fallimentare, che attribuisce al curatore un certo potere di scioglimento il cui ambito d'esercizio è solo apparentemente chiaro.

4. È logico che riconoscere al convenuto un potere più o meno ampio, in virtù del fallimento sopravvenuto, di nullificare svariati anni di attività processuali, equivalga a porre in capo all'attore un rischio direttamente proporzionale di pregiudizi derivanti dalla durata del giudizio; il che non può certamente essere escluso né imposto soltanto in base a generali «direttive» seguite dal nostro ordinamento. Fermo il rapporto (ormai pacifico) tra processo costitutivo ed esecuzioni, affronteremo dunque l'insegnamento tradizionale che in casi analoghi applica – sempre e comunque – la «regola d'impatto dell'insolvenza sul funzionamento del contratto» (*artt. 72 ss*). In realtà la dimostrazione che ne vien data si regge su un assunto che è posto come premessa, e invece dovrebbe essere oggetto della dimostrazione medesima: per applicare la disciplina richiamata è infatti necessario un rapporto ancora in corso di esecuzione da entrambe le parti

(c.d. pendente); ritenere che tale requisito sussista *a priori* in presenza di un contratto preliminare, senza verificare in concreto se entrambi i contraenti abbiano ancora prestazioni cui adempiere o poteri da esercitare, significa dare per provata l'irrelevanza dell'eventuale processo *ex art. 2932* tempestivamente prenotato contro la massa.

Se davvero la chiave di volta del regime ai sensi dell'art. 72 stesse nella verifica della sussistenza in concreto di obblighi ancora bilateralmente ineseguiti al momento dell'apertura del concorso, allora si aprirebbero due possibilità: in caso affermativo, il rapporto entrerebbe in una situazione di stallo con la facoltà di scelta – in capo all'amministrazione fallimentare – di dare esecuzione oppure di liberarsi dagli impegni residui; in caso contrario si dovrebbe finalmente riconoscere, nello scontro di interessi coinvolti, prevalenza all'attore che ha ragione.

## CAPITOLO I

## UNA DOMANDA GIUDIZIALE E DUE ESECUZIONI FORZATE

1. *L'articolo 2652 n. 2 cod. civ. e la retroattività della sentenza.*

«Postoché l'art. 2932 cod. civ. consente a chi abbia stipulato un contratto preliminare, di ottenere la sentenza la quale tenga luogo del contratto definitivo, che la mancata prestazione del consenso dell'altro contraente impedisce di stipulare, l'articolo 2652 n. 2, attuando la tendenza [per cui la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione] fa sì che nel conflitto tra l'attore e altro avente causa del convenuto il primo sia preferito al secondo non già se abbia trascritto la sentenza di accoglimento prima della trascrizione del titolo del secondo, ma se prima di queste abbia fatto trascrivere la propria domanda giudiziale... rilevante per l'attore, la cui domanda è stata accolta, è la trascrizione di questa e non della sentenza di accoglimento»<sup>1</sup>.

L'istituto è quello della trascrizione delle domande giudiziali (artt. 2562 e 2653), articolato in due disposizioni divise in numeri che nella prima parte indicano la domanda da trascrivere e nella seconda gli effetti conseguenti alla trascrizione della domanda stessa, in particolare con riguardo alla salvezza o pregiudizio dei diritti dei terzi aventi causa del convenuto. Tale disciplina mira infatti a risolvere un conflitto – sostanziale e a volte processuale – tra attore e terzo avente causa del convenuto, indicando come soluzione generalmente la regola della priorità della pubblicità dell'atto introduttivo del processo. Un principio comune a tutte queste ipotesi è espresso dall'articolo 2668, che dispone la cancellazione della trascrizione di queste domande qualora siano rigettate con sentenza passata in giudicato o il processo si estingua per rinuncia o inattività

---

<sup>1</sup> ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1961, I, p. 219. Questo vale anche per l'ipotesi che il conflitto sorga fra il mandante e i creditori del mandatario, i quali abbiano iniziato l'espropriazione sull'immobile acquistato dal mandatario che ha agito in nome proprio, in pendenza del giudizio per il rtrasferimento del bene: siccome infatti l'art. 1706 c.c. richiama «le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre», e quindi la domanda esperita dal mandante è quella *ex art.* 2652 n. 2, l'art. 1707 risolve il conflitto secondo il criterio dell'antiorità del pignoramento o della trascrizione della domanda giudiziale.

delle parti; questo implica che non sono considerate le domande in quanto tali (per il semplice fatto di essere state proposte), bensì alla loro trascrizione sono ricollegati effetti che ne ipotizzano la fondatezza nel merito<sup>2</sup>. È corretto riferirsi al valore di «prenotazione» come connotato di questo meccanismo pubblicitario; in altre parole, la trascrizione della domanda è provvisoria perché condizionata ad una principale – quella della sentenza di accoglimento *ex art. 2643 n. 14* od altre ipotesi – i cui effetti sono collegati al momento in cui è stata resa pubblica la domanda. Diverso discorso abbraccia gli effetti della domanda in quanto tale, oggi comunemente distinti in sostanziali e processuali<sup>3</sup>.

La «tendenza» cui fa riferimento il passo riportato è stata tracciata, nei suoi aspetti fondamentali, nel saggio di Chiovenda *Sulla perpetuatio iurisdictionis*<sup>4</sup>: esiste «una serie di norme che riguardano il vincitore *attore*: e che tutte si riconducono a questa idea fondamentale, che la *durata* del processo, il *tempo* necessario per la definizione della lite, non deve andare a danno del diritto dell'*attore*; la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse *nel momento stesso* della domanda giudiziaria». Nel nostro codice civile, oggi, quest'anima si riscontra nella soprattutto (ma non solo) nella disciplina della trascrizione delle domande giudiziali, per il fatto che la sua applicazione sia ricollegata alla sequenza complessa composta sì dalla domanda ma che si integra e perfeziona solo con l'eventuale successiva sentenza che accerti l'esistenza del diritto fatto valere dal proponente – sono effetti che funzionalmente si collegano al perfezionamento dell'intera vicenda processuale<sup>5</sup>. «Chiaro allora che la domanda non produce in sé alcun effetto, ma gli effetti della sentenza che *naturaliter* seguirebbero al divenire essa stessa definitiva retroagiscono alla data di inizio del processo»<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> V. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 227 ss.

<sup>3</sup> Esempi tipici di effetti sostanziali sono la restituzione da parte del possessore in buona fede dei frutti percepiti dopo la domanda giudiziale (artt. 1148, 55, 535 c.c.), gli interessi scaduti che producono interessi dal giorno della domanda (1283 c.c.), la disciplina della perdita del possesso del bene da parte del convenuto in rivendicazione (948 c.c.), l'interruzione della prescrizione, etc.; per indicazioni storico-bibliografiche v. PROTO PISANI, *La trascrizione* cit., p. 237-238, nt. 51. Esempi tipici di effetti processuali della domanda sono invece la *perpetuatio fori et iurisdictionis* (art. 5 c.p.c.), la litispendenza (39 c.p.c.), la successione a titolo particolare nel diritto controverso (111 c.p.c.), il divieto di modifica della domanda (183 ss. c.p.c.) etc.

Proto Pisani ricorda anche il tentativo operato dal Chiovenda di *reductio ad unum* delle norme relative agli effetti processuali e sostanziali della proposizione della domanda: ma, replica, «se [questo] forse era possibile partendo dalla nozione di azione in senso sostanziale e cioè dall'azione intesa come aspirazione ad un provvedimento di merito favorevole all'*attore*, non ci sembra lo sia più quando si intenda l'azione come mera aspirazione ad un provvedimento di merito quale che sia, ricollegando perciò i poteri doveri e facoltà processuali ad una situazione sostanziale meramente affermata, non già effettivamente esistente».

<sup>4</sup> Riportato in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, I, p. 271 ss.

<sup>5</sup> Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2012, II, p. 117 ss.

<sup>6</sup> ANDRIOLI, op. cit., p. 216.

È opportuno meditare sui rapporti fra il menzionato principio e questa particolare retroattività: l'applicazione generalizzata del primo e (quindi) della seconda rischia di aprire ad un automatismo non estraneo neanche all'incedere di alcune sentenze contemporanee<sup>7</sup>. Al Chiovenda – spiegava già Proto Pisani<sup>8</sup> – è da riconoscere l'indubbio merito di aver individuato, nella tutela dell'esigenza di evitare che la durata del processo vada a danno di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio, un principio generale del nostro ordinamento; ma è inesatto ritenere tale tutela coincidente con la retroattività (o la retrodatazione) degli effetti della sentenza al momento della proposizione della domanda, poiché quest'ultimo è soltanto uno dei mezzi tecnici attraverso cui l'esigenza si realizza. Non sfugge la delicatezza del passaggio, che approfondiremo a breve: il principio chiovendiano è ancora oggi valido, ma sono sempre e soltanto specifiche norme positive ad indicare i limiti entro i quali questo venga realizzato; ed i corollari delle passate reazioni antidogmatiche, come quella del Satta<sup>9</sup>, proiettano oggi quell'alone di verità che giustifica la predisposizione di rimedi giurisdizionali poco effettivi<sup>10</sup>. In questa sede si dà per accolto che, l'essere una determinata norma espressione della più generale tendenza secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, non comporti necessariamente che quella norma sia espressione anche del principio della retroattività della sentenza al momento della domanda: in generale ogni atto è produttivo di effetti solo dal giorno in cui è stato posto in essere, mentre le norme espressione della retroattività sono sporadiche ed insufficienti a fondare un principio generale (senza contare che spesso possono essere ricostruite diversamente)<sup>11</sup>. Ulteriore complessità è data dal fatto che ivi s'intrecciano due problemi logicamente distinti: da una parte esiste un dibattito che attiene al momento di operatività degli effetti della pronuncia come *atto*; dall'altra ci si interroga sull'efficacia retroattiva o no del *contenuto* della sentenza costitutiva, l'unica tipologia di pronuncia che dispone un mutamento – e non un accertamento – della realtà giuridica<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla sentenza Cass. Sez. Un. 7 luglio 2004, n. 12505, in *Foro it.* 2004, I, 3038: v. *infra*, nel terzo capitolo, § 2.3.

<sup>8</sup> PROTO PISANI, *La trascrizione cit.*, p. 237 ss., 254 ss.

<sup>9</sup> SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1965, III, p. 48, contestava la stessa esistenza nel nostro ordinamento positivo del principio generale secondo il quale la durata del processo non deve andare a detrimento di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio per chiedere ragione, attribuendo carattere sostanziale a fenomeni come la restituzione dei frutti dal momento della domanda e (persino) l'alienazione della cosa litigiosa.

<sup>10</sup> Vale a dire astrattamente compatibili col pregiudizio dell'attore che ha ragione. Quanto al diritto vivente formatosi sull'articolo 2932, e su come la giurisprudenza abbia finito per porre in capo a chi agisce i rischi derivanti dalla durata fisiologica del processo, v. *infra*, nel secondo capitolo, §§ 3 e 4.

<sup>11</sup> Così ZANARONE, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970, p. 188 ss., cui si rinvia per la panoramica tracciata; esempi di simili disposizioni possono essere gli stessi artt. 2914-2915, su cui v. il prossimo paragrafo.

<sup>12</sup> In altre parole: una sentenza di mero accertamento ha un'autorità che si esaurisce

Basti per adesso focalizzare un'unica questione, e cioè se il meccanismo pubblicitario che trova il suo primo momento nell'art. 2652 n. 2 comporti o meno la retrodatazione del mutamento giuridico prodotto dalla sentenza costitutiva. Ad un primo sguardo, il complesso di norme sulla trascrizione delle domande giudiziali potrebbe infatti essere visto come previsione della retroattività della sentenza passata in giudicato al momento della pubblicazione della domanda; tuttavia questo è stato negato da quelle ricostruzioni<sup>13</sup> che sono da tempo arrivate a descrivere la concreta operatività del meccanismo, forse più vicino all'idea di assicurare immediatamente in via provvisoria gli effetti della pronuncia di merito<sup>14</sup>. Salvo infatti il terreno comune indicato prima (l'art. 2668 e la priorità della pubblicità della domanda come regola di conflitto) in concreto le varie ipotesi numerate agli articoli 2652-3 risolvono conflitti di diversa natura tramite autonomi mezzi tecnici. Alcune di queste fattispecie (2653 nn. 1, 2 ed altre) rientrano nell'ambito della normativa della successione a titolo particolare nel diritto controverso, quindi la trascrizione delle domande giudiziali ha la funzione di disporre una deroga alla normale applicazione dell'art. 111 c.p.c. e si spiega tramite la legittimazione straordinaria attribuita all'alienante unita all'efficacia della sentenza estesa nei confronti del successore<sup>15</sup>. Altre fattispecie (tra cui quelle *ex art.* 2652 nn. 1, 2, 3, 4, 5 ed altre) risolvono un conflitto di natura sostanziale ponendosi in contrapposizione con varie norme di diritto comune tramite l'estensione o la limitazione dell'efficacia della sentenza nei confronti dei terzi aventi causa del convenuto; vale a dire che, laddove varie norme del codice civile dispongono in via generale l'inopponibilità nei confronti del terzo avente causa della sentenza relativa alla esistenza o modo d'essere del diritto del suo dante causa – rispettivamente l'art. 1458 comma 2<sup>16</sup>, 2932-2644, 2657-2644, etc. – queste vengono derogate dagli effetti del meccanismo pubblicitario.

In definitiva l'istituto esaminato non ha niente a che vedere con la c.d. retroattività reale della sentenza: la funzione della trascrizione delle domande

---

nell'eliminazione dell'incertezza (dal momento in cui il provvedimento diviene immutabile) circa fatti costitutivi che continueranno a produrre effetti dal tempo in cui sono stati posti in essere; mentre una sentenza costitutiva (come quella *ex art.* 2932) si pone essa stessa come fatto costitutivo della fattispecie (dal momento in cui il provvedimento diviene immutabile). Sulla questione torneremo nel secondo capitolo, § 1.

<sup>13</sup> Cfr: DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, p. 26 ss.; PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968; ZANARONE, *op. cit.*, p. 159 ss.

<sup>14</sup> Del resto già CALAMANDREI, in *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 128, parlava di «scopo indirettamente cautelare» dell'istituto.

<sup>15</sup> Così PROTO PISANI, *loc. ult. cit.* Più in generale, sulla non riconducibilità del meccanismo *ex art.* 111 c.p.c. alla retroattività del giudicato, v. anche PICARDI, *loc. ult. cit.*

<sup>16</sup> Ad esempio: la trascrizione della domanda di *resolutio*, art 2652 n. 1, comporta che la sentenza di accoglimento pregiudichi i diritti acquistati da terzi in base ad atti successivamente trascritti; deroga importante al 1458 comma 2, che disciplina gli effetti della risoluzione salvi generalmente i diritti acquistati dai terzi.

giudiziali consiste o nel derogare all'art 111 c.p.c. o nel derogare a norme di diritto comune che dispongono l'inopponibilità della sentenza nei confronti dei terzi aventi causa. La pronuncia costitutiva cambia la realtà giuridica, e questo mutamento non può essere spostato indietro nel tempo in virtù della pubblicazione dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 2652 n.2.

## 2. *Gli atti che limitano la disponibilità dei beni.*

Arriviamo così ad estendere la nostra analisi: proprio perché il processo non è "istantaneo", vale a dire non produce effetti innovativi della realtà fin dal momento in cui è stato iniziato, si pone il problema di coordinare la pretesa in corso di attuazione con eventuali esecuzioni forzate sopravvenute. Cominciamo dunque a studiare la collisione tra processi costitutivo ed esecutivo aventi ad oggetto il medesimo bene (immobile) affiancando le considerazioni svolte nel paragrafo precedente al tema degli effetti del pignoramento.

Si ricorda preliminarmente che, ai sensi dell'art. 2913 cod. civ., «dalla data della trascrizione del pignoramento non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento»: l'atto introduttivo dell'espropriazione forzata singolare ha la funzione di assicurare la destinazione dei beni del debitore ai fini del processo esecutivo assoggettandoli ad un vincolo, ed il conflitto tra l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale e quello dell'avente causa del debitore alla conservazione dei diritti acquistati è risolto secondo il criterio temporale; tra l'atto di trasferimento e il pignoramento prevale quello compiuto anteriormente. L'antiorità dell'atto di disposizione però non è sempre sufficiente a salvare dall'espropriazione il diritto acquistato dal terzo; infatti l'art. 2914 pone sullo stesso piano i creditori (pignorante ed intervenienti) e l'avente causa del debitore, disponendo, con riferimento alle alienazioni di beni immobili e mobili registrati, la prevalenza dell'atto trascritto per primo<sup>17</sup>. È lo stesso tipo di regola di conflitto configurata dall'art. 2644, seppur tra più acquirenti da un medesimo dante causa; l'interesse tenuto al massimo conto dal legislatore è quello di evitare ai creditori ogni possibile sorpresa possa sopravvenire nel tempo occorrente per il processo di espropriazione<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Parafrasando MICCOLIS, *Giudizi sull'appartenenza e pignoramento: contributo allo studio delle vicende della res litigiosa e pignorata*, Bari, 1995, p 336 ss.

<sup>18</sup> Così COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, ha risposto a Satta, che in generale criticava la troppo accentuata tutela riservata al creditore a scapito dell'attore, le cui aspettative sono sacrificate non solo davanti a quelle del terzo acquirente ma anche rispetto a chi abbia pignorato prima; sacrificio particolarmente evidente se si tratta di una domanda di *resolutio* (l'art. 2652 n. 1 abbraccia le ipotesi di risoluzione, la rescissione, etc.) o di accertamento della simulazione. La parificazione del pignorante al terzo acquirente è, dopotutto, l'estremo limite della tutela cui il primo possa aspirare, salvo altrimenti concepire il pignoramento

L'articolo 2915 ripropone, salvo la diversa qualità degli atti previsti, il medesimo meccanismo dell'art. 2914: completa l'art. 2913 considerando altresì inopponibili ai creditori quei vincoli che, pur essendo stati costituiti prima del pignoramento, risultino trascritti dopo o non abbiano data certa<sup>19</sup>. Una regola che non può essere spiegata per il tramite della retrodatazione degli effetti della sentenza al momento del giudicato; piuttosto, viene così realizzata una sorta di astrazione della cosa pignorata dalla situazione sostanziale in cui si trova al momento del pignoramento, sia pure all'alto costo di sacrificare i terzi acquirenti<sup>20</sup>. In questa sede, comunque, il richiamo al primo comma dell'art. 2915, atti che importano vincoli di indisponibilità, ed al secondo comma, nella parte in cui si riferisce agli "atti" soggetti a trascrizione *ex art. 2643*, risulta indirettamente rilevante soltanto per sottolineare l'affinità della disciplina con la materia fallimentare (su cui v. il prossimo paragrafo).

In un certo senso l'art. 2915, secondo comma, nell'intento di foggare una disciplina unitaria per i vari "atti" e "domande", è formulato impropriamente<sup>21</sup>: come rilevato discutendo delle domande giudiziali, ha senso parlare di efficacia non tanto rispetto a queste ultime quanto con riferimento a quella – diretta o riflessa – della sentenza di accoglimento. Ad ogni modo, nei giudizi introdotti con domanda soggetta a trascrizione, l'art. 2915 al secondo comma dispone l'equiparazione del creditore pignorante (e intervenuti) al terzo avente causa del convenuto (debitore) rispetto alle regole di conflitto con l'attore che ha ragione<sup>22</sup>. Più specificamente, nei rapporti tra pignoramento immobiliare e trascrizione della

---

a guisa di un modo di acquisto di diritti (cfr. COLESANTI, *op. cit.*, p. 81 ss). È meglio anticipare subito che, descritta con chiarezza la tutela apprestata dal legislatore al creditore, l'illustre Autore procede a ricavare con pari forza il campo in cui sia l'attore che ha ragione ad essere protetto dal sistema pubblicitario; l'effetto di prenotazione *esclude l'alea di sorprese* per l'attore che ha tempestivamente trascritto la sua pretesa, dunque né il pignoramento né l'inizio dell'espropriazione concorsuale incideranno di per sé sulla procedibilità del processo. Anche Verde fa riferimento agli «strumenti per attuare in concreto la prevalenza dell'attore vittorioso anche in pregiudizio all'espropriazione in corso».

<sup>19</sup> Così BONSIGNORI, *Gli effetti del pignoramento*, in *Codice civile commentato* diretto da Schlesinger, *sub art. 2915*. *Idem* SATTÀ, *Commentario cit.*, III, p. 141 ss.

<sup>20</sup> VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, p. 189, 194 ss. e 209, afferma che la soluzione accolta dagli artt. 2914 e 2915 non possa essere spiegata sulla base del principio menzionato perché, se la sua applicazione può forse giustificare la posizione del debitore ed il regime giuridico degli atti da lui compiuti in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti, non basta a rendere ragione del sacrificio di talune situazioni di terzi che traggono origine da fatti anteriori al pignoramento. Questo può essere giustificato solo riconoscendo al pignoramento l'efficacia «di isolare i beni dalla situazione sostanziale in cui versavano, garantendo al creditore pignorante e ai creditori intervenuti utilità ulteriori che prescindono da eventuali comportamenti dell'esecutato [o di terzi]».

<sup>21</sup> Così COLESANTI, *op. cit.*, p. 65.

<sup>22</sup> La dottrina è da tempo pacifica sul punto: MICHELI, *Esecuzione forzata*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1964, *sub art. 2914 n. 1*; SATTÀ, *Commentario cit.*, p. 144; VERDE, *Il pignoramento cit.*, p. 219 ss; v. anche PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 361 nt. 246, per ulteriori riferimenti.

domanda giudiziale proposta contro il debitore avente ad oggetto i medesimi immobili sottoposti a pignoramento, la normativa contiene un implicito rinvio al sistema configurato dagli artt. 2652 e 2653; questo richiamo che è valido fino al punto di imporre che, ai fini dell'inopponibilità della sentenza di accoglimento al pignorante, devono ricorrere proprio tutte le circostanze cui è subordinata l'inopponibilità della sentenza medesima al terzo acquirente<sup>23</sup>. Ricordiamo però i limiti dell'analisi: le complessità generate dalla sussistenza o meno degli eventuali ulteriori requisiti (buona fede, onerosità, decorso del tempo), di volta in volta specificati dai singoli capoversi degli artt. 2652-3 ai fini della prevalenza dell'una o dell'altra parte del conflitto, non sorgono certo in ipotesi di trascrizione della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto (*sub* n. 2), che è una di quelle fattispecie in cui la soluzione del contrasto dipende dall'applicazione pura e semplice dell'art. 2915 secondo comma. Non serve cioè il coordinamento con altre norme, è decisivo soltanto che la domanda sia trascritta prima della pubblicazione del titolo dell'acquirente o del pignoramento.

Tirando le fila, per quanto qui interessa, circa gli effetti dell'esecuzione singolare sul bene oggetto di una domanda giudiziale, la dottrina<sup>24</sup> risolve il conflitto tra attore che ha ragione ed il creditore pignorante del medesimo convenuto in base ad una regola, quella dell'art. 2915 secondo comma, che presuppone la sussistenza di due condizioni. Posto infatti che il concetto di "terzo" quale previsto dalle norme sulla trascrizione viene esteso fino a ricomprendere i creditori pignorante ed intervenuti – elemento di struttura, questo, che è il più evidente nella lettera della disposizione – la collisione risulterà in concreto assente tutte le volte che venga meno uno dei due termini di conflitto stesso. Da una parte infatti, come ricavato dall'esegesi dell'art. 2668, l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali funziona ipotizzando la fondatezza nel merito della pretesa fatta valere (relativa ai medesimi diritti immobiliari); dall'altra il processo di espropriazione forzata deve necessariamente sfociare in un valido decreto di assegnazione o vendita, dato che «la finalità del pignoramento è ricollegare sul piano giuridico gli effetti della vendita forzata al tempo del pignoramento, come se il decreto di trasferimento fosse stato trascritto al momento del pignoramento stesso»<sup>25 26</sup>.

<sup>23</sup> V. per tutti COLESANTI, op. cit., p. 74 ss.; ripreso anche da BONSIGNORI, op. cit, p.100.

<sup>24</sup> Questa impostazione strutturale è limpidamente esposta da PROTO PISANI, op. cit, p. 361, con più ampi riferimenti alla dottrina «pacifica su questo punto».

<sup>25</sup> V. *infra*, la nota 42.

<sup>26</sup> Esiste tutta una serie di problemi ulteriori, strettamente attinenti al coordinamento tra 2915 comma 2 e 2652-2653, di cui qui non è necessaria trattazione estesa. Uno di questi attiene alla rilevanza o meno del requisito *ex* art. 2704, la data certa, con riferimento al titolo avente ad oggetto beni immobili della domanda tempestivamente trascritta *ex* 2652 nn. 2 o 3: quesito regolarmente risolto in senso negativo perché, quando è prescritta, il momento della trascrizione assume rilevanza decisiva, con esclusione di quella data certa disposta soltanto per avere sicurezza

Il combinato tra gli artt. 2915 comma secondo e 2652 n. 2 comporta che la rispettiva sentenza di accoglimento sia opponibile – vale a dire: espliciti efficacia riflessa – nei confronti del creditore pignorante il cui iniziale atto esecutivo sia stato intempestivamente trascritto. Come detto, il conflitto qui risolto è di natura sostanziale, mentre altre sono le categorie evocate nelle ipotesi successive; all'interno del più vasto insieme degli effetti della domanda giudiziale, questa disciplina pregiudica i diritti di tutti i “terzi” soccombenti in base al criterio della priorità temporale della pubblicazione dell'atto introduttivo del giudizio. Evidenziati dunque a più riprese, anche nei suoi rapporti con il processo esecutivo singolare, i caratteri dell'istituto *ex* artt. 2652-2653, si riconferma l'estraneità di qualsiasi eventuale richiamo alla retrodatazione degli effetti della sentenza al momento della domanda, che in ogni caso non arricchirebbe il sistema tracciato da queste disposizioni. Ne esce esaltato, invece, un valore sempre più sentito: l'ordinamento persegue l'effettività della tutela giurisdizionale, e nel farlo esibisce strumenti ben più raffinati della risalente *fiction iuris* del “processo istantaneo”<sup>27</sup>.

Tracciato il rapporto tra pubblicazione della domanda giudiziale *ex* art. 2652 n. 2 e gli effetti del pignoramento, possiamo muovere il passo successivo – studiare il meccanismo previsto, in parallelo, nell'esecuzione fallimentare.

### 3. *Due riflessioni sull'equipollenza tra pignoramento e dichiarazione di fallimento.*

Il riferimento al c.d. parallelismo tra esecuzioni, invero, permette di utilizzare la disciplina degli effetti del pignoramento per descrivere gli effetti dello spossessamento fallimentare, così da esaltare la considerazione funzionale dell'esecuzione concorsuale quale espropriazione del patrimonio diretta alla soddisfazione dei creditori; tuttavia, una volta esaurito l'approccio descrittivo, la costruzione positiva di una “equipollenza” tra pignoramento e sentenza

---

sul momento di formazione del documento (cfr. COLESANTI, *op. cit.*, p. 86 ss). Un altro problema, che sorge in caso di trascrizione della domanda anteriore al pignoramento ma posteriore ad un'ipoteca, interessa soltanto perché, nell'espone la soluzione, Colesanti mostra (a mio avviso) di escludere la retroattività della sentenza al momento della domanda: cfr. ID, *op. cit.* p. 120 ss., *spec.* p. 124-5, soprattutto quando viene negata la possibilità di esperire una «espropriazione contro il terzo futuro proprietario».

Diverso problema, che invece sarà trattato nel terzo capitolo, riguarda l'interesse a proseguire comunque il processo, iniziato con domanda tempestivamente trascritta, anche qualora il convenuto proponga la transazione; la mancata cessazione della materia del contendere dipende dal fatto che soltanto la sentenza di accoglimento permette di conservare l'effetto di prenotazione (sul tema possono essere visti fin d'ora PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 414-5, e VERDE, *op. cit.* p. 226 ss).

<sup>27</sup> Che poi è quel «vizio concettualistico di far assurgere a domma, valido indipendentemente ad anche contro il diritto positivo, il risultato di un'indagine storicamente condizionata»; parole di PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 256, nota 76, che critica quell'utilizzazione del saggio chiovendiano di cui – ancora oggi – capita di leggere in giurisprudenza e dottrina.

dichiarativa di fallimento trova tutti i limiti delle costruzioni che si illudono di dare considerazione unitaria a due discipline affatto differenti<sup>28</sup>. Dunque iniziamo a tracciare i caratteri essenziali dell'art. 45 l.fall.; ad un certo punto, semplicemente, ne emergerà anche il *proprium* normativo.

«È pacifica l'interpretazione dell'art. 45 della legge fallimentare intesa a cogliervi il parallelo degli artt. 2914 e 2915 cod. civ. e porre, pur salva la differenza strutturale, la sentenza dichiarativa di fallimento sullo stesso piano del pignoramento: come sono inopponibili, sebbene anteriori al pignoramento, al creditore pignorante e ai creditori intervenuti nell'espropriazione le alienazioni, rispetto alle quali gli atti (non sempre di pubblicità vera e propria) menzionati nei singoli numeri dell'art. 2914 sono posteriori al pignoramento, così non sono opponibili ai creditori del fallito le alienazioni, rispetto alle quali gli atti rispettivamente menzionati ai singoli numeri dell'art. 2914 sono compiuti successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, sebbene dette alienazioni le siano anteriori»<sup>29</sup>. Il punto di partenza dello studio sull'articolo relativo alle «formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento»<sup>30</sup> è dopotutto un'affermazione comune, dato che esaltando il parallelismo tra questa norma e la disciplina degli effetti del pignoramento si viene a sottolineare una *ratio* non dissimile: «l'art. 45 deve intendersi suggerito dall'esigenza di consentire, nelle liquidazioni concorsuali, una attuazione della responsabilità di portata non inferiore a quella che è attuata in modo specifico dall'esecuzione forzata individuale che la procedura concorsuale assorbe e perciò impedisce»<sup>31</sup>.

Apprendo una parentesi sull'area dominata dal primo comma dell'articolo 2915, va sicuramente detto che essa viene coperta in materia fallimentare non solo l'art. 45, ma anche l'art. 44 (quasi in omologia funzionale rispetto al 2913): i vincoli di indisponibilità successivi alla dichiarazione di fallimento sono inefficaci nei confronti dei creditori, mentre quelli anteriori sono loro opponibili solo se tempestivamente trascritti. In questo quadro il compimento di forme di pubblicità costitutiva, come ad esempio l'iscrizione ipotecaria, si inserisce più tra gli “atti di disposizione” tali da alterare la condizione del patrimonio del fallito che tra le

---

<sup>28</sup> L'opzione di metodo che parte dalla presunta equipollenza tra esecuzioni per poi tracciarne le concrete differenze positive, e scoprire nel frattempo alcune incoerenze dottrinali, è stata sperimentata con profitto tra gli altri da ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 553 ss., e COLESANTI, op. cit., p. 141 ss.

<sup>29</sup> È l'*incipit* dello studio di ANDRIOLI, *Fallimento* cit.. Sul tema v. già MICHELI, *Esecuzione forzata* cit., sub art. 2913 e art. 2914 n. 1; SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, p. 128 ss.

<sup>30</sup> Art. 45 l.fall: «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».

<sup>31</sup> Così DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 271.

“formalità”<sup>32</sup>. Per concludere sul primo comma, esso «inquadra il conflitto tra l'indisponibilità consequenziale al pignoramento e gli altri atti che comportano vincoli di indisponibilità nello schema della priorità dell'atto di pubblicità; così statuendo puntualizza l'essenzialità del conflitto nell'effetto dell'indisponibilità, nel segno del quale il pignoramento e gli altri atti produttivi di vincoli sono ridotti *ad unum*»<sup>33</sup>.

La c.d. equipollenza tra pignoramento e sentenza dichiarativa di fallimento, tuttavia, è stata con fatica portata alle estreme conseguenze; nella dottrina e giurisprudenza, criticate dalla dottrina più attenta<sup>34</sup>, venivano introdotte distinzioni ed ostacoli proprio rispetto al chiaro dato formale dell'art. 2915 secondo comma (nonostante, si ricorda, realizzi la stessa regola del 2914), sì da rendere inefficaci contro la massa varie domande giudiziali. Vale a dire: la generica formulazione dell'art. 45 dovrebbe permettere di affermare che le domande e gli atti in genere, per la cui efficacia nei confronti dei terzi acquirenti la legge richiede la trascrizione, siano inopponibili ai creditori del fallito *in quanto* trascritti successivamente alla dichiarazione del fallimento; perché invece privare di effetto verso i creditori del fallito – ma non verso i creditori pignoranti e intervenuti – la domanda tempestivamente trascritta? L'art. 2915 si pone sullo stesso piano delle norme come l'art. 2914, di cui non si contesta l'applicabilità al fallimento: grazie al criterio della priorità – del pignoramento o della trascrizione della domanda – risolve il conflitto tra l'attore che ha ragione e i creditori del convenuto che hanno iniziato l'espropriazione in pendenza del giudizio. Il merito dello studio di Andrioli è stato dunque quello di sottolineare le intrinseche disarmonie delle tesi tradizionali, ed elencarne gli argomenti ridicibili in altrettante petizioni di principio; su queste basi il Colesanti si è spinto oltre.

La disposizione fallimentare in analisi assume infatti un proprio significato in una serie di ipotesi più complesse dell'art. 2652 n. 2, su cui pertanto in questa sede non c'è bisogno di soffermarsi. Basti dire che il riferimento temporale contenuto nell'art. 45 l.fall. (alla data della pronuncia dichiarativa di fallimento) può: o rendere inutile il passaggio dalla disciplina del pignoramento, rendendo l'art. 2915 una sorta di intercapedine tra sistema fallimentare e gli artt. 2652-3; oppure rivelare una portata innovativa, la sua funzione c.d. integratrice, tale da rendere inefficaci le ulteriori formalità eventualmente richieste dalla disciplina pubblicitaria ma non tempestivamente compiute. Poiché la trascrizione della

---

<sup>32</sup> DE MARTINI, op. cit., p. 272: «l'adempimento della formalità, per l'efficacia costitutiva di questa, si risolverebbe in una vera e propria disposizione di elementi già compresi nel patrimonio separato...».

<sup>33</sup> ANDRIOLI, *Fallimento* cit., p. 560

<sup>34</sup> Oltre agli autori citati nella nota 28, si rinvia a BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di Galgano, IX, Padova, 1986, p. 302 ss.; VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, Milano, 1989, p. 42 ss.

domanda di esecuzione specifica del preliminare immobiliare rientra nel primo gruppo, poco ci interessa se la problematica sia risolta con o senza l'art. 2915 secondo comma; il meccanismo di prenotazione, sicuramente il più semplice e generale negli eterogenei artt. 2652-2653, rimane sempre lo stesso tra esecuzione singolare e concorsuale<sup>35</sup>.

Approfondiamo adesso questa riscoperta continuità seguendo due delle strade più solcate dalla dottrina che si è misurata con la questione.

Un primo importante approccio descrittivo all'art. 45 l.fall. sembra essere quello che oggi propriamente si definisce come diacronico<sup>36</sup>. Su una risalente disposizione del codice del commercio<sup>37</sup> Bonelli, pur lamentandone la modestia in quanto limitata alle ipoteche, aveva costruito un principio generale: ogni iscrizione, trascrizione, notifica o altra formalità necessaria ai fini dell'opponibilità di atti ai terzi, deve reputarsi inoperante in pregiudizio al fallimento se non è stata compiuta in epoca anteriore alla sentenza dichiarativa. Quest'ultima «operando il *desaisissement*, ha sciolto in modo pubblico e di fronte a tutti, con la stessa efficacia con cui potrebbe farlo qualsiasi iscrizione in pubblici registri, i beni del fallito dal collegamento di proprietà col suo patrimonio, e ne ha fatto un patrimonio autonomo che ha tutte le forme di un successore particolare di quello»<sup>38</sup>. Col trasferimento dei beni a questa nuova entità riusciva facile spiegare

---

<sup>35</sup> Ribadisco i limiti dell'analisi, nella quale il *proprium* dell'art. 45, se così inteso, davvero non trova spazio. In breve, il sistema dei rapporti tra fallimento e l'insieme unitario delle regole sulla trascrizione delle domande giudiziali (artt. 45 e 2652-3) risulta estremamente complesso perché non tutte le ipotesi seguono la semplice regola dell'art. 2652 n. 2, cioè la priorità della trascrizione come unico criterio per vincere il conflitto; accade invece che talvolta siano richiesti differenti requisiti come l'onerosità dell'atto, la buona fede, o il decorso di un termine massimo, per valersi dell'effetto di prenotazione. Ed ecco allora che la dottrina più raffinata - come detto - ha ritenuto valevole *in toto* il richiamo agli artt. 2652 e 2653 contenuto nella disciplina del pignoramento (come dire: i creditori pignoranti non possono invocare soltanto l'intempestività della trascrizione dell'attore-avversario perché il problema potrebbe essere più complesso); mentre la stessa cosa non può ripetersi per il fallimento, il cui art. 45 nel richiamare direttamente gli artt. 2652-3 «ci mette del suo». Espunto il passaggio intermedio nell'equazione tra 45 l.fall, disciplina del pignoramento, e disciplina della trascrizione delle domande giudiziali, si evince che la sentenza dichiarativa di fallimento sia in sé elevata a fatto preclusivo dell'efficacia di qualsiasi formalità successiva; si pensi alle conseguenze di questa nuova regola di conflitto sulla previsione dell'art. 2652 n. 6 e seguenti. La sentenza di fallimento è causa di decadenza della facoltà di procedere a trascrizione efficace rispetto ai creditori; il che, una volta colto il *prius*, qui non rileva affatto.

<sup>36</sup> V. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Milano, 2012, p. XV.

<sup>37</sup> Art. 710 cod. comm: «Le iscrizioni ipotecarie prese in virtù di un titolo riconosciuto valido non sono comprese nelle disposizioni degli articoli precedenti, purché siano anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento»; gli articoli precedenti ricomprendono atti fraudolenti oppure successivi alla dichiarazione di fallimento.

<sup>38</sup> BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario del codice di commercio* redatto da Bensa, Bonelli e altri, VIII, 1, 428. Ed è così che avrebbe dovuto risolversi l'annoso problema della vendita immobiliare non trascritta prima del fallimento: l'unico limite del c.d. assorbimento patrimoniale ad opera dell'ente fallimento è l'ipotesi in cui il terzo avesse già acquistato in modo pubblico e perfetto il diritto reale. In un breve passaggio (op. cit., 556) il trattatista considerava anche «vincolative per il curatore le risoluzioni.. quando la relativa domanda sia stata trascritta contro il

l'inefficacia degli atti del fallito perfezionativi di rapporti giuridici di fronte a terzi; il curatore (e la massa dietro di lui) nei momenti di *apprensione ed appurazione* è a sua volta “terzo” rispetto al debitore, e la tutela dei creditori è ontologicamente la stessa di quella riservata agli aventi causa di quest'ultimo. Nel successivo progetto preliminare del nuovo codice del commercio viene inserito l'antenato<sup>39</sup> (anche se solo nello spirito: non diverrà mai legge vigente) dell'odierno art. 45: la volontà di tutelare la buona fede dei terzi ed evitare sorprese successive all'apertura del concorso ai creditori del fallito ha spinto i redattori a chiarire l'equiparazione tra creditori e terzi, pur scegliendo una formula più mortificante dal nostro punto di vista. È corretto infatti dire che, se l'art. 817 fosse divenuto legge vigente, la dottrina non si sarebbe posta il problema dell'inserzione nella materia fallimentare dell'istituto della trascrizione delle domande giudiziali, o meglio ciò «avrebbe richiesto una non comune dose d'audacia interpretativa, come quella di comprendere sotto il capace manto dei rapporti giuridici imperfetti anche il processo il cui atto introduttivo fosse da trasciversi»<sup>40</sup>. Il cenno al progetto permette anche di chiarire come il legislatore non abbia mai accolto la supererogazione strutturale - rispetto allo scopo della dichiarazione di fallimento quale atto preparatorio della liquidazione concorsuale - del Bonelli, cioè la nascita di un successore particolare del fallito al momento della sentenza di fallimento; il curatore, oggi, prevale direttamente in forza delle norme poste a tutela dei terzi aventi causa<sup>41</sup>.

Il secondo importante argomento che si può richiamare a favore dell'inserzione dell'art. 2915 secondo comma (o direttamente dell'art. 2652 n. 2 c.c.) nel quadro dell'art. 45 l.fall. è che i termini del conflitto tra l'attore e i creditori (pignorante e intervenuti, assegnatario ed aggiudicatario) del convenuto siano rappresentati non già dalla trascrizione della sentenza di accoglimento (art. 2643 n. 14) e dalla trascrizione dell'aggiudicazione o assegnazione immobiliari<sup>42</sup>,

---

debitore».

<sup>39</sup> Art. 817 del progetto preliminare, *Rapporti giuridici imperfetti*. «Se nel giorno della dichiarazione di fallimento un rapporto giuridico con fallito non era perfezionato rispetto ai terzi, le iscrizioni, le trascrizioni, e le altre formalità occorrenti effettuate nello stesso giorno o dopo la data della sentenza dichiarativa, sono senza effetto in confronto dei creditori concorsuali».

<sup>40</sup> ANDRIOLI, *Fallimento* cit., p. 557.

<sup>41</sup> «Con la dichiarazione di fallimento, i beni che si trovano nel patrimonio del fallito non vengono acquistati da nessuno, né in buona né in mala fede: essi sono e restano di proprietà del fallito e semplicemente vengono destinati all'esecuzione per il soddisfacimento dei soli creditori anteriori» (così VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1997, II, 1, p. 135). Il fallimento è una «organizzazione processuale della liquidazione esecutiva del patrimonio: come tale deve disporre, in luogo del fallito, dei rapporti giuridici che trova nel patrimonio stesso» (PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970, p. 1054).

L'impostazione, lontana dall'ente-fallimento bonelliano, modula verso un tema particolarmente arduo: l'individuazione della posizione del curatore, ora “terzo” ora “parte” rispetto al rapporto stipulato dal fallito, su cui torneremo nel terzo capitolo, § 2.3.1.

<sup>42</sup> La norma che illumina l'intera disciplina del pignoramento (MICHELI, op. cit, p 465; SATTA,

ma, rispettivamente, dalla trascrizione della domanda e del pignoramento. La «formalità» che assume rilievo decisivo nell'ambito degli artt. 2915.2 e 45 è la trascrizione della domanda e non della sentenza: che poi quest'ultima segua, accolga la pretesa e venga trascritta, è semplicemente la condizione perché si possa giungere alla soluzione in questi termini del conflitto<sup>43</sup>.

Insomma, il parallelismo tra effetti del pignoramento (art. 2915 secondo comma c.c.) ed effetti del fallimento sul fallito (artt. 42 ss. l.fall.) è valido all'interno dei contorni tratteggiati: per l'espropriazione singolare come per l'esecuzione concorsuale sembra valere «la più semplice simmetria della opponibilità alla massa dei creditori (pignoranti e intervenuti con gli effetti in favore dell'aggiudicatario) ovvero dell'insensibilità degli atti introduttivi di limiti (alla circolazione ed all'identità giuridico-economica) del bene esecutato»<sup>44</sup>. Anche se, è il caso di anticiparlo, notevoli complicazioni sorgeranno *infra*, quando esamineremo gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (artt. 72 ss.).

Le linee ora tratteggiate permettono di affrontare alcuni dei più risalenti argomenti, in un certo senso ancora oggi latenti, utilizzati per sostenere la ricostruzione opposta: l'inesistibilità alla legge fallimentare della disciplina della trascrizione delle domande giudiziali alla luce di insuperabili principi propri della procedura concorsuale.

---

*L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, p. 119) è racchiusa nell'art. 2919, che, dopo aver affermato il carattere derivativo dell'acquisto dell'aggiudicatario o dell'assegnatario dal debitore, vi apporta deroga statuendo che non sono opponibili all'aggiudicatario e all'assegnatario quegli stessi atti che sono inopponibili al creditore pignorante e agli intervenuti; come l'art. 2668 c.c. chiarisce che il sistema della trascrizione delle domande è basato sull'ipotesi del loro accoglimento, così gli effetti del pignoramento suppongono che questo sfoci in aggiudicazione o assegnazione forzate valide, talché è sufficiente che l'una o l'altra delle due ipotesi non si verifichi perché l'art. 2915 secondo comma riesca inapplicabile. Questa *consecutio* è estensibile alla materia fallimentare tramite l'art. 45, pur con la limitazione che incontra nell'art. 21 (in caso di revoca della sentenza dichiarativa sono fatti salvi gli atti legalmente compiuti dagli organi fallimentari). Così ANDRIOLI, *Fallimento* cit, p. 563, nt. 2.

<sup>43</sup> Si precisa inoltre che il riferimento sia sempre alla data della sentenza, non a quella dell'annotazione ex art. 88 l.fall (mera pubblicità notizia); evidentemente questa è una delle caratteristiche strutturali divergenti rispetto al pignoramento immobiliare, per il quale assume sempre rilievo il momento della trascrizione dell'atto (pubblicità costitutiva).

<sup>44</sup> FERRO, *La disciplina dei rapporti giuridici pendenti tra vocazione liquidatoria e capacità di gestione contrattuale degli organi concorsuali*, in *I rapporti giuridici pendenti, Atti del convegno nazionale di studi delle procedure concorsuali* (Bologna 5-6 giugno), Milano, 1998, p. 16, nt. 15.

4. *L'articolo 45 della legge fallimentare: alcune superate disarmonie, la tesi oggi dominante.*

Pochi argomenti sono stati storicamente invocati, da vari autori e giudicati, per negare l'estensibilità degli effetti assicurati dall'art. 2652 n. 2 (e non solo) alla materia fallimentare.

Il primo è nel segno della strenua difesa dell'indisponibilità del patrimonio fallimentare, la quale sarebbe lesa se fosse ritenuta ammissibile la domanda di esecuzione specifica del preliminare di vendita<sup>45</sup>: affermazione cui veniva opposto<sup>46</sup> che «è indisponibile il bene pignorato non meno della massa attiva del debitore fallito», vale a dire come questo primo argomento non spiegasse perché l'indisponibilità determinata dalla dichiarazione di fallimento fosse di per sé ritenuta più resistente di quella consequenziale al pignoramento (che pacificamente cede di fronte al meccanismo della trascrizione delle domande giudiziali). Il secondo ostacolo frapposto all'estensione delle statuizioni dell'art. 2915 alla materia fallimentare, che è in sostanza l'altra faccia della c.d. cristallizzazione del patrimonio fallimentare, era dettato dalla (concreta) lesione della *par condicio creditorum* che la tempestiva trascrizione delle domande non potrebbe giustificare<sup>47</sup>; ma anche questo, in fondo, si è rivelato un principio direttivo variamente applicato nelle singole disposizioni di legge, così da non poter essere correttamente invocato contro il dato positivamente espresso nell'art. 2652 n. 2. Insomma, per l'uno come per l'altro argomento, l'intangibilità della massa attiva subisce tanti temperamenti quanti sono quelli ammessi dall'art. 45: poiché è questa la disposizione cui bisogna fare riferimento per determinare quali beni siano ricompresi nel fallimento<sup>48</sup>, risulta viziato il ragionamento di chi

---

<sup>45</sup> Si veda un passo della Cass. 10 maggio 1958, n. 1542, in *Giur. it.* 1958, 1006 ss., con nota di SEMIANI BIGNARDI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e fallimento*: «[la questione è] se sia ammissibile la pronuncia di una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (che cioè, nella specie, tenga luogo del consenso non prestato per il trasferimento della proprietà), nel caso che, prima della pronuncia, sia intervenuta la dichiarazione di fallimento di colui che ha promesso di vendere; dal momento che l'art. 2932 prevede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto soltanto "qualora sia possibile". E la risposta non può che essere negativa... Pendente la procedura concorsuale, la dichiarazione di fallimento immobilizza la situazione patrimoniale del fallito qual era alla data in cui fu pronunciata; ed impedisce perciò che possa integrarsi una fattispecie suscettibile di produrre un mutamento della situazione stessa, e soprattutto una diminuzione della massa attiva esistente ai sensi dell'art. 42 della legge fallimentare». Sul punto torneremo *infra*, nel terzo capitolo, § 2.1.

<sup>46</sup> ANDRIOLI, *Fallimento* cit., p. 565.

<sup>47</sup> Cfr. ad esempio PROVINCIALI, *Manuale* cit., p. 171.

<sup>48</sup> Del resto, già studi come quello di ZANARONE, op. cit., p. 119-120, sottolineano le criticità del postulato dell'indisponibilità fallimentare se invocato come principio generale suscettibile di risolvere problemi come quello della procedibilità dell'azione di risoluzione in pregiudizio al fallimento: mancano norme idonee a provarne l'esistenza ed esistono disposizioni che palesemente lo contraddicono.

richiama un principio attinente la massa fallimentare per risolvere un problema di determinazione della stessa<sup>49</sup>.

Il terzo ostacolo all'accoglimento della domanda giudiziale tempestivamente trascritta contro il convenuto successivamente fallito è stato rinvenuto negli artt. 72 e seguenti, disposizioni che contengono la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. È opportuno anticipare che questo argomento, grazie al contributo di Andrioli, dagli anni Ottanta<sup>50</sup> ad oggi è stato posto alla base della dottrina dominante e delle (persistenti) pronunce negative rispetto all'accoglimento dell'azione *ex art. 2932* in pregiudizio al patrimonio fallimentare; tuttavia la prima volta che è stato autorevolmente sostenuto<sup>51</sup> si atteggiava a sospetto elemento *a fortiori* che, unito al 45 l.fall, avrebbe riconfermato l'*inefficacia* della domanda di tutela costitutiva avanzata dal promissario *in bonis*. Basti qui dire che i presupposti dei due articoli della legge fallimentare, 45 e 72, non si giustappongono, anzi: affinché il curatore possa avvalersi del potere di scioglimento sotteso alla disciplina dei rapporti pendenti deve avere davanti un atto le cui formalità siano efficaci nei confronti dei creditori, un atto cioè opponibile alla massa stessa<sup>52</sup>. In altre parole: quante volte la domanda non sia stata resa pubblica in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento del convenuto, il curatore potrà limitarsi ad opporre il difetto di formalità necessaria ai sensi dell'art. 45; se invece la domanda è stata trascritta a tempo debito, riprendono valore le regole generali degli effetti della trascrizione delle domande giudiziali, cui si affianca il potere conferito alla curatela dall'art. 72 qualora sia idoneo a rendere infondata la domanda del promissario (dato che sono gli stessi artt. 2652-3 a condizionare i propri effetti allo sfociare del giudizio nella sentenza di accoglimento).

I principi propri del procedimento fallimentare – l'intangibilità della massa attiva e la *par condicio creditorum* – non possono da soli negare la prevalenza che la tempestiva trascrizione della domanda giudiziale assicura all'attore che ha

---

<sup>49</sup> Questo è un *leitmotiv* del Colesanti (che ha avuto significativi echi anche nella dottrina citata da BONSIGNORI, loc. ult. cit). Si riporta una delle sue formulazioni: «sembra reclamare attenzione il rilievo che non ha pregio, allo scopo di risolvere problemi concernenti l'ambito della massa attiva (beni esistenti e rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento), invocare un principio che presuppone già eliminato ogni dubbio al riguardo, in quanto non può che reggere la posizione dei creditori nel fallimento e di fronte al patrimonio fallimentare» (COLESANTI, op. cit., p. 236).

<sup>50</sup> Sull'importante sentenza Cass. 1982 n. 3001, in *Giust. civ.* 1982, I, 2697, si rinvia al capitolo terzo, § 2.2.

<sup>51</sup> SATTA, *Istituzioni* cit, p. 165 e 235, richiamava il disposto dell'art. 72 l.fall ma argomentando dall'incoscienza per il curatore degli obblighi gravanti sul fallito, del resto già affermata da BONELLI, op. cit, I, n. 277. Sul punto v. il capitolo terzo, § 2.1: è fuori luogo parlare di incoscienza dell'obbligo gravante sul promittente fallito perché il problema non è quello di una sorta di «subingresso vincolato» del curatore, bensì quello dell'emanazione di un provvedimento giudiziale che produca gli effetti del contratto non concluso (art. 2932)

<sup>52</sup> Sul punto v. *infra*, terzo capitolo, § 1.

ragione, pur nei confronti dell'espropriazione in corso. Il merito di Andrioli è stato dimostrare che queste giustificazioni non fossero d'ostacolo all'estensione del meccanismo dell'art. 2915 secondo comma al fallimento per il tramite dell'art. 45: quante volte la pubblicità della domanda preceda la sentenza dichiarativa, è solo nella sfera coperta dagli artt. 72 ss. che va correttamente ricercata la soluzione del problema, e, qualora potere di scioglimento sia in concreto esercitato dal curatore sì da rendere superato l'effetto di prenotazione conseguente alla pubblicità tempestiva, allora la domanda sarà piuttosto resa infondata (non in sé astrattamente inammissibile). L'art. 45 è anche la norma che contiene, in combinato con gli artt. 2652 e 2653, una manifestazione di quel principio immanente all'ordinamento processuale di cui si parlava nel § 1: essa rivela che l'antioriorità della trascrizione della domanda deve assicurare all'attore che ha ragione quella medesima prevalenza acquisita con l'effetto di prenotazione, salvo specifiche disposizioni derogatrici in materia fallimentare<sup>53</sup>.

Un appunto: già mettere in fila i principi dai quali si argomenta contro l'estensione dell'art. 2915 secondo comma alla materia fallimentare ha prodotto un risultato importante in relazione a quella particolare ipotesi contenuta *sub* art. 2652 n. 3. La domanda diretta ad ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di scrittura privata, relativa ad un atto soggetto a trascrizione, «s'inquadra nel fenomeno della formalità» nel senso che la relativa disciplina si limita ad anticiparne il momento agli effetti della pubblicità; di per sé non incide su alcuno dei principi relativi all'asserita cristallizzazione del patrimonio fallimentare<sup>54</sup>. Del resto la posizione del promissario acquirente non è identica a quella dell'acquirente per scrittura privata non autenticata: nel primo caso l'effetto traslativo della proprietà non si è ancora verificato, mentre nel secondo la proprietà è già passata pur senza che si sia perfezionata la relativa formalità – ed è sul compimento nel tempo di questa che incide il meccanismo dell'art. 2652 n. 3. La particolare impostazione di questa ipotesi è stata prontamente accolta a partire da una sentenza di legittimità del 1967<sup>55</sup>.

In conclusione, la legge fallimentare conosce tante deroghe alla cristallizzazione del patrimonio del fallito quante sono quelle permesse dall'art. 45, ampio e comprensivo richiamo alle «formalità necessarie per rendere

---

<sup>53</sup> La stessa valenza dell'art. 45 l.fall. come nuova regola di conflitto è circoscritta ai casi in cui la domanda sia *intempestivamente* trascritta, dato che la sentenza dichiarativa di fallimento è elevata a causa di decadenza della possibilità di compiere formalità efficaci rispetto ai creditori del convenuto fallito. La domanda tempestivamente trascritta, invece, assicura quella medesima prevalenza che si ricava dagli artt. 2652 e 2653, in parallelo con l'art. 2915 secondo comma per l'esecuzione singolare (almeno per quanto riguarda la pubblicità della domanda che qui ci interessa, descritta all'art. 2932 cod. civ) – così COLESANTI, op. cit., p. 239.

<sup>54</sup> Così ANDRIOLI, op. cit., p. 555.

<sup>55</sup> Cfr: COLESANTI op. cit. p. 280 ss; PROTO PISANI, op. cit., p. 277-279. La sentenza Cass. 19 ottobre 1967, in *Giust. civ.* 1967, I, 1942.

opponibili gli atti ai terzi»; tra queste rientra, oggi pacificamente, anche quella descritta all'art. 2652 n. 2.

5. *Gli articoli 45 e 43, tra situazione dinamica e fattispecie statica.*

Lo studio del sistema *ex art. 45* non sarebbe completo se non fosse ricordata un'importante differenza strutturale tra procedure esecutive singolare e concorsuale: la sede in cui detto conflitto viene risolto ed il ruolo del curatore nel giudizio pendente che coinvolge il fallimento.

L'art. 43 l.fall. prevede, con l'apertura del fallimento, l'interruzione dei processi relativi ai diritti patrimoniali del fallito compresi nella massa e la loro riassunzione davanti al curatore: risulta quindi un'area comune tra questo articolo ed il 45, che si applicano entrambi in quei processi nei quali il fallito è convenuto ed il regime di circolazione del bene è condizionato al compimento di tali formalità. Da una parte l'art. 43 è stato quindi utilizzato per chiarire le modalità con cui diviene concretamente operante il precetto del 45 – il curatore, nel giudizio riassunto nei suoi confronti, deve far valere il difetto della formalità necessaria per l'opponibilità della sentenza alla massa. Dall'altra l'articolo 45 integra il 43 annoverando, tra i rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento, anche quelli che sono oggetto di giudizi instaurati con domanda (soggetta a trascrizione ma) intempestivamente resa pubblica. La partecipazione al giudizio pone infatti in capo alla curatela l'onere di prevalersi, quale terzo, dell'inefficacia della formalità compiuta dopo la data di apertura del fallimento: *terzo* perché come detto l'area del 45 l.fall. coincide con i momenti di «apprensione ed appurazione» dei beni; *onere* perché l'organo ha il dovere di esercitare questo potere all'interno del processo cui partecipa. Queste sono tutte conseguenze sia del carattere relativo dell'inefficacia dell'atto<sup>56</sup>, sia anche della prosecuzione del giudizio (avente ad oggetto il diritto patrimoniale) davanti al curatore.

Ed ecco che viene in rilievo l'importante tratto distintivo, sotto il profilo dei rimedi processuali, tra azione esecutiva singolare ed espropriazione concorsuale. Nella prima, avente ad oggetto il medesimo bene chiesto nella domanda giudiziale tempestivamente resa pubblica, il combinato degli artt. 2915 comma 2 e 2652 n. 2 risolve il conflitto tra aggiudicatario ed attore vittorioso legittimando quest'ultimo all'opposizione di terzo all'esecuzione ai sensi dell'art. 619 c.p.c. (quale titolare del bene aggredito). Nella seconda, l'art. 43 descrive una situazione diversa: il conflitto tra attore e creditori del convenuto va risolto all'interno di quel medesimo giudizio cognitivo iniziato con la domanda soggetta a trascrizione, riassunto e proseguito davanti al curatore. Alla curatela nel processo fanno capo i

<sup>56</sup> Per questo ed i seguenti rilievi cfr. COLESANTI, op. cit., p. 194 ss, *spec.* p. 205.

poteri ed oneri della “parte” processuale, ed è in questa sede che farà valere la sua qualità di “terzo” legittimato a prevalersi della mancata trascrizione tempestiva *ex art. 45 l.fall.* Da qui anche la facoltà, esercitata nell’interesse dei creditori, di accettare la situazione esistente senza invocare l’inefficacia della formalità tardiva; qualcosa di difficilmente concepibile nel pignoramento<sup>57</sup>. Ma tutto questo non mette in dubbio che il conflitto sia sempre risolto nei modi indicati dagli artt. 2652-2653, mutato quel che si deve mutare quanto alle modalità organizzative.

In conclusione, il regime dell’articolo 45 può essere meglio descritto se inserito in combinato con quest’altra disposizione della legge fallimentare. Potremmo infatti dire che non siano i caratteri dell’istituto della trascrizione delle domande giudiziali, né il parallelo strutturale tra espropriazione singolare e spossessamento fallimentare, né lo studio della funzione integratrice dell’art. 45, gli unici motivi per cui la “formalità” rilevante sia la tempestiva pubblicità dell’atto introduttivo del giudizio e non la semplice trascrizione della sentenza di accoglimento. È l’articolo 43 che impone definitivamente la considerazione di una situazione dinamica, quella del processo pendente, che mal si attaglia al richiamo della fattispecie statica *ex artt. 2643 n. 14 e 2644 cod. civ.*: «se la dichiarazione di fallimento del promittente avviene mentre è pendente un giudizio instaurato dal promissario, anche l’individuazione della formalità rilevante *ex art. 45* non può prescindere da ciò... d’altro canto, se è *in fieri* il giudizio preordinato alla sentenza, tutto quello che ai sensi dell’art. 45 si può correttamente pretendere è che il processo sia accompagnato dal compimento delle formalità idonee ad assicurare l’opponibilità ai terzi dell’emananda sentenza». Il che è la soluzione più lineare già dalla lettera della disposizione – la formalità necessaria per rendere opponibile l’atto ai terzi è la trascrizione tempestiva della domanda, in accordo al diritto comune - ma è interessante il fatto che per arrivarci si confermi, ancora una volta, l’incidenza della celebrazione del rito sul mondo dell’essere.

## 6. Sintesi.

Pur non avendo pretese ricostruttive del sistema, l’analisi condotta ha tuttavia l’utilità di dare un quadro di riferimento a chi si accinga ad affrontare il problema del fallimento del promittente venditore immobiliare nelle more del processo *ex art. 2932* in cui è convenuto.

---

<sup>57</sup> Il discorso è più ampio, perché coinvolge un tema che ci occuperà soprattutto nel terzo capitolo; usando le parole di FERRO, loc. ult. cit., si tratta della «fisiologica spinta accentrativa verso la gestione liquidatoria del curatore» che domina il processo fallimentare. Il che, tuttavia, non viene assorbito soltanto dall’analisi dell’art. 72: rispetto a qualsiasi contratto c.d. postfallimentare o equiparabile (ovvero rispetto al quale non siano state tempestivamente compiute le formalità per renderlo efficace nei confronti della massa) l’amministrazione fallimentare potrà anche essere interessata a rinunciare all’inefficacia *ex art. 45* (proprio perché «relativa»).

Il primo dato è costituito dal fatto che la trascrizione della domanda giudiziale *sub* art. 2652 n. 2 non comporti la retroattività degli effetti costitutivi dell'eventuale sentenza di accoglimento, bensì estenda l'efficacia di quest'ultima ai terzi che successivamente curino trascrizioni ed iscrizioni rispetto al medesimo bene. In altre parole, questo meccanismo pubblicitario è un'espressione dell'esigenza di evitare che la durata del processo vada a danno di chi fa valere un proprio diritto in giudizio; ma lo strumento tecnico con cui tale principio generale si realizza è ben diverso (e più circoscritto) della ipotizzata retrodatazione degli effetti della sentenza al momento della proposizione della domanda (§ 1).

Il secondo dato è costituito dal riconoscimento che l'art. 2915 secondo comma disponga l'equiparazione del pignorante all'avente causa del medesimo debitore (convenuto): le aspettative dell'attore sono sacrificate davanti a quelle del terzo acquirente come rispetto a chi abbia pignorato il bene; al contrario la tempestiva trascrizione dell'atto di citazione esclude l'alea di sorprese per l'attore che ha ragione, impedendo che il pignoramento sopravvenuto incida sulla procedibilità del processo (§ 2).

Il terzo dato è l'affermazione, oggi pacifica, che tra le «formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi» ai sensi dell'art. 45 l.fall. rientri anche quella descritta all'art. 2652 n. 2 c.c. L'acquisizione di questo risultato è stata particolarmente sofferta: la c.d. equipollenza tra pignoramento e dichiarazione di fallimento è in fondo soltanto un principio direttivo, dunque per molto tempo l'esegesi dell'art. 45 ha considerato prevalenti altre linee direttrici (come l'indisponibilità in senso assoluto patrimonio del fallito). Considerazioni storiche, sistematiche, e soprattutto legate al dato positivo (§ 3), hanno infine permesso di dare la corretta soluzione a quella che dopotutto rimane una questione di determinazione della massa fallimentare: non ha pregio escludere che la pubblicità della domanda giudiziale incida sull'insieme dei rapporti patrimoniali compresi nel fallimento invocando principi che presuppongono già eliminato ogni dubbio al riguardo (§ 4); e se la procedura concorsuale viene aperta mentre è in corso il giudizio preordinato alla pronuncia costitutiva, tutto ciò che si può pretendere dall'attore *in bonis* ai sensi dell'art. 45 è il tempestivo compimento delle formalità idonee ad assicurare l'opponibilità ai terzi dell'emananda sentenza (§ 5).

Su questa notazione si conclude lo studio del rapporto tra processo costitutivo *ex* art. 2932 e fallimento del convenuto dal lato visuale degli artt. 42 e seguenti («Effetti del fallimento per il fallito») con la precisazione che, ristabilito in quest'ambito il parallelismo tra fallimento e pignoramento, non sia certamente azzerata la distanza tra le due esecuzioni tutte le volte che sia giustificata da puntuali riferimenti normativi. Il pensiero va dunque alla gestione del curatore ai sensi degli artt. 72 ss. l.fall. come possibile ostacolo alla soddisfazione della

pretesa dell'attore *in bonis*; ma, prima ancora, ai particolari caratteri del rimedio descritto all'art. 2932 del codice civile.

## CAPITOLO II

## L'ART. 2932: DIALOGO TRA FUNZIONE E STRUTTURA

*Una premessa.*

Il codice civile permette a chi ha tempestivamente pubblicato l'atto di citazione (col quale fa valere l'obbligo di contrarre rimasto inadempito) di non essere pregiudicato dalla successiva apertura dell'esecuzione forzata sul medesimo bene a lui promesso: la priorità della trascrizione è quanto basta perché la sua pretesa risulti opponibile (*latu sensu*) ai creditori del convenuto sotto i profili interessati dall'art. 45 l.fall. Ma ciò non toglie che l'attuazione giudiziale del diritto possa trovare ostacoli diversi, diretti corollari del tipo di tutela offerta dall'ordinamento: da qui la necessità sia di scoprire quanta parte della struttura del rimedio rispecchi il nome di *esecuzione* in forma specifica del contratto preliminare, sia di individuare quali possano essere i vari «limiti fattuali» all'effettività della tutela giurisdizionale *costitutiva* degli effetti del contratto non concluso.

L'esposizione dei risultati acquisiti nella letteratura sulla trascrizione delle domande giudiziali, in particolare la negazione della retroattività degli effetti della pronuncia costitutiva in base allo strumento disposto dall'art. 2652 n. 2 cod. civ., ci ha permesso di rilevare che il processo non sia – neanche nella realtà giuridica – completamente «istantaneo»: è stata questa ragione basilare ad imporre prima lo studio della collisione del giudizio con la sopravvenuta esecuzione forzata ed ora l'analisi dei caratteri sottesi al rimedio *ex art. 2932*, con la preoccupazione di fondo che l'attore sia suscettibile di subire pregiudizi a causa di fatti sopravvenuti alla sua richiesta di tutela. Il *Fortspinnung* del nostro studio dunque è e rimarrà l'insieme dei rischi assunti con l'inizio del processo proprio da chi ha ragione, la possibilità che nelle pieghe del rito si sacrificino alcuni degli interessi protetti dal legislatore sostanziale.

### 1. I caratteri della tutela costitutiva.

La tutela giurisdizionale civile assicurata in sede cognitiva ha efficacia generalmente dichiarativa<sup>1</sup>: lo ribadisce a contrario, in combinato con la disposizione successiva, l'articolo 2908 cod. civ, che «nei casi previsti dalla legge» descrive decisioni con effetti creativi, modificativi o estintivi della realtà giuridica sostanziale. La pronuncia costitutiva<sup>2</sup> è un coefficiente innovatore che si inserisce direttamente nella dinamica dei rapporti giuridici, laddove generalmente la sentenza si limita a produrre quella certezza molto elevata che è quasi sempre la premessa per l'esecuzione coattiva della pretesa insoddisfatta<sup>3</sup>: peculiarità subito rilevata dalla dottrina, che poco dopo l'entrata in vigore del codice ha rinvenuto nelle sentenze di merito costitutive («distinte dalla generica efficacia del giudicato consistente nella imperatività della sentenza stessa») l'attribuzione definitiva di un innovativo bene della vita a favore di una parte<sup>4</sup>.

Nel trattare della struttura dei processi costitutivi è consueto<sup>5</sup> porsi un quesito: è realmente riscontrabile, all'interno della fattispecie normativa di modificazione sostanziale, una situazione soggettiva privata qualificabile come diritto o potere di mutamento giuridico? Le risposte date dalla dottrina sono state solitamente positive: le norme in questione sono suscettibili di soggettivizzazione e danno vita a figure di qualificazione che possono denominarsi e ricostruirsi in vario modo, la più fortunata delle quali è la definizione di diritto potestativo<sup>6 7</sup>; il corretto

<sup>1</sup> MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 100 ss. Per la dottrina italiana sulle azioni di mero accertamento si vedano, anche per ulteriori riferimenti, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 3 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 352 ss.; PAVANINI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, 123 ss.; PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 73 ss.

<sup>2</sup> Sulla tutela costitutiva in generale si vedano, nella dottrina italiana: ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 141 ss.; CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile* (1917), ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, Napoli, 1983, I, 65 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, 145 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 548 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 103 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, 111 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 345 ss.; FERRI, voce *Costitutiva* (azione), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998; altri richiami saranno svolti *infra*.

<sup>3</sup> CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2012, I, p. 115 ss.

<sup>4</sup> MICHELI, *sub art. 2907-2909*, in *Commentario al cod. civ. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943.

<sup>5</sup> Cfr. gli ampi riferimenti, anche di letteratura straniera, in CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Studi in memoria di A. Cerino Canova*, Bologna, 1992, II, p. 623 ss., *spec. nt.* 70 p. 633.

<sup>6</sup> MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987; v. anche ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1990 p. 475 ss. Sulle diverse ipotesi ricostruttive quanto alla qualificazione di questo potere (idoneo a provocare la pronuncia costitutiva) cfr. BONSIGNORI, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1999, *sub art. 2908*, p. 36 ss.

inquadramento di quest'ultimo non può però prescindere da un cenno preliminare alle varie tecniche di produzione degli effetti sostanziali<sup>8</sup>.

La regola generale, almeno dal punto di vista dello studio del processo e dei suoi principi, è il meccanismo in base al quale la disposizione (di legge, contrattuale, o di un atto amministrativo) ricollega direttamente ad un determinato fatto (costitutivo, modificativo, impeditivo od estintivo) un certo effetto giuridico (una situazione giuridica di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione). Lo schema *norma-fatto-effetto* permette al giudice di dichiarare l'esistenza o meno di una situazione soggettiva dedotta in giudizio senza che sia necessaria

Il percorso che ha condotto all'enucleazione della figura del diritto potestativo si deve alla dottrina tedesca formatasi a cavallo del XIX e del XX secolo e, in Italia, all'opera di Giuseppe Chiovenda. Secondo l'indagine del FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 19 ss., nella dottrina tedesca già autori come Thon, Bekker, Ennecerus e Zitzmann avevano individuato una categoria di diritti soggettivi caratterizzati dal potere di produrre immediatamente ed unilateralmente effetti giuridici nella sfera del soggetto passivo del rapporto, ma soltanto a SECKEL (*Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, in *Festgabe für Koch*, Berlino, 1903, 205 ss.) viene attribuita la paternità della nozione di diritto potestativo (elaborata dopo la diffusione della nozione di pronuncia costitutiva), fatto valere fuori dal processo, distinto dal diritto esercitato esclusivamente davanti al giudice (*Gestaltungsrecht* e *Gestaltungsklagerecht*); si rinvia, per ulteriori riferimenti, a PAGNI, op. cit., p. 176 ss.

Sulla connessione tra tutela giurisdizionale costitutiva e diritti potestativi in Italia, v.: CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* cit.; AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.* 1939, I, 557; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960, p. 737 ss.; LENER, voce *Potere* (diritto privato), in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 610 ss.; CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1989. Ricca di riferimenti la monografia di MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, spec. p. 10, nt. 13 e seguenti.

<sup>7</sup> Altra problematica, che qui non approfondiremo, riguarda l'individuazione della situazione sostanziale accertata dal giudice nel decidere sulla domanda di tutela costitutiva, vale a dire l'oggetto del giudizio costitutivo. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., p. 589-590, rileva: «Coloro che seguono la lezione chiovendiana affermano che il giudicato cade sul diritto potestativo dichiarato dal giudice... lasciando semmai scoperto il momento successivo alla modificazione, costituito allora variamente: come effetto *ex lege* ricollegato al fatto del precedente accertamento (Chiovenda, Rosenberg, A. Blomeyer); oppure come attività esecutiva non più giurisdizionale ma amministrativa (Calamandrei); ulteriore statuizione o comando (Liebman)... Ma vi è un altro modo di ricostruire il funzionamento dell'effetto costitutivo giudiziale.. all'opposto, quel potere avrà direttamente ad oggetto la pronuncia della sentenza costitutiva, la costituzione del *dovere del giudice* di operare, attraverso una sentenza di accertamento costitutivo, una certa trasformazione giuridica. Il potere.. verso lo Stato-giudice». Non distante ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi del giudicato*, in *Studi per A. Cerino Canova*, p. 349 ss: per l'Autore, in ipotesi di reiezione della domanda, sarebbe accertato l'obbligo di ogni futuro giudice di reputare che il dovere di pronunciare sentenza costitutiva in quel caso non sussista. Tuttavia - risponde BONSIGNORI, loc. ult. cit. - «è vero che molte norme di carattere processuale impongono oneri e doveri al giudice, ma si tratta di statuizioni che.. non attengono al giudizio di merito». Il fascino esercitato dalle molteplici teorie sull'argomento rischia in questa sede di condurre fuori strada: il loro obiettivo è individuare gli sfuggenti rapporti tra processo costitutivo (art. 2908) e cosa giudicata (art. 2909), tema rispetto al quale qui è sufficiente dire che sia l'accertamento contenuto nella sentenza a fare stato, non l'efficacia costitutiva disposta - con i suoi limiti soggettivi - dall'articolo in esame. V. anche *infra*, nota 54.

<sup>8</sup> Tema rispetto al quale è essenziale il riferimento a PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.

l'intermediazione di un potere delle parti volto ad attribuire rilevanza giuridica ad uno o più fatti<sup>9</sup>. A questo punto si coglie come immediata la differenza rispetto al meccanismo di produzione degli effetti sostanziali sotteso alla figura del diritto potestativo (in senso ampio), che si esaurisce «nel potere di produrre quegli effetti [giuridici indipendentemente dalla volontà e dalla prestazione d'un obbligato] o mediante una semplice dichiarazione di volontà o mediante sentenza che.. sia seguita dagli effetti a cui il diritto tende»<sup>10</sup>. Questa definizione racchiude limpidamente due ipotesi che si presentano distinte nella struttura: in entrambi i casi sorge un potere tendente all'effetto giuridico, *rectius* un diritto alla mutazione giuridica, poi la scelta di conseguirlo si attua in via di esercizio unilaterale (con immediata efficacia formativa sostanziale) oppure deve incanalarsi per la via del processo (quindi attraverso la proposizione della domanda giudiziale)<sup>11</sup>.

Ricostruendo lo schema della prima fattispecie: una norma detta la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni, ricollegando a certi fatti determinati effetti, ma il prodursi di questi ultimi è subordinato all'esercizio di un potere sostanziale unilaterale di parte; questo potere consiste nell'attribuire rilevanza giuridica ad un determinato fatto ed è discrezionale soltanto quanto all'*an* (vale a dire che è il «se» del mutamento ad essere rimesso alla scelta del privato, mentre il contenuto degli effetti conseguenti al suo esercizio sono già esaustivamente previsti dalla norma)<sup>12</sup>. Rispetto a questo primo gruppo di diritti potestativi (*norma-fatto-potere sull'an-effetto*), è pacifico che quando il mutamento della situazione sostanziale sia direttamente prodotto dall'esercizio dei poteri di parte si sia al di fuori della tutela descritta all'art. 2908<sup>13</sup>: detti da taluni *poteri formativi ad esercizio stragiudiziale*, sono ipotesi in cui una norma consente alle parti di un rapporto giuridico, in presenza di certi fatti e magari seguendo certe forme, di esprimere manifestazioni di volontà idonee in via immediata a modificare o estinguere il contenuto del rapporto, senza bisogno d'instaurare alcun processo. In

---

<sup>9</sup> Questo meccanismo generale spiega bene la rilevabilità d'ufficio dei fatti giuridici che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere in giudizio. L'importante è non confonderlo col principio della domanda (il monopolio dell'attore nell'individuazione della pretesa) o il divieto per il giudice di utilizzare il suo sapere privato (può decidere soltanto sulla base di fatti notori o emergenti dagli atti). Ad esempio: dedotta in giudizio l'obbligazione al pagamento del prezzo, l'allegazione del contratto serve ad individuare il diritto (eterodeterminato) di cui si chiede tutela, non è certo l'esercizio di un potere sostanziale di parte.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* (1911), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, I, p. 114.

<sup>11</sup> Così CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., p. 588.

<sup>12</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, p. 173-174: l'Autore riporta vari esempi dal codice civile distinguendo quelli in cui il legislatore usa il "linguaggio sostanziale" da quelli in cui si pone nell'angolo visuale del processo, configurando cioè delle eccezioni in senso stretto. Lo schema di produzione degli effetti rimane sempre lo stesso; per un approfondimento delle teorie sul concetto di «eccezione» v. però *infra*, nel terzo capitolo, § 2.2 (lett. B).

<sup>13</sup> PROTO PISANI, *Appunti*, cit., p. 72 ss.

questi casi il giudizio, casomai, servirà a domandare l'accertamento del rapporto giuridico per valutare se quella manifestazione di volontà abbia o meno provocato determinate conseguenze<sup>14</sup>.

La tutela costitutiva *ex art. 2908 cod. civ.* viene attivata da poteri che seguono un modello più complesso: alcune norme disciplinano gli interessi in conflitto in ordine ai beni, ricollegando a determinati fatti certe situazioni soggettive, e subordinano il prodursi di tali effetti non solo all'esercizio di un potere sostanziale ma anche al previo accertamento giudiziale della sussistenza dei fatti stessi. Qui il controllo giudiziale rileva come elemento costitutivo di una più complessa fattispecie: sono *diritti potestativi ad attuazione giudiziale*, per i quali il processo occorrerà sempre al fine di accertarne la relativa posizione giuridica soggettiva ed attuarne la potenzialità funzionale; al privato non è dato un potere autosufficiente di incidere sulle relazioni giuridiche che lo coinvolgono<sup>15</sup>. Ecco tracciati dunque i due elementi ricavati dalla dottrina tradizionale con riferimento allo schema che qui interessa: il diritto potestativo è sempre «un vero e proprio potere caratterizzato dalla piena discrezionalità del titolare in ordine al suo esercizio o no»; e la forma giudiziale «non è altro che la modalità di esercizio del potere di determinare unilateralmente l'effetto»<sup>16</sup>, un necessario controllo da parte del giudice sull'esistenza dei fatti cui si pretende di dare rilevanza giuridica. Storicamente, come è accaduto anche nell'ordinamento francese, il legislatore ha lesinato in campo contrattuale i poteri formativi stragiudiziali e moltiplicato le ipotesi di azioni costitutive<sup>17</sup>: quindi è stato il semplice non fidarsi dei privati a portare all'aggiunta del controllo giudiziale come elemento necessario per permettere ai loro poteri unilaterali di produrre effetti. «La differenza rispetto all'ipotesi in cui l'effetto si produce direttamente per effetto della dichiarazione

---

<sup>14</sup> Il potere di scioglimento del curatore *ex art. 72 l.fall.* è comunemente ricondotto a questo schema: il tema sarà oggetto di studio *infra*, capitolo terzo, § 1.1, cui si rinvia per riferimenti.

<sup>15</sup> CONSOLO, in *Spiegazioni* cit., p. 118, afferma di preferire la locuzione tedesca di *Gestaltungsklageanspruch*, il potere di azione costitutiva; ma molto altro è stato scritto, in più di centocinquanta anni, sul ruolo dell'esercizio di tale potere sostanziale alla modificazione (allorché a tal fine debba appunto concorrere necessariamente il processo e la sentenza del giudice). Un tempo, ad esempio, riscuotevano successo quelle dottrine che incentravano l'effetto modificativo già sulla domanda giudiziale; oggi invece la teoria sembra definitivamente accantonata, nel senso che alla domanda è attribuito un ruolo *propulsivo* della modificazione programmata dalla norma, laddove è la pronuncia ad avere l'esclusiva forza eziologica attuativa del mutamento (cfr. MENCHINI, op. cit.).

L'importante è non dimenticare il *prius*: la domanda giudiziale è l'atto con cui è stato esercitato il potere.

<sup>16</sup> PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 177 ss.

<sup>17</sup> «La necessità o meno dell'intervento del giudice in certi settori discende da criteri d'opportunità: perché per la natura del rapporto da costituire o da estinguere, può essere più o meno utile (nell'interesse del commercio, dell'ordine pubblico, dei diritti dei terzi) la certezza e la pubblicità inerente la sentenza, o comunque può rendersi necessaria un'operazione tecnica, da affidarsi a persona imparziale» spiega CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist., III ed, Napoli, 1965, p. 181.

della parte sta nel diverso momento temporale in cui interviene il controllo del giudice e non nel risultato finale che si ottiene in un caso o nell'altro, perché in entrambi i casi la modificazione giuridica che si raggiunge è la stessa»<sup>18</sup>.

Questa struttura della tutela costitutiva (l'inquadramento nello schema di produzione degli effetti giuridici *norma - fatto - potere sull'an - accertamento giudiziale - effetto*) non è in alcun modo alterata da un'ulteriore classificazione, onnipresente nella manualistica ma non direttamente rilevante rispetto gli aspetti coinvolti dal presente studio. È infatti pacifico<sup>19</sup> il dato dell'eterogeneità delle funzioni perseguite dalle differenti azioni ricomprese in questa categoria, le quali pertanto vengono comunemente distinte tra quelle dirette a produrre effetti conseguibili anche in via di autonomia privata, e quelle che risultano sempre «necessarie» per conseguire un dato bene della vita<sup>20</sup>. Vorrei giustappunto sottolineare che la contrapposizione tra la tutela non necessaria e quella necessaria abbia un suo scopo soltanto finché circoscritta al piano dei rapporti tra processo e diritto sostanziale<sup>21</sup>, poiché volta esclusivamente a descrivere il tipo di utilità garantita dall'esito positivo del giudizio<sup>22</sup>: la classificazione non toglie alcunché al fatto che il ricorso del giudice sia *sempre* «utilizzato come controllo preventivo circa la sussistenza del fatto che giustifica la produzione di un determinato effetto, in considerazione della delicatezza della materia e del rilievo che il legislatore reputa di dare agli interessi coinvolti»<sup>23</sup>. Risulterà in seguito utile aver già

---

<sup>18</sup> PAGNI, op. cit., p. 174. Anche l'Autrice precisa che la scelta del processo come mezzo necessario per la produzione del mutamento giuridico viene disposta dal legislatore per ragioni di opportunità, o in base alla gravità dell'effetto desiderato, o anche per l'intento di eliminare ogni incertezza rispetto alla produzione di determinati effetti.

<sup>19</sup> V. ad esempio LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile* a cura di Colesanti e Merlin, Milano, 2012, p. 181 ss.

<sup>20</sup> Questo rileva, quindi, dal punto di vista della funzione svolta: la tutela costitutiva c.d. necessaria permette di ottenere effetti sostanziali non conseguibili in via di autonomia privata. In altre parole, la perdita di *status* conseguente alla nullità del matrimonio, al divorzio, o al disconoscimento di paternità (etc.) sono tutte ipotesi in cui, in considerazione della delicatezza della materia, il legislatore ha configurato il processo come elemento costitutivo indispensabile per raggiungere i rispettivi risultati sul piano sostanziale. Per questo si dice che «in questi casi il processo cessa di avere funzione strumentale... Le azioni costitutive necessarie si pongono ai confini estremi della giurisdizione contenziosa: non sempre in questi processi esiste una effettiva controversia tra le parti, come nel caso del divorzio consensuale» (PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 49 ss. e 182).

<sup>21</sup> Come soleva affermare Chiovenda: «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale».

<sup>22</sup> In questo senso, ad esempio, è utile dire che il diritto sostanziale (ancora oggi) non riesca a immaginare lo scioglimento del matrimonio senza quel particolare aggravio che è il controllo giudiziale di sussistenza di una situazione descritta in un elenco tassativo; quindi, anche in un'ipotesi in cui la crisi di cooperazione è completamente assente (divorzio consensuale), sarà adottato lo schema del diritto potestativo ad esercizio giudiziale (nonostante l'estraneità alla giurisdizione contenziosa).

<sup>23</sup> PROTO PISANI, loc. ult. cit.

evidenziato come il far leva sulla funzione perseguita di volta in volta dalla tutela costitutiva si riveli un dato poco significativo per descrivere i caratteri di questa in contrapposizione all'esecuzione forzata (§ 3). Possiamo ora avvicinarci, con un ostacolo in meno, al tema dell'azione *ex art. 2932*, in concreto resa "necessaria" da un particolare tipo di crisi di collaborazione tra le parti.

## 2. *Contratto preliminare ed autonomia negoziale.*

La crisi di cooperazione che qui più interessa trae origine dal contratto preliminare bilaterale, accordo nel quale le parti si obbligano alla stipulazione di un successivo negozio (c.d. definitivo): il primo si distingue dal secondo perché contiene l'obbligo (reciproco e simmetrico) delle parti ad emanare una ulteriore dichiarazione di volontà, quel *facere* consistente nel prestare un consenso, mentre gli effetti concreti della situazione giuridica rispettiva delle parti deriveranno soltanto dalla stipula del contratto definitivo programmato. Il preliminare è un vero contratto dal quale sorgono obbligazioni per le parti, un impegno vincolante ad un futuro *contrahere*<sup>24</sup>; la sua funzione è creare un impegno provvisorio e strumentale, riservando ad un successivo momento la completa regolamentazione dell'affare<sup>25</sup>. È dato pacifico che il preliminare si differenzi dal c.d. preliminare improprio o compromesso, un contratto definitivo nel quale le parti si impegnano a riprodurre il consenso già dato in forma particolare; la distinzione ha conseguenze anche rispetto alla tutela processuale prevista per ciascuna ipotesi<sup>26</sup>.

La dottrina e giurisprudenza italiane, sotto il codice abrogato e prima che si affermasse la teoria elaborata da Coviello senior<sup>27</sup>, ritenevano che la promessa

<sup>24</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* a cura di Giuseppe Trabucchi, Padova, 2013, p. 178. Nel testo si dirà "contratto" oppure "atto preparatorio" senza distinzioni, ferma sempre la sua vincolatività.

<sup>25</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1987, p. 185 ss.

<sup>26</sup> TRABUCCHI op. cit. p. 179; v., anche per ulteriori richiami bibliografici, GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino 2010. In breve, mentre la tutela processuale prevista per il preliminare ha lo scopo di creare effetti analoghi a quelli del contratto definitivo non concluso, quella prevista per il compromesso si realizza tramite sentenza di mero accertamento. Ecco riemergere la distinzione, che abbiamo già affrontato, rispetto alle ipotesi descritte rispettivamente ai numeri 2 e 3 dell'art. 2652 cod. civ: la tutela giurisdizionale dell'interesse alla successiva documentazione del contratto in forma diversa da quella originaria è assicurata mediante una sentenza (di mero accertamento) che sostituisce la documentazione mancante, rendendo operanti quegli effetti che le parti attendevano dalla sua riproduzione formale (in questo senso v. già Cass. 21 marzo 1968, n. 892; Cass. 5 febbraio 1966, n. 386). Stessa cosa per la compravendita immobiliare stipulata con scrittura privata non autenticata, rispetto alla quale l'acquirente può trascrivere domanda *ex art. 2652 n. 3* per ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione.

<sup>27</sup> Per i cenni storici, ma soprattutto per l'accurata analisi dei dogmi di teoria generale che dominavano il dibattito dell'epoca, cfr. MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 1178 ss.

bilaterale di vendita – purché redatta nella forma prescritta e contenente valido consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo – valesse come vendita («*la promesse de vente vaut vente*»), recita l'art. 1589 del *Code Napoléon*); il contratto definitivo risultava insomma un atto meramente formale, utilizzato per agevolare lo svolgimento dei rapporti contrattuali. La critica a tale impostazione<sup>28</sup> mosse proprio dal principio della libertà delle parti di vincolarsi e di regolare i propri rapporti negoziali (salvo espressi divieti di legge): se il formalismo contrattuale era stato davvero condannato dal legislatore, allora la volontà negoziale espressa in modo “promissorio” (e non “definitivo”) non poteva che significare l'assenza, nel preliminare, del «consenso valido dei contraenti» (art. 1104 c.c. del 1865) che è la sostanza del vincolo negoziale definitivo<sup>29</sup>. Sotto il codice abrogato Carnelutti contribuì a difendere questa ideologia, divenuta nel frattempo dominante, inquadrando il preliminare nel fenomeno della «formazione progressiva del contratto»<sup>30</sup>: da questo negozio sarebbe sorto un obbligo (in un certo senso) di *intensità minore*, giacché «l'obbligazione si riduceva a fissare elementi precisi per valutare se fosse ingiustificato il mancato raggiungimento del definitivo accordo negoziale e per commisurare i danni agli aspetti causali e oggettivi già individuabili col preliminare; mentre il negozio definitivo era frutto di una privata autonomia non vincolata, ancor tutta da esercitarsi»<sup>31</sup>. Insomma, per Carnelutti le parti stipulavano il preliminare in presenza di consenso soltanto su alcune delle clausole, subordinando poi la conclusione del definitivo al raggiungimento dell'accordo sugli altri elementi; ed è per questo che la giurisprudenza dominante sotto il codice abrogato riconosceva solo un'azione per danni causati dall'inadempimento del negozio preparatorio, rimedio che è sanzione dell'ingiusta interruzione dell'*iter* precontrattuale.

Questi brevi cenni storici fanno risaltare le differenze sostanziali che caratterizzano il codice in vigore rispetto a quello abrogato, aspetti la cui descrizione è passaggio necessario per lo studio dell'art. 2932 c.c. Paradigma da

---

<sup>28</sup> L. COVIELLO SENIOR, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Enc. giur. it. vol. III, parte 3<sup>a</sup>, Milano, 1896. «Fu merito del Coviello impostare in termini dogmatici la teoria del contratto preliminare in Italia, così come aveva fatto in Germania il Degenkolb in due scritti sul *Vorvertrag*» afferma VISALLI, in *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, p. 7.

<sup>29</sup> MONTESANO, *Obbligazione e azione*, cit., p. 1181.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 616 ss. L'espressione sarà ripetuta, con significato diverso, nella giurisprudenza per tutto il secolo successivo; un esempio è proprio la celebre sentenza a sezioni unite del 2004 di cui ci occuperemo *infra*, nel capitolo terzo, § 2.3.

<sup>31</sup> MONTESANO, *Obbligazione e azione*, cit., p. 1182. In Germania il ROTH (*Der Vorvertrag*, Berna, 1928) sviluppò lo spunto fino a negare al preliminare la vincolatività (al fine di creare un negozio): con esso le parti si sarebbero semplicemente impegnate a *collaborare* alla sua realizzazione.

tempo consolidato nella giurisprudenza di legittimità<sup>32</sup> è che il preliminare debba avere per oggetto gli elementi essenziali del futuro contratto definitivo, giacché il primo si inserisce nell'*iter* formativo del secondo; l'assenza di tali elementi comporta la non determinabilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.) e quindi la nullità assoluta del negozio preparatorio (art. 1418 secondo comma c.c.). Resta così da giustificare, nel diritto vigente ed in termini necessariamente diversi da quelli del Carnelutti, la funzione perseguita dalla *scissione in due fasi* del procedimento di instaurazione del regolamento d'interessi contenuto nei contratti preliminare e definitivo<sup>33</sup>: certo sono da mettere da parte quelle spiegazioni che rilevano, genericamente, una funzione dilatoria dell'entrata in vigore del regolamento di interessi, dato che a tal fine sarebbe sufficiente l'apposizione di un termine iniziale di efficacia ad un contratto immediatamente concluso in via definitiva. Opinione diffusa è che l'interesse perseguito dalle parti del negozio preparatorio sia quello di «fermare» un affare ritenuto vantaggioso per il soddisfacimento dei loro interessi futuri, «riservandosi di valutare ancora una volta i presupposti del giudizio di convenienza.. alla luce delle sopravvenienze, giuridicamente rilevanti, per avventura manifestatesi dopo la prestazione del consenso preliminare»<sup>34</sup>. Le parti, nel negozio definitivo, non esplicano quindi una libera autonomia contrattuale: il vantaggio della scissione fra consenso preliminare e definitivo sta nella possibilità di rivalutare alla luce delle eventuali sopravvenienze l'accordo in precedenza concluso, la permanenza dei presupposti del giudizio di convenienza. Questi eventi possono essere la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, la scoperta di vizi della cosa venduta oggetto della compravendita, o di diritti di terzi gravanti sulla stessa, etc.; purché giuridicamente rilevanti, queste sopravvenienze vengono così ricondotte a vizio funzionale della causa (piuttosto che costringere le parti a reagire contro un regolamento d'interessi già definitivo sottoposto a mero termine di efficacia iniziale)<sup>35</sup>. In altri termini, generalmente conviene rinviare gli effetti reali al momento in cui si abbia una migliore conoscenza dello stato di fatto e di diritto del bene, in modo che di fronte ad un'eventuale contestazione il compratore sia legittimato passivo ad un'azione di

---

<sup>32</sup> V. ad esempio già Cass. 25 maggio 1963 n. 1371; Cass. 29 ottobre 1975, n. 3677; Cass. 10 giugno 1982, n. 3529, Cass. 10 giugno 1991, n. 6570. «Il contratto preliminare, pur consentendo alle parti la possibilità di addivenire ad ulteriori pattuizioni marginali, deve contenere gli elementi essenziali della futura convenzione, fra cui la determinazione o determinabilità dell'oggetto..»; per un ampio quadro della giurisprudenza più recente v. GAZZONI, *Il contratto preliminare* cit., p. 25 ss.

<sup>33</sup> Sull'argomento si rinvia in generale allo studio del VISALLI, op. cit., p. 63 ss., per più ampi riferimenti.

<sup>34</sup> GABRIELLI-FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare (1) Diritto civile*, in *Enc. giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 1.

<sup>35</sup> Così GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 137 ss.

adempimento piuttosto che essere legittimato attivo ad un'azione di risoluzione<sup>36</sup>; ecco l'utilità di questa «pausa di riflessione»<sup>37</sup>. Secondario, poi, il momento di autonomia negoziale in sede di stipulazione del definitivo: è possibile inserire in questa sede nuove clausole che non alterano le linee fondamentali del programmato assetto d'interessi, vale a dire determinazioni volitive meramente integrative delle precedenti<sup>38</sup>.

Riassumendo, *pacta sunt servanda*: risulta indifferente qualsiasi sopravvenienza negativa estranea all'art. 1467 (ad es. l'offerta migliore)<sup>39</sup> rispetto alla doverosità della prestazione promessa; entro questi limiti il contratto preliminare è uno strumento più flessibile del corrispondente definitivo, perché idoneo a consentire alle parti un ulteriore apprezzamento del regolamento di interessi<sup>40</sup>. Tutte queste considerazioni risulteranno utili nello studio dell'art. 2932, disposizione che insieme le integra e le rafforza: il contratto preliminare vincola le parti a tutti gli elementi essenziali del programma e, poiché non esiste un «potere di adempiere ad un dovere», risulta perfettamente coerente la previsione di un diritto potestativo – esercitabile in caso di inadempimento della controparte – di ottenere il medesimo bene della vita a prescindere da qualsiasi crisi di cooperazione. Vedremo infatti che la forza vincolante di questo accordo non riguarda tanto un'intangibile pretesa a contrarre, quanto un potere assolutamente penetrante.

---

<sup>36</sup> Così SACCO, *Il contratto*, nel *Trattato civile italiano* diretto da Vassalli, vol. VI, tomo II, Torino, 1975, p. 684. TRABUCCHI, *Istituzioni* cit., p. 180, afferma che «alla redazione di questo contratto si ricorre in particolare quando non sono state ultimate le ricerche necessarie per accertare il diritto del dante causa o la libertà da vincoli oppure nell'attesa del verificarsi di questo o quel presupposto».

<sup>37</sup> Cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 287.

<sup>38</sup> LA ROCCA, *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 882 ss.

<sup>39</sup> Per una trattazione estesa dei problemi sul punto v. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

<sup>40</sup> Questa è la risposta più matura alle elaborazioni di MONTESANO, in *Obbligazione e azione*, cit., che contesta la stessa esistenza di una «obbligazione di concludere un contratto» nel contenuto del preliminare, «arbitraria maschera dogmatica» se concepita insieme ad un'espressione di autonomia negoziale. La critica, che si basa su una peculiare concezione del contratto preliminare (contenuto di per sé il precetto definitivo, la cui operatività è subordinata a futura documentazione «confessoria») si basa su postulati privi a mio avviso di applicabilità per i problemi concreti che l'obbligo a contrarre (espressione anche contenuta nel testo di legge) è chiamato a risolvere. Il valore descrittivo di questa tesi però rimane intatto: alla luce delle giustificazioni viste (rispetto alla scissione in due fasi della realizzazione dell'assetto programmato nel preliminare) è corretto dire che residui un'autonomia negoziale assolutamente limitata al momento della stipulazione del contratto definitivo, momento in cui le parti possono al massimo «integrare» il regolamento d'interessi già fissato.

Dopotutto sfuggirebbe a qualsiasi inquadramento deontico il «potere di adempiere ad un dovere».

Ancora qualche precisazione sul contratto preliminare. Nonostante alcuni dibattiti dottrinali<sup>41</sup>, la giurisprudenza ha accolto la distinzione tra preliminare puro e preliminare ad effetti anticipati<sup>42</sup>: entrambi sono caratterizzati da obblighi *principali*, simmetrici e reciproci, di stipulare il definitivo, ma la seconda figura prevede anche la parziale esecuzione anticipata delle prestazioni finali. Esempi ricorrenti di queste ultime clausole *accessorie* sono l'anticipazione del pagamento del prezzo e della consegna (od immissione nel possesso<sup>43</sup>) della cosa. Ad ogni modo «lo schema indicato non può contemplare l'integrale attuazione del rapporto finale, perché esso si trasformerebbe nel contratto definitivo e la convenuta stipulazione del contratto ulteriore altro non sarebbe che un impegno alla ripetizione del contratto»<sup>44</sup>: quindi rimane ferma la distinzione tra preliminare proprio ed improprio cui abbiamo già accennato. Rispetto al tema generale del nostro studio considereremo come equiparato il preliminare ad effetti anticipati al preliminare c.d. puro: semplicemente il contraente che ha già anticipato il pagamento rischia il maggior pregiudizio dal fallimento della controparte, dato che le eventuali restituzioni saranno in moneta fallimentare. Ciò non toglie che il preliminare (opponibile alla massa) sia di per sé sempre parte di un *iter* negoziale non ancora completo, fattispecie traslativa complessa la cui evoluzione viene sospesa in accordo alla disciplina dei rapporti pendenti alla data della dichiarazione di fallimento (artt. 72 ss.); quest'ultimo regime sarà approfondito nel terzo capitolo, in cui ci chiederemo se il tempestivo esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 2932 incida o meno sui suoi presupposti di applicabilità.

Tracciati i contorni dell'istituto del contratto preliminare, emerge un dato semplice quanto centrale: questo negozio è vincolante tra le parti, e l'inadempimento di una giustifica (su domanda dell'altra) la reazione dell'ordinamento. La stipula del definitivo è soprattutto un atto di adempimento, e la scissione tra le due fasi del procedimento di regolazione degli interessi va salvaguardata soltanto finché realizza le funzioni sopra tracciate; davanti al rifiuto di porre in essere l'atto doveroso per motivi non giuridicamente protetti, la controparte (ad es. il promissario acquirente) potrà far valere in giudizio la forza obbligatoria della sua pretesa. Il problema però, già dibattuto in Italia nella prima metà del Novecento, è *quale rimedio* giudiziale spetti al contraente in questi casi. Abbiamo detto che in quel tempo la giurisprudenza riconosceva solo un'azione per danni causati dall'inadempimento del negozio preparatorio a sanzione

---

<sup>41</sup> V. per riferimenti DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991, p. 52 ss..

<sup>42</sup> Si rinvia ancora all'indagine di GAZZONI, loc. ult. cit.

<sup>43</sup> Il problema di stabilire se sia possesso o detenzione, che qui non rileva, è stato recentemente affrontato: v. Cass. 2008 n. 7930.

<sup>44</sup> BIANCA, op. cit., p. 189.

dell'ingiusta interruzione dell'*iter* precontrattuale<sup>45</sup>; tuttavia è stato osservato che «le incoercibilità e insurrogabilità della volontà privata, su cui insistevano dottrina e giurisprudenza post-covielliane, non significavano, in realtà, che fosse giuridicamente infungibile la obbligazione di concludere il contratto, ma dovevano richiamare gli interpreti all'inevitabile constatazione... che nel contratto preliminare mancava il consenso valido agli effetti del definitivo negozio»<sup>46</sup>. Dunque l'infungibilità dell'obbligo di fare, il *nemo ad factum cogi potest*, in questo frangente serviva soltanto ad affermare la (scoperta) autonomia del preliminare rispetto al definitivo, non per negare in radice la configurabilità di una tutela effettiva dell'obbligo scaturito dal negozio preparatorio. È poi agli sforzi di Giuseppe Chiovenda che dobbiamo l'introduzione, in via interpretativa sotto il codice abrogato ed in positivo nel codice in vigore, dell'azione che, accertata l'esistenza di un obbligo rimasto inadempito alla conclusione di un contratto, produce gli stessi effetti del contratto non concluso; e, poiché quello del padre dei diritti potestativi in Italia è stato uno degli influssi in base ai quali è stata anche formulata quella disposizione di *Professorenrecht* che è l'art. 2908, realizziamo finalmente il motivo del sottile disagio che provoca la trattazione, in paragrafi artificiosamente separati, della tutela costitutiva e dell'azione *ex art.* 2932.

### 3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

#### 3.1. La genesi.

La sussistenza di un rimedio non meramente risarcitorio alla violazione di obblighi consistenti nell'emanazione di una dichiarazione di volontà, reazione dell'ordinamento – in particolare e per quel che più qui interessa – contro l'inadempimento dell'impegno preso con l'accordo preliminare di stipulare un contratto definitivo, coincide con la stessa esistenza dell'*obbligo* a contrarre. È vero che il vincolo di manifestare il futuro consenso, esiziale agli effetti programmati, appare a prima vista poco cogente dato che si presenta come materialmente infungibile – evidentemente nessun terzo potrà, in via surrogatoria, “volere” in luogo dell'inadempiente. L'ostacolo però non è insuperabile: come osservava Chiovenda nel saggio *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, «l'atto di volontà può essere infungibile come può esser[lo] ogni *fare* umano. Ma il *fare*, e così la volontà, si dirà giuridicamente fungibile quando il risultato pratico

---

<sup>45</sup> Tra le sentenze dell'epoca che riconoscevano solo l'azione per danni causati dall'inadempimento dell'obbligo v. ad esempio Cass. 17 gennaio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 147; Cass. 7 dicembre 1933, *Foro It. Rep.*, 1934, I, 784.

<sup>46</sup> MONTESANO, *Obbligazione e azione* cit., p. 1183.

del fare, o l'effetto giuridico del volere, può conseguirsi mediante una attività diversa da quella dell'obbligato»<sup>47</sup>. Quello che conta, nell'attuazione dell'obbligo che scaturisce dal preliminare, è allora l'effetto che le parti volevano ottenere col contratto definitivo; ed il campo degli effetti giuridici è proprio quello in cui la legge manifesta la sua onnipotenza. La manifestazione della volontà negoziale in questo caso è essenzialmente un contegno necessitato e non il bene dovuto<sup>48</sup>. D'altra parte, come già ricordato con le parole del Montesano, la dottrina e giurisprudenza post-covielliane parlavano di infungibilità del volere piuttosto con l'intento di valorizzare l'autonomia del consenso al negozio preliminare, a scapito della regola straniera de *la promesse de vente vaut vente*.

«Non si tratta di costituire colla sentenza il contratto definitivo; si tratta di farne a meno. La sentenza non sarà costitutiva perché costituisce direttamente il contratto, ma perché costituisce direttamente il diritto a cui tende, ad esempio la proprietà». Ed ecco come, nel silenzio del codice previgente, l'illustre studioso ricavava dai principi dell'ordinamento quel rimedio oggi disciplinato dall'art. 2932: la sua assenza era un'occasione per applicare i concetti di obbligazione ed azione. Da una parte, infatti, il contenuto del contratto preliminare è obbligatorio<sup>49</sup>, quindi «quando s'invoca in questo tema il principio dell'autonomia delle parti si rischia di cadere in un equivoco: questo principio ha una larga sfera di applicazione nel campo della costituzione dei diritti, [ma] nessuna in quello dell'adempimento... ora se la costituzione di un diritto (contratto definitivo) è dovuta *in adempimento* di un precedente contratto (preliminare), è chiaro che l'autonomia delle parti non c'entra»<sup>50</sup>. Dall'altra parte l'azione, raccordo automatico tra diritto sostanziale e tutela giurisdizionale civile<sup>51</sup>, «manifesta la volontà [del diritto] di attribuire un determinato bene ad un determinato soggetto (sia pure come *conseguenza* d'un contratto; onde il parlar figurato, usato anche nel titolo di questo scritto, dice che l'azione *nasce* dal contratto)»<sup>52</sup>. Tramite questi due concetti, filtrati attraverso quell'idea della strumentalità onnipotente nello studio del processo, emerge a livello di sistema il rifiuto di situazioni in cui il

<sup>47</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 101 ss. (corsivi nel testo).

<sup>48</sup> Così LA ROCCA, loc. ult. cit.; v. anche ID, *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 299, e SACCO, *Il contratto*, Milano, 2004, II, p. 273.

<sup>49</sup> Si è già dato conto del problema separato dell'esistenza o meno di un comando negoziale già «definitivo» nel preliminare (a scapito del momento di autonomia privata al momento della stipula del definitivo): cfr. nota 4040.

<sup>50</sup> CHIOVENDA, op. cit., p. 112.

<sup>51</sup> L'azione è una categoria generale atipica che ha assolto un compito storico di notevolissima portata – garantire a tutti coloro che si affermassero titolari di un diritto sostanziale (riconosciuto come tale dall'ordinamento) la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale civile predisposta dallo Stato, indipendentemente dalla previsione di norme che attribuissero con riferimento a singole posizioni soggettive il diritto di agire in giudizio a tutela dell'interesse minacciato. Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni* cit., p. 51 ss.

<sup>52</sup> CHIOVENDA, loc. ult. cit.

giudizio risulti di fatto impotente, casi in cui avremmo «o volontà di legge che rimangono inattuata, o volontà che si trasformano, sottentrando ai diritti originarii diritti derivati come il risarcimento danni»<sup>53</sup>.

Tirando le fila, col contratto preliminare le parti si sono vincolate a realizzare un programmato assetto d'interessi mediante una futura dichiarazione di volontà; sarebbe lo stesso contenuto del negozio (e l'ordinamento con lui) a divenire non obbligatorio (non giuridico) se la relativa situazione soggettiva non potesse essere attuata nel momento di maggiore bisogno, la crisi di cooperazione tra le parti. In caso di inadempimento, il diritto all'effetto giuridico sarà comunque attuato previo accertamento giudiziale dei suoi presupposti: l'attore deve poter ottenere, a seguito di un processo, la modificazione del rapporto di cui è parte insieme al convenuto, ponendo quest'ultimo in *soggezione* agli effetti costitutivi della giurisdizione<sup>54</sup>.

### 3.2. *L'articolo 2932 nel diritto vigente.*

Il codice civile vigente si occupa di concepire un sistema di «esecuzione per equivalente giuridico»<sup>55</sup> dell'obbligo di stipulare un contratto, strumento di tutela processuale che trova il suo archetipo nell'articolo 2932 c.c.<sup>56</sup>: è quella particolare tecnica che ricollega direttamente all'accertamento dell'obbligo compiuto dal giudice la modificazione giuridica che normalmente sarebbe dovuta conseguire all'adempimento spontaneo dell'obbligo di emanare una dichiarazione di volontà. È chiaro che l'introduzione di questa disposizione abbia capovolto i termini del

<sup>53</sup> CHIOVENDA, loc. ult. cit.

<sup>54</sup> Come in molti altri casi, conviene lasciare la parola a CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 593: «Sul piano strutturale invero la norma di qualificazione che regola il modo di prodursi della modificazione può ben concepire il *dictum* modificativo come oggetto del potere di parte... soggezione [che] non integra una vera situazione soggettiva passiva, descrive solo come l'efficacia decisoria della sentenza modificativa non possa sprigionarsi se non a séguito di una sua invocazione da parte del titolare attivo di quel rapporto, che avrà di mira un diverso assetto della sua relazione di interessi con la controparte che non ne postula la collaborazione». Riporto questo passo perché, contrariamente ad un'idea più diffusa, in ultima analisi l'Autore ricollega la *soggezione* (speculare alla titolarità del potere dell'attore) direttamente al potere del giudice, non quindi specificamente alla volontà del titolare del privato: ma la raffinatezza del passaggio, se può avere implicazioni sul piano del contenuto dell'accertamento alla conclusione del processo costitutivo, non comporta variazioni per quanto interessa in questa sede (cfr. nota 7). Sul piano dei rapporti tra processo e diritto sostanziale, infatti, continueremo a parlare di repressione di una situazione anti-giuridica, su impulso di un certo soggetto, attraverso il processo.

<sup>55</sup> CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 125.

<sup>56</sup> Un altro esempio è solitamente rinvenuto nell'art. 1032 c.c., se interpretato nel senso di prevedere obblighi legali a contrarre: «Quando in forza di legge, il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù, questa, in mancanza di contratto è costituita con sentenza. Può anche essere costituita con atto dell'autorità amministrativa nei casi specialmente determinati dalla legge. La sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta. Prima del pagamento dell'indennità il proprietario del fondo servente può opporsi all'esercizio della servitù».

dibattito precedente: «non si tratta più di determinare la natura ed il contenuto del contratto preliminare per decidere se esso ammetta l'esecuzione specifica, ma di stabilire quali conseguenze il riconoscimento legislativo dell'esecuzione specifica abbia sulla natura e sul contenuto di tale contratto»<sup>57</sup>; è confermato che dal contratto preliminare «deriva il diritto di realizzare *ad ogni modo* gli effetti propri del promesso contratto definitivo»<sup>58</sup>, il negozio preparatorio viene elevato a titolo per la costituzione della situazione giuridica finale determinabile in forza del contratto definitivo<sup>59</sup>. Una situazione provvisoria destinata – una volta trasformatasi – a dar vita a situazioni finali, che sono le sole a postulare una relazione immediata fra il soggetto ed il bene; ma nell'obbligo a contrarre, che pone in essere la condizione per la costituzione della situazione specifica, è piena ed intera la volontà dell'effetto, e per questo ha senso parlare di una sua esecuzione specifica<sup>60 61</sup>. L'importante è non dimenticare che, nella prospettiva descritta nel § 2, il contratto definitivo conserva la sua natura ancipite di adempimento e negozio giuridico<sup>62</sup>.

La sentenza costitutiva *ex art.* 2932, anche se non è strutturalmente equivalente a tale negozio, dal punto di vista funzionale si presenta come suo surrogato, nel senso che costituisce la fonte diretta ed immediata degli effetti del contratto non concluso<sup>63</sup>. Per questo il giudice deve accertare se l'assetto di interessi instaurato col contratto preliminare abbia carattere di compiutezza nei

---

<sup>57</sup> SATTÀ, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, IV, 1950, p. 75.

<sup>58</sup> CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 114. Nel testo il corollario è tratto già dall'esistenza dei diritti potestativi; il che consiste certo nel *prius* dell'art. 2932, se letto in combinato con l'art. 2908 c.c.

<sup>59</sup> SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, p. 281 ss. DI MAJO, *La normalizzazione del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 2, 131, afferma che sia stato proprio questo Maestro a «dare fuoco alle polveri» rispetto al *revirement* negli studi giuridici del preliminare: con l'introduzione dell'art. 2932 da questo negozio nascono non più mere «pretese, ma veri e propri poteri in base ai quali il creditore [potrebbe] ottenere, anche contro il debitore, il trasferimento del bene».

<sup>60</sup> SATTÀ, *loc. ult. cit.* Questo a mio avviso rimane valido ancora oggi, se precisiamo che l'atto è comunque «preparatorio» (TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 178) e la realizzazione della situazione finale deve necessariamente passare o dalla stipula del definitivo o dal controllo giudiziale sulla sussistenza dei presupposti *ex art.* 2932, in accordo alla giustificazione della suddivisione tra fasi sopra esaminata.

<sup>61</sup> Il tema della previsione *ex art.* 2932 e dell'arricchimento della situazione obbligatoria scaturita dal preliminare è certo d'interesse nella trattazione, ma i suoi molteplici corollari non possono trovare qui il necessario spazio. Ad esempio, rispetto al connesso tema della natura degli effetti posti in essere dalla sentenza basti qui dire che è facile risolvere tutta una serie di risalenti dispute se leggiamo gli «effetti del contratto non concluso» come aventi titolo *immediato* nella sentenza costitutiva, e titolo *mediato* nel contratto preliminare così attuato (BIANCA, *op. cit.*, p. 197; ID, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 142).

<sup>62</sup> Il negozio giuridico è un «momento della dinamica giuridica conseguente ad un apprezzamento dei propri interessi in rapporto ad una contingente situazione di fatto»: così GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 16 ss.

<sup>63</sup> BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, nel *Commentario del codice civile, sub artt.* 2910-2933, Torino, 1980, p. 372.

suoi elementi essenziali e sia idoneo ad esprimere la volontà delle parti, altrimenti si produrrebbe una trasformazione d'imperio delle sfere giuridiche individuali in assenza di un corrispondente impegno degli interessati<sup>64</sup>. Insomma, questa tecnica di tutela opera nel senso che sia prodotto, per comando giudiziale, un mutamento che rispecchi sì le previsioni negoziali dei contraenti, ma non una loro meccanica trasposizione: accertata l'effettiva volontà delle parti, (tramite il contraddittorio) il processo deve assolvere la funzione di controllo propria della stipula del definitivo<sup>65</sup>. Tale indirizzo giurisprudenziale conferisce alla sequenza preliminare-sentenza un carattere "dinamico", a sua volta significativo riscontro pratico alla giustificazione dell'impegno preliminare quale strumento di controllo delle sopravvenienze<sup>66</sup>. A ben vedere questo è proprio uno dei corollari della attuazione giudiziale del diritto; il che è ben diverso dall'immagine di una lunga serie di trattative concluse con la pronuncia del giudice, eventualmente interrotte dal fallimento del convenuto.

Per affrontare successivamente alcuni problemi complessi, è opportuno adesso fare chiarezza su alcuni aspetti di questo processo: in altre parole, s'impone un cenno alle diverse condizioni di accoglimento dell'azione *ex art. 2932*.

Presupposti necessari della sequenza preliminare-sentenza costitutiva sono innanzitutto la validità del negozio preparatorio e l'inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo da parte del convenuto<sup>67</sup>. Rispetto all'inadempimento<sup>68</sup> si rinvia a quanto già detto sulle obbligazioni principali ed accessorie nello schema della promessa di vendita (§ 2). Quanto alla validità dell'accordo preliminare, le indagini in materia considerano problematiche

<sup>64</sup> PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 87 ss.

<sup>65</sup> GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 177. Questo vuol dire che in giudice, in sede di controllo delle sopravvenienze, deve verificare l'adeguatezza delle prestazioni nei contratti sinallagmatici, ove si sia verificata una situazione di difformità del bene offerto in vendita od in permuta rispetto a quello oggetto del relativo preliminare. Si dice anche che il preliminare è un contratto obbligatorio con cui le parti si promettono più «prestazioni» che «consensi», e ciò spiega come la tutela di cui esso è dotato non si differenzi notevolmente da quella di un comune contratto definitivo (DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, 1985, p. 1639).

<sup>66</sup> MACARIO, nota a Cass. sez. un. n. 1720/1985, in *Foro it.* 1985, I, p. 1698.

<sup>67</sup> Cfr. per riferimenti più ampi VISALLI, op. cit., p. 138 ss. e 176 ss. Passata in giudicato, la sentenza di accoglimento conterrà l'accertamento immutabile sull'esistenza dei presupposti che ora si vanno ad esporre (sul tema v. spec. PROTO PISANI, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, p. 446 ss).

<sup>68</sup> La giurisprudenza sul punto sottolinea l'assenza del requisito di imputabilità dell'inadempimento ai fini dell'azione di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre: cfr. Cass. 13 aprile 1987 n. 3654, citata da LUGANESI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 704 ss..

Aspetto connesso è un importante corollario dell'istituto della trascrizione delle domande giudiziali: qualora il convenuto proponga di stipulare il definitivo (vale a dire cerchi di adempiere all'obbligo di prestare il consenso) l'attore ha il diritto di rifiutare e proseguire il processo; l'eventuale cessazione della materia del contendere infatti porrebbe nel nulla gli effetti prenotativi garantiti dall'art. 2652 n. 2. Sul punto torneremo *infra*, nel capitolo terzo.

attinenti sia profili formali<sup>69</sup> che sostanziali: per quanto qui interessa in relazione a questi ultimi, il negozio preparatorio deve contenere gli elementi essenziali del contratto definitivo, altrimenti l'indeterminatezza dell'oggetto comporterà la nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418 secondo comma – ad esempio, la promessa di vendita di un immobile deve permettere la determinabilità di quest'ultimo<sup>70</sup>. In particolare è essenziale in questa sede tenere presente che, nel caso in cui le parti si siano accordate per lasciare ad una di loro la scelta discrezionale circa la determinazione della cosa venduta, l'azione *ex art. 2932* in concreto non potrà essere accolta qualora al momento dell'emanazione della sentenza tale prestazione non ci sia ancora stata<sup>71</sup>; insomma, la determinabilità dell'oggetto della prestazione può risolversi a sua volta in una condizione dell'azione<sup>72</sup>. Allo stesso modo si comporta, ad esempio, anche l'efficacia del preliminare: questo non deve essere sottoposto, al momento della pronuncia giudiziale, a condizione sospensiva non ancora avverata o a termine iniziale non ancora maturato<sup>73</sup>.

Le condizioni occorrenti per la pronuncia di accoglimento espressamente indicate dall'art. 2932 sono tre: l'esecuzione specifica non deve essere esclusa dal titolo<sup>74</sup>; deve essere possibile; e l'attore deve aver adempiuto all'onere descritto nel secondo comma della stessa disposizione. «Si ha impossibilità di ottenere l'esecuzione specifica quando non è realizzabile mediante la sentenza costitutiva il programmato assetto di interessi predisposto con il preliminare senza che vengano oltrepassati i limiti segnati dal canone di integrazione dei contratti»<sup>75</sup>: si

---

<sup>69</sup> In materia la regola centrale è dettata nell'art. 1351: «Il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo». Il principio della necessaria corrispondenza rispetto ai requisiti richiesti per ciascun tipo contrattuale (tanto se è concluso in via preliminare quanto in via definitiva) impedisce la sistematica elusione dei medesimi limiti all'esplicazione dell'autonomia privata, dato che le parti potrebbero altrimenti obbligarsi in forma atipica ad introdurre le stesse regole in un momento futuro (GABRIELLI-FRANCESCHELLI, op. cit., p. 7).

<sup>70</sup> Diversamente accade nel diritto tedesco, il cui codice non prevede la figura del contratto preliminare: per questo alcuni autori si chiedono quale sia l'utilità di ricorrere al *Vorvertrag* quando gli elementi del negozio siano già certi e definiti (così DI MAJO, *La normalizzazione* cit., 132; l'autore tedesco preso a riferimento è il MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Monaco di Baviera, 1994, par. 75, 40). Dunque l'obbligo assume caratteri molto diversi tra gli ordinamenti, e l'indice positivo di questa autonomia è proprio l'art. 2932 cod. civ.

<sup>71</sup> «In questo caso non viene in considerazione il rimedio di cui all'art. 2932 perché il giudice non può oltrepassare il limite entro il quale opera normalmente il canone di integrazione dei contratti al fine di individuare l'oggetto del preliminare» (LUGANESI, op. cit., p. 705). Il punto è importante perché col preliminare possono essere programmate anche operazioni molto complesse: il che non potrà non incidere sulla fattispecie di «rapporto pendente» *ex art. 72 l.fall.* che approfondiremo *infra*, nel terzo capitolo, *spec.* § 1.3 e § 3.

<sup>72</sup> Così specificamente Cass. 6 agosto 1990, n. 7907.

<sup>73</sup> MESSINEO, voce «*Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 181.

<sup>74</sup> Non trovano posto nell'economia del discorso gli approfondimenti sul tema, rispetto al quale si rinvia a GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 50.

<sup>75</sup> VISALLI, op. cit., p. 179-180.

pensi ad esempio alla promessa di vendita di cosa altrui o di cosa futura qualora essa non sia stata acquistata dal promittente o non sia venuta ad esistenza al momento della pronuncia. Il «qualora sia possibile» è soprattutto espressione positiva del controllo delle sopravvenienze, il cui esito negativo si configura come fatto impeditivo dell'accoglimento della domanda<sup>76</sup>. Questo evidenzia anche la natura «sostitutiva» che appartiene al provvedimento giurisdizionale in questione: quando le circostanze lo richiedono, il giudice contribuisce con i suoi poteri specificativi<sup>77</sup> a disegnare una regolamentazione contrattuale che viene imposta alle parti, completando e perfezionando il programma predisposto nel preliminare (sempre rispettandone il concreto assetto d'interessi, frutto dell'autonomia negoziale, ed i principi che regolano la materia contrattuale)<sup>78</sup>. Questi sono solo alcuni degli aspetti che testimoniano gli sforzi dell'ordinamento di dare una tutela più effettiva possibile a questa espressione dell'autonomia negoziale; al crescere della rilevanza del momento giurisdizionale si rafforzano i motivi di struttura di questo studio, in particolare quello della *soggezione* del convenuto al potere di azione costitutiva (a sua volta scaturito da un impegno nettamente cogente).

Il presupposto contemplato dal secondo comma dell'art. 2932<sup>79</sup> è stato letto come applicazione della regola generale *inadimplenti non est adimplendum*, volta a salvaguardare l'interdipendenza delle prestazioni nei contratti sinallagmatici: la comune eccezione d'inadempimento ex art. 1460 cod. civ. viene qui elevata al rango di condizione dell'azione per assicurare una maggiore garanzia del convenuto<sup>80</sup>; l'attore deve pertanto manifestare una seria e concreta intenzione di adempiere<sup>81</sup>, il che può essere fatto in tutto il corso del giudizio. Concentriamoci in particolare sull'inciso «a meno che la prestazione non sia ancora esigibile»: il requisito descritto al secondo comma non può essere applicato ai casi in cui, nel

<sup>76</sup> LA ROCCA, loc. ult. cit.

<sup>77</sup> Alla natura sostitutiva fa riferimento, ad esempio, Cass. 4 gennaio 2002 n. 59. Se si rivelano dei vizi, la Cassazione ha riconosciuto al promissario acquirente la facoltà di chiedere la pronuncia costitutiva contestualmente alla riduzione del prezzo (*ex multis* Cass. 2003 n. 10454; Cass. 2002 n. 5509) o alla condanna del promittente alienante all'eliminazione a sue spese dei vizi della cosa (azione di esatto adempimento: Cass. 2010 n. 1562, Cass. 2007 n. 3383); cfr. TRABUCCHI, op. cit., p. 180.

<sup>78</sup> Così DONZELLI, *Sulla condizione di adempimento nella sentenza ex art. 2932*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, II, p. 815 ss.

<sup>79</sup> Art. 2932, comma secondo: «Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile».

<sup>80</sup> BUSNELLI, op. cit., p. 379; MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, *Tutela dei diritti*, tomo II, Torino, 1985, p. 356; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*<sup>2</sup>, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, libro VI, *Tutela dei diritti* (artt. 2900-2969), sub artt. 2910-2933, Bologna-Roma, 1977, p. 197.

<sup>81</sup> Non è necessario l'uso dell'offerta reale o quella per intimazione: cfr. già Cass. 27 settembre 1991 n. 10139, oltre alle sentenze più recenti citate da GAZZONI, loc. ult. cit.

negozio preparatorio, le parti abbiano stabilito la simultaneità dell'adempimento rispetto al momento della stipula del contratto definitivo. La giurisprudenza<sup>82</sup> vuole conservare il rapporto di interdipendenza tra le prestazioni corrispettive (specificamente voluto dalle parti che, ad esempio, subordinano il versamento dell'ultima rata del prezzo alla conclusione del definitivo), ed a tal fine ricorre in modo estensivo alla sentenza che condiziona i propri effetti (es. il trasferimento di proprietà) al successivo pagamento del prezzo da parte dell'attore vittorioso, entro un termine preciso oppure no<sup>83</sup>. La «sentenza condizionale» insomma, nel surrogare il contratto non concluso, adotta lo stesso contenuto del contratto preliminare *anche* in ordine al momento dell'esecuzione delle prestazioni corrispettive, così da rispecchiare la volontà contrattuale espressa dalle parti del negozio preparatorio<sup>84</sup>. Va però tenuto presente che, secondo autori come il Ferri, questa tecnica di differimento degli effetti non si qualifica in termini di condizione in senso proprio, bensì l'adempimento si limita a completare una fattispecie già accertata nella sentenza: dopotutto è difficile ridurre un elemento essenziale ad un evento condizionante del contratto, senza contare che le condizioni meramente potestative sono rese inefficaci dall'art. 1355<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Se la prestazione del pagamento del residuo prezzo non è esigibile al tempo della proposizione della domanda, il pagamento stesso va imposto nella sentenza quale condizione dell'effetto traslativo: Cass. 17 luglio 2012 n. 12202; Cass. 16 marzo 2006 n. 5875, in *Guida dir.*, 2006, 22, p. 47; Cass. 29 luglio 2004 n. 14378, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7-8. Ancora, Cass. 26 febbraio 2003 n. 2864, in *Foro it. Mass.* 2003, afferma che l'efficacia costitutiva *ex nunc* della sentenza non impedisce che gli effetti traslativi siano condizionati all'adempimento di specifiche obbligazioni poste dal contratto preliminare a carico dell'acquirente; parimenti Cass. 4 gennaio 2002 n. 59, in *Giust. civ.* 2002, I, 1261 e in *Contr.* 2002, p. 606 con nota di Tagliaferri. Cfr. per ulteriori riferimenti giurisprudenziali VISALLI, op. cit., p. 185 ss.; ZUFFI, *Sull'incerto operare del fenomeno condizionale nelle sentenze di accertamento e di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 1002 ss.; GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, Torino, 2014, III, p. 150, nt. 69.

<sup>83</sup> Attenzione a non confondere l'offerta con l'oggetto dell'adempimento: il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia deve essere condizionato proprio al pagamento del prezzo. V. FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionati da eventi successivi alla pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1396.

<sup>84</sup> Una applicazione rigorosa di questo ragionamento impedirebbe il ricorso alla sentenza condizionale qualora le parti stabiliscano per il pagamento un momento *successivo* a quello della stipula del definitivo; ma il *Richterrecht* sembra valorizzare il rimedio ben oltre questi confini, come si evince ad esempio in Cass. 9 gennaio 1993, n. 144; Cass. 15 marzo 1990, n. 2103. Per approfondimenti si rinvia, oltre che alla dottrina in nota 82, anche a DONZELLI, loc. ult. cit.

<sup>85</sup> FERRI, op. cit., p. 1393 ss. Per l'autore la particolarità delle sentenze pronunciate *ex art.* 2932 (*rectius*: dell'operare dei loro effetti condizionati) sta solo nell'oggetto proprio dell'accertamento della fattispecie sostanziale (es. il preliminare di compravendita immobiliare): il pagamento del prezzo completa la fattispecie sono posteriormente e per comando del giudice, e questa è anche la chiave per risolvere problemi quali le conseguenze della mancata esecuzione di questo. Poiché la problematica qui non rileva direttamente, basti dire che gli effetti di natura costitutiva semplicemente non si producono se l'elemento che completa la fattispecie è mancante; il che appare completamente riconnesso alla discrezionalità dell'attore vincitore.

Il problema dell'applicabilità (come in Donzelli) o meno (secondo il Ferri) degli artt. 1356 ss. a

Il tema della sentenza condizionata è d'interesse, in questo studio, soltanto per la sua concreta operatività: gli effetti della pronuncia si realizzano soltanto al compimento di una certa attività da parte dell'attore vittorioso (generalmente il pagamento del prezzo, ma non sono escluse altre prestazioni se oggetto di pattuizioni del preliminare – il rilascio dell'immobile detenuto, la cancellazione di ipoteche, etc). Cosa succede se, prima dell'esecuzione di questa prestazione ma dopo il passaggio in giudicato della pronuncia, il convenuto fallisce? Il curatore può forse esercitare il potere di scioglimento del preliminare ancora “ineseguito” ex art. 72? La risposta positiva<sup>86</sup>, senza dubbio straordinariamente afflittiva per l'attore vittorioso, sarebbe coerente con i postulati dell'opinione dominante: ma poiché il tema coinvolge i presupposti di applicabilità del regime dei rapporti pendenti alla dichiarazione di fallimento, occorre riservare la trattazione al terzo capitolo.

### 3.3. *La natura del rimedio: teoria generale e tutela in forma specifica.*

I profili tracciati sopra attengono l'accertamento compiuto dal giudice in sede di un giudizio, quello iniziato con l'azione ex art. 2932, pacificamente a struttura cognitiva; ad esso, una volta passata in giudicato la rispettiva sentenza, saranno ricollegati direttamente effetti giuridici innovativi della sfera giuridica delle parti processuali (oltre che di altri soggetti, stante il descritto ampliamento operato dagli effetti della pubblicità). Ci chiederemo adesso se sia possibile invece inquadrare il medesimo articolo tra gli strumenti di tutela esecutiva, alla luce di una diffusa (quanto circolare) riscoperta della sua rubrica da parte della dottrina; la *querelle* sulla natura del rimedio ha ripercussioni straordinariamente rilevanti dal nostro punto di vista, dato che rivitalizza quella tesi (oggi quasi scomparsa<sup>87</sup>) che invoca l'art. 51 l.fall. per affermare l'improcedibilità della suddetta domanda giudiziale, pur tempestivamente trascritta, contro il fallimento.

#### 3.3.1. *Segue: I caratteri esecutivi del rimedio ed i limiti del suo ripensamento.*

«Attraverso una tecnica di questo tipo (art. 2932 c.c.) il processo di cognizione è chiamato ad assolvere ad un tempo funzione cognitiva (di accertamento dell'esistenza dell'obbligo insoddisfatto) ed esecutiva (di attribuzione all'avente diritto del bene che avrebbe dovuto conseguire a seguito dell'adempimento

---

questa «condizione» si innesta sul più generale interrogativo circa la natura degli effetti della sentenza ex art. 2932.; accennato alla nota 61.

<sup>86</sup> Per una esplicita posizione in questo senso v. SAGNA, in *Giust. civ.* 2003, I, p. 2563 ss.

<sup>87</sup> Per una timida adesione v. BETTAZZI, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita*, in *Fall.* 2005, 7, p. 763; che a sua volta richiama RISTORI, *Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro It.* 1995, I, 300.

dell'obbligo insoddisfatto di stipulare un contratto)»<sup>88</sup>. Questa affermazione ha l'innegabile valore didattico-descrittivo di esaltare la funzione dell'art. 2932 quale strumento di attuazione coattiva della pretesa insoddisfatta a causa dell'inadempimento dell'obbligo di emanare una dichiarazione di volontà; tuttavia è stata spinta oltre, fungendo da argomento a sostegno dell'espulsione del medesimo articolo dalla categoria delle azioni costitutive. «Orbene in ipotesi di questa specie scompare del tutto l'elemento del "potere" di attribuire rilevanza a fatti: scompare cioè la figura del diritto potestativo, e, a livello di potere, residua solo il potere (tutto processuale, non sostanziale) di agire o no per l'attuazione coattiva della pretesa insoddisfatta... La necessità di servirsi del processo deriva [solo] dalla necessità di ottenere in via coattiva tramite terzo il bene (la dichiarazione di volontà) che non si è riusciti ad ottenere in via di adempimento spontaneo... [In questi processi] il carattere "costitutivo" è il carattere proprio di ogni esecuzione forzata: attribuire al creditore il bene che avrebbe dovuto conseguire in via di adempimento spontaneo della pretesa insoddisfatta»<sup>89</sup>.

La svolta non è così improvvisa come potrebbe sembrare. La tutela costitutiva, in queste come in altre pagine, viene spesso trattata partendo da un determinato schema di produzione degli effetti giuridici; l'autore citato, e non da solo, ha limpidamente applicato le medesime nozioni di teoria generale. Come Chiovenda ricavava in via interpretativa una tutela analoga partendo dal concetto di azione, così Proto Pisani ha letto nell'articolo 2932 c.c. il mero potere processuale di far valere in giudizio l'obbligo scaturito dal preliminare e rimasto inadempito: il fenomeno, se visto da questa prospettiva, forse può essere spiegato senza interporvi il diritto potestativo.

Il richiamo alla tutela esecutiva per risolvere questa crisi di cooperazione può essere rinvenuto già nel pensiero di Calamandrei<sup>90</sup>, il quale mentre descriveva le sentenze costitutive come il risultato della somma di un atto giurisdizionale (l'accertamento del diritto ad ottenere il mutamento giuridico) ed un atto amministrativo (l'esecuzione da parte del giudice di un precetto di cui è lui stesso il destinatario<sup>91</sup>), trovava nella sentenza originata dall'inadempimento del preliminare soltanto due elementi giurisdizionali – la condanna dell'obligato ad emettere la dichiarazione e la contemporanea esecuzione in suo luogo da parte del giudice. Questa impostazione (come altre simili) porta con sé anche la necessità di dare una definizione molto ampia all'esecuzione forzata, il cui carattere distintivo non sarebbe quindi l'impiego della forza materiale sul debitore o sulle sue cose,

<sup>88</sup> PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 44.

<sup>89</sup> PROTO PISANI, op. cit., p. 180.

<sup>90</sup> CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, IX, Napoli, 1983, p. 344 ss.

<sup>91</sup> Ho già fatto cenno, criticamente, a quelle teorie che pongono l'oggetto del processo costitutivo nell'accertamento del dovere del giudice a pronunciarsi: cfr. le note 7 e 54.

bensi soltanto l'invasione della sfera giuridica di quest'ultimo, la menomazione del potere di disposizione esclusivo che gli compete sulla stessa<sup>92</sup>. Tuttavia, anche tralasciando le obiezioni ad una nozione generica come quella appena tracciata, abbiamo già rilevato che gli articoli 2908 e 2932 cod. civ. siano stati introdotti su decisiva influenza del Chiovenda, secondo il quale dall'inadempimento del preliminare sorge il diritto di realizzare *ad ogni modo* gli effetti propri del contratto definitivo: alla medesima idea si riferisce ancora oggi la giurisprudenza, che persiste nel definire il potere di agire in giudizio *ex art. 2932* nel senso di un vero e proprio diritto potestativo esiziale alla produzione giudiziaria di effetti (che si volevano collegare alla dichiarazione dell'obbligato) senza bisogno di alcuna attività esecutiva<sup>93</sup>.

Non credo sia davvero possibile conciliare le posizioni di chi o continua a spiegare il rimedio col diritto potestativo o, nel leggere la rubrica dell'articolo, si sforza di scoprirne le affinità col concetto di esecuzione<sup>94</sup>. Abbiamo detto quale sia l'impostazione dominante; non resta che mettere in fila i dati dell'equazione (di per sé incontestati) per vedere sotto quali aspetti l'art. 2932 descriva un rimedio esecutivo.

- Questa tutela non si esplica nelle forme del Libro III del codice di procedura civile («Del processo di esecuzione»), pertanto la difesa della sua funzione esecutiva va a scapito dei lineamenti strutturali sia dell'esecuzione forzata diretta, che in senso proprio è «caratterizzata dalla necessaria attivazione degli organi esecutivi per l'adeguamento della “realtà materiale” alla “realtà giuridica” accertata dalla cognizione»<sup>95</sup>, sia di quella indiretta. Tramite gli artt. 612 ss. c.p.c. si realizza una modificazione del mondo materiale tramite l'impiego della forza; l'art. 614-*bis* è una misura compulsoria dell'adempimento spontaneo; invece l'art. 2932 c.c. permette che si realizzi un mutamento giuridico in via diretta, senza alcuna cooperazione o coercizione della volontà renitente del debitore.

- L'articolo 2932 può essere accomunato agli artt. 2930, 2931, 2933 (appartenenti alla medesima sezione del codice civile<sup>96</sup>) se viene valorizzato il loro scopo di realizzare l'obbligo rimasto inadempito. Ma, fermo il fatto che l'argomento sembri caratterizzato da un teleologismo antistrutturale che in linea metodica

<sup>92</sup> CALAMANDREI, op. cit., p. 347.

<sup>93</sup> Cfr. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., note 70, 71, 81, 88 e 95.

<sup>94</sup> Per un'ampia riproduzione del dibattito, che in alcuni punti arriva a mettere in discussione la stessa esistenza della tutela costitutiva, si rinvia a VISALLI, op. cit., p. 13 ss.

<sup>95</sup> V. ad es. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, II, p. 59; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931, p. 52 ss.

<sup>96</sup> L'elemento della collocazione codicistica viene puntualmente ricordato da chi sostiene la natura esecutiva del rimedio *ex art. 2932*: v. ad esempio MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, *Tutela dei diritti*, Torino, 1998, p. 376 ss. Per una confutazione dell'esistenza della categoria onnicomprensiva di «esecuzione in forma specifica *latu sensu*» cfr. VISALLI, op. cit., p. 26 ss. Del resto anche la *Relazione* al codice civile, n. 1187, richiama l'art. 2908 c.c.

attrae poco, pare convincente chi<sup>97</sup> sottolinea che in questo modo quasi tutte le azioni costitutive finiscano per essere ricomprese nell'area dell'esecuzione forzata; con la conseguenza di svuotare il contenuto dell'articolo 2908, che si riferirebbe soltanto ad azioni pacificamente ritenute eccezionali (la c.d. tutela costitutiva necessaria)<sup>98</sup>.

- La ricostruzione del Proto Pisani invece ha il pregio di negare la sussistenza di un diritto potestativo proprio sul piano strutturale del rimedio: l'opinione è cesello della ultracentenaria discussione sul diritto d'azione, potere processuale che in questo caso da solo interverrebbe al fine di ottenere tutela rispetto all'obbligo rimasto inadempito<sup>99</sup>. Sul piano dei rapporti tra processo e diritto sostanziale, una volta individuati l'oggetto ed il titolo della domanda *ex art. 2932*, non residua alcun onere di eccezione in senso proprio; quindi il diritto potestativo sembra proprio la «quinta ruota del carro»<sup>100</sup>. Ebbene, secondo me questo discorso non implica che il rimedio passi attraverso un provvedimento di condanna e la sua successiva attuazione, né che il giudizio in questione abbia una struttura diversa da quella cognitiva<sup>101</sup>: se il diritto potestativo non è un inutile doppione dell'azione costitutiva, è necessario spiegare quale sia lo strumento idoneo a far sì che «nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria p[ossa] costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa» in assenza di qualsiasi attività materiale. Per questo la dottrina dominante e la giurisprudenza consolidata ritengono ancora utile fare riferimento allo schema *ex art. 2908 c.c.* per spiegare la nascita, con sentenza ai sensi dell'*art. 2932*, di effetti giuridici analoghi a quelli di un contratto che non verrà mai in esistenza.

---

<sup>97</sup> V. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 370, in replica alla impostazione di Calamandrei.

<sup>98</sup> Vorrei portare come esempio un passo di LA ROCCA, *loc. cit.*: «In realtà l'ipotizzato conflitto [tra azione esecutiva e costitutiva] non sussiste, dal momento che deve riconoscersi che i riferimenti al rapporto obbligatorio, contenuti nell'*art. 2932*, riflettono esattamente la situazione sostanziale delle parti, in quanto l'interesse di ciascuna di esse all'introduzione del rapporto definitivo è soddisfatto da un contegno di ella controparte in mancanza del quale interviene la realizzazione coattiva». Questa è proprio una di quelle formulazioni (non esattamente esaustive) che spingono alla critica anzidetta: se è valido questo argomento, allora le uniche ipotesi di tutela costitutiva sono quelle necessarie? Il diritto d'azione non è spinto un po' troppo oltre? V. nota successiva.

<sup>99</sup> È ricorrente il monito a non confondere il potere sostanziale con lo stesso potere di azione, di indole processuale e teso solo all'ottenimento di una pronuncia di merito: l'idea oggi dominante è che il bene protetto dal diritto d'azione sia l'aspirazione ad un provvedimento di merito quale che sia. Tuttavia non vanno dimenticate le riflessioni sulla relatività del concetto – tema rispetto al quale si rinnova il rinvio alla dottrina citata *retro* nella nota 93 e nel § 1.

<sup>100</sup> L'espressione è riferita dal DI MAJO ai diritti potestativi ad attuazione giudiziale, esaminati in contrapposizione ai diritti potestativi "autosufficienti": cfr. *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 292 ss.

<sup>101</sup> Esplicitamente in questo senso i passi già riportati ad inizio paragrafo (PROTO PISANI, *Lezioni*, *cit.*, p. 44 e 180).

- In più, se il Chiovenda poteva immaginare un rimedio analogo all'art. 2932 soltanto dopo aver dimostrato l'assenza di ostacoli giuridici alla sua introduzione in via interpretativa, oggi la medesima operazione creativa sarebbe impossibile proprio in forza dell'articolo 2908, che circoscrive ai casi previsti dalla legge l'impegno statale di erogare una tutela tanto (effettiva quanto) penetrante. Immaginiamo appunto l'abrogazione dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre: sarebbe necessaria una non comune dose di audacia interpretativa per reintrodurla dalla finestra argomentandone il mero «carattere costitutivo proprio di ogni esecuzione forzata»; è vero, piuttosto, che l'art. 2932 abbia il carattere esecutivo proprio di ogni tutela costitutiva non necessaria. Il diritto di provocare unilateralmente il mutamento descrive una tutela – qualunque sia la concezione di partenza – estremamente incisiva, assai difficile da ottenere tramite quei rimedi ordinari (es. azione di adempimento o di risarcimento del danno) cui l'art. 2932 non si sostituisce ma si affianca (v. *infra* sull'art. 614-bis c.p.c); la tutela del diritto di credito non assorbe lo strumento in analisi<sup>102</sup>.

- Infine: non si può negare che sia suggestivo, dopo aver sfiorato i risalenti dibattiti sul diritto potestativo, chiedersi se questa posizione soggettiva non sia soltanto un'intercapedine<sup>103</sup> importata dal *Begriffshimmel* teutonico. Ma non corre forse il maggior rischio di essere qualificata tale l'immagine di una esecuzione istantanea, iniziata e finita con la pronuncia di una sentenza<sup>104</sup>?

### 3.3.2. Segue: *La posizione soggettiva fatta valere nel confronto tra tecniche di tutela.*

Al fine di dare una soluzione soddisfacente al problema generale affrontato da questo studio – cosa succede quando il promittente venditore convenuto nel giudizio *ex art.* 2932 fallisce – è molto importante tracciare i contorni di due posizioni soggettive affatto diverse: quella di chi chiede l'adempimento di un generico credito rimasto inadempito; e quella di chi esercita il potere di ottenere l'effetto giuridico voluto nonostante l'assenza di (quindi per via diversa dalla) cooperazione dell'obbligato e di surrogazione del terzo nell'esecuzione dell'attività materiale doverosa.

La crisi di cooperazione determinata dalla violazione di obblighi consistenti nell'emanazione di una dichiarazione di volontà può essere risolta tramite due

<sup>102</sup> La differenza tra agire per l'attuazione di un credito pecuniario e la costituzione di un diritto risulta particolarmente evidente nel caso di cui si agisca per la creazione di un diritto reale prima inesistente, facendo valere come titolo il contratto preliminare avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene.

<sup>103</sup> Il termine è ancora del DI MAJO, loc.ult. cit.

<sup>104</sup> MANDRIOLI, *Condanna a eseguire un contratto preliminare?*, in *Riv. dir. civ.* 1964, II, p. 491, spinge la *reductio* all'analisi del supposto «titolo esecutivo che esaurisce la sua funzione nel momento stesso in cui si forma».

metodologie in astratto contrapposte. Una, che guarda al risultato perseguito dalle parti, è già stata esaminata: l'effetto giuridico voluto è ottenuto per via diversa (giudiziale) rispetto all'esecuzione (negoziale) della prestazione programmata. L'altra, che si concentra più sul mezzo scelto dalle parti per programmare determinati effetti, consiste in una tutela di condanna affiancata dall'imposizione di una sanzione la quale, nel rappresentare un male maggiore che non quello di ottemperare il provvedimento, compulsi la volontà del soccombente inducendolo ad adempiere<sup>105</sup>. Variegate scelte legislative in materia percorrono tutta l'Europa continentale: la tutela accordata in caso di violazione degli obblighi nascenti dal contratto preliminare di vendita in Italia è imperniata sull'azione costitutiva di cui abbiamo parlato, in Germania su una condanna all'adempimento valevole come titolo per il trasferimento, in Francia su un'azione personale la cui sentenza di condanna riceve il presidio della *astreinte*<sup>106</sup>. E se l'obiettivo sembra lo stesso, cioè garantire una tutela giurisdizionale effettiva, sarebbe vano cercare una perfetta corrispondenza negli elementi oggettivi che identificano le rispettive domande – per questo, quando ha preso vita una nozione di «litispendenza comunitaria», è stato necessario passare dalla complessa valutazione se, tra i differenti rimedi nazionali offerti, si potesse cogliere «un congruo grado di succedaneità pratica e di omologia giuridico-funzionale»<sup>107</sup>.

Nei termini descritti nei paragrafi precedenti è infatti la stessa previsione italiana dell'art. 2932 ad incidere sostanzialmente sulla situazione obbligatoria scaturente dal preliminare: oggetto di quest'ultimo non è più un *facere*, nel senso di manifestare la volontà rigidamente predeterminata, ma soprattutto un *dare* consistente nella trasmissione del diritto<sup>108</sup>; e sulla sua lettera si è sviluppata una vasta attività giudiziale sostitutiva, capace – nel trasmettere il diritto – di definire gli elementi incerti del preliminare tramite vasti poteri integrativi-determinativi<sup>109</sup>. Niente di più diverso dall'accertamento dell'obbligo a contrarre affiancato dalla condanna ad eseguirlo entro dato termine<sup>110</sup>.

L'ennesima divergenza tra i due rimedi può essere ricavata dallo studio dei presupposti di accoglimento dell'azione di adempimento (art. 1453) e dell'azione ai sensi dell'art. 2932: non solo al secondo comma di quest'ultima disposizione

<sup>105</sup> Questa è la nota definizione delle misure «coercitive» o di esecuzione indiretta: v. ad esempio LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di Colesanti e Merlin, Milano, 2012, p. 202 ss.

<sup>106</sup> Cfr. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 63.

<sup>107</sup> Così CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 47.

<sup>108</sup> V. Cass. 25 luglio 2006, n. 16937 cit.

<sup>109</sup> FERRI, op. cit., p. 1398; cfr. anche con la dottrina precedentemente citata al § 3.2.

<sup>110</sup> La differenza si coglie con evidenza ancora maggiore se consideriamo quella vicenda in cui le parti, passata in giudicato una pronuncia molto particolare, si sono ritrovate davvero con una «condanna a firmare il contratto entro termine» e una delle due è fallita nel medesimo lasso temporale (fatto cui è seguito il pronto esercizio da parte del curatore del potere *ex art. 72 l.fall*): la sentenza sarà esaminata *infra*, nel terzo capitolo, § 2.1.1.

l'*exceptio inadimpleti contractus* viene elevata a condizione dell'azione, ma l'inadempimento del convenuto prescinde dal requisito dell'imputabilità (v. *retro*).

L'autonomia delle posizioni soggettive sottese ai rispettivi rimedi è stata valorizzata in particolare da chi ha argomentato, dopo la riforma del 2009, la differenza degli interessi ad agire che sosterebbero i due mezzi processuali: secondo queste tesi sarebbe divenuto possibile proporre le domande, in via di cumulo concorrente non alternativo, sia *ex art. 2932* sia di condanna all'adempimento assistita dal nuovo *614-bis c.p.c.*<sup>111</sup>. In altre parole, subito dopo l'introduzione in Italia delle misure compulsorie dell'adempimento spontaneo, la dottrina si è chiesta se non fosse possibile immaginare una soluzione, alla medesima crisi di cooperazione sottesa all'*art. 2932*, ricalcata sul modello francese – il che acquisisce senso in quanto tali domande corrispondano a situazioni soggettive non coincidenti, e soprattutto siano proiettate ad ottenere beni della vita (almeno parzialmente) difformi. In particolare esse consentirebbero di ottenere il trasferimento di proprietà in tempi diversi, in corrispondenza dello schema dominante relativo al momento di produzione degli effetti delle sentenze: la pronuncia costitutiva opera dal momento del suo passaggio in giudicato, mentre gli effetti del capo condannatorio del provvedimento di primo grado sarebbero idonei a compulsare immediatamente lo “spontaneo” adempimento dell'obbligo da parte del soccombente.

Cumulare questi rimedi darebbe luogo ad una vasta serie di problemi sostanziali – non solo rispetto al regime del contratto stipulato sotto *astreinte* provvisoriamente esecutiva – i quali, semplicemente, rispecchiano l'incoerenza di ammettere la proposizione di entrambe le domande contemporaneamente<sup>112</sup>. Sarebbe molto più semplice eliminare la possibilità di configurare interessi ad agire distinti per entrambe le azioni (ad esempio) affermando la provvisoria esecutività del capo costitutivo, quindi in generale smettendo di radicare differenze di tutela così rilevanti sulla classificazione dogmatica del diritto

---

<sup>111</sup> CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.*, in *Corr. giur.* 2009, 741-742; ID, *Spiegazioni*, cit., p. 122-125. In una chiave ancora diversa v. PAGNI, *La “riforma” del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, ivi, 2009, 10, 1317, nt. 13.

<sup>112</sup> In realtà, nell'odierno testo dell'*art. 614-bis*, vari aspetti giocano nel senso di impedire proprio quel cumulo concorrente di domande: non è infatti improbabile che la giurisprudenza ritenga «manifestamente iniquo» compulsare l'adempimento di un contratto i cui effetti sono già programmati dai capi costitutivi della medesima sentenza; ed anche la rubrica dell'articolo suggerisce la soluzione negativa, visto il riferimento all'attuazione degli «obblighi di fare infungibili». Abbiamo già trattato, quanto al contratto preliminare, del dogma del *nemo ad factum cogi potest*: la presenza dell'*art. 2932* nel nostro ordinamento assume particolare significato proprio rispetto alla situazione obbligatoria scaturente da quest'ultimo, quindi non si vede perché non debba anche permettere la considerazione di «fungibilità» dell'impegno a produrre gli effetti programmati.

potestativo a necessario esercizio giudiziale<sup>113</sup>; il problema però continua a porsi, perché nel diritto vigente le posizioni soggettive fatte valere sono diverse e danno luogo a tutele diverse. Nel paragrafo successivo continueremo ancora ad insistere sui limiti dell'impostazione che guarda all'art. 2932 come strumento per chiedere l'esecuzione forzata di un diritto di credito, ma in una diversa chiave.

### 3.3.3. Segue: *L'incoerenza del postulato conflitto tra esecuzioni.*

La considerazione del rimedio *ex art. 2932* quale forma di esecuzione forzata di una pretesa obbligatoria ha, come detto, il pregio di descrivere in che misura il processo sia «strumentale» ai rapporti di diritto sostanziale; ma, tratti per avventura i corollari da un'applicazione rigorosa di questa tesi, ne risultano incoerenze difficilmente gestibili.

a) Abbiamo discusso nel primo capitolo del rapporto tra l'esecuzione singolare e la domanda giudiziale trascritta *ex art. 2652 n. 2* anteriormente al pignoramento: il combinato di quest'ultima norma con l'art. 2915 secondo comma descrive una regola di conflitto piuttosto lineare. Ma se la domanda ai sensi dell'art. 2932 viene considerata l'unica trascrivibile che abbia lo scopo di soddisfare un *diritto di credito*, laddove tutte le altre mirano ad una modificazione giuridica o all'accertamento, allora consegue che «la possibilità di un contrasto, fra il principio della *par condicio creditorum* e l'opponibilità al fallimento degli effetti della sentenza emessa a seguito di domanda giudiziale tempestivamente trascritta, si pone solo con riferimento alla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto e non per le altre domande elencate dagli art. 2652 e 2653 c.c.»<sup>114</sup>. Dopo la faticosa presa di coscienza circa l'art. 45 l.fall. ed il funzionamento delle «formalità» da esso richiamate, ecco dunque che un avversario tanto imponente quanto indeterminato rialza la testa: poiché il sistema della trascrizione delle domande giudiziali è funzionale soltanto a preservare gli effetti di accertamento e costitutivi delle sentenze, quella «esecuzione più efficace» prevista dall'art. 2932 non può sfruttarlo per sottrarre un bene agli altri creditori in spregio alla *par condicio*<sup>115</sup>. Ora, senza richiamare i passaggi già fatti in altra sede e mettendo da parte il fallimento, per rispondere ci basta richiamare il sistema dei rapporti tra le esecuzioni singolari.

L'articolo 2652 n. 2 non fa alcuna distinzione tra gli effetti prodotti nei confronti dei creditori e quelli prodotti nei confronti dei terzi acquirenti, disponendo semplicemente che «la trascrizione che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione

<sup>113</sup> Alla materia sarà data attenzione *infra*, nel § 4.

<sup>114</sup> RISTORI, *Fallimento e domanda di esecuzione* cit., 301 ss.

<sup>115</sup> Cfr. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989, p. 309 ss.

della domanda». Secondo gli autori che attribuiscono carattere esecutivo all'azione in analisi, «evidentemente il legislatore voleva regolamentare il conflitto fra più acquirenti dello stesso bene, ma... ha finito col disciplinare anche un conflitto fra creditori quello del creditore che abbia trascritto la domanda *ex art. 2932 c.c.* ed i creditori pignoranti, che ai sensi dell'art. 2741 avrebbe dovuto essere risolto secondo le regole della *par condicio*»<sup>116</sup>: altro che errore dell'interprete, è proprio il legislatore ad aver "voluto" male. «È chiaro che la trascrizione della domanda di esecuzione specifica non rientra fra le cause legittime di prelazione... [Mentre] la disciplina dell'esecuzione per espropriazione consente l'attuazione del principio della *par condicio creditorum* seppure imponendo il rispetto di precisi limiti temporali, la trascrizione della domanda *ex art. 2932*, rendendo immediatamente tardiva la domanda di soddisfacimento degli altri creditori, impedisce qualunque tipo di concorso sul bene»<sup>117</sup>. Dunque in queste tesi, davanti ad un principio che ammette deroghe soltanto per legittime cause di prelazione (art. 2741), l'art. 2652 n. 2 si inserisce come norma di conflitto assolutamente irragionevole, un vero e proprio privilegio nei confronti dei creditori.

Impostato il problema in questi termini, il Ferrara si è fatto carico di suggerire una soluzione possibile: nel diritto comune l'esecuzione in forma specifica deve cedere in qualsiasi momento il passo al creditore che agisca per equivalente, vale a dire la domanda ai sensi dell'art. 2932 (trascritta) non impedisce che il bene sia aggredito da altri<sup>118</sup>. Contro la pacifica giurisprudenza sul punto questa tesi ammette quindi l'intervento dei creditori nel processo di attuazione del preliminare, monetizzando nel passaggio qualsiasi diritto derivi dal suddetto negozio; finora avremmo discusso di un'azione precaria, capace di essere troncata in qualsiasi momento da altri soggetti forti di un'esecuzione per equivalente "generale", prevalente anche su qualsiasi dato positivo contrastante.

Invero, neanche volgere lo sguardo dalla parte opposta per spiegare i rapporti di prevalenza tra "esecuzioni" singolari permette di scorgere soluzioni più attraenti. Ciò che infatti alternativamente propone il Vigo è «un'interpretazione consapevolmente restrittiva dell'art. 2741, che finisce per essere applicato solo quando il conflitto si svolge fra i creditori aventi diritto ad una somma di denaro... il principio di eguaglianza è concettualmente inidoneo a risolvere il conflitto in atto»<sup>119</sup>: in altre parole, per l'Autore soltanto quando concorrono crediti pecuniari si può parlare di *par condicio*, mentre altri crediti non sono "frazionabili"; l'art. 2932 rafforza il creditore nei rapporti interni col debitore, e per questo in caso di

---

<sup>116</sup> RISTORI, op. cit., p. 307 nota 28. VIGO riscontra il medesimo «effetto collaterale» ma vi è favorevole (v. *infra*).

<sup>117</sup> RISTORI, loc. ult. cit.

<sup>118</sup> FERRARA, loc. ult. cit.

<sup>119</sup> VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati dalla «legge fallimentare»*, Milano, 1989, 198 ss.

incapienza del patrimonio «far prevalere l'azione esecutiva in forma specifica significa creare una causa di prelazione surrettizia»<sup>120</sup>. Personalmente, non capisco perché siano fatti tutti questi sforzi per considerare il diritto al trasferimento del bene, opponibile ai creditori *ex art. 2915* secondo comma, come mero diritto di credito. Quale vantaggio viene ricavato dall'immaginare un conflitto tra esecuzioni singolari che poi deve essere risolto disapplicando l'art. 2652 n. 2, stante la sua (supposta) incorreggibile irragionevolezza? Oppure sminuendo la stessa nozione di *par condicio creditorum* subito dopo averla richiamata? Sono tutti problemi che, dichiaratamente, originano dalla volontà di considerare della trascrizione della domanda diretta ad eseguire l'obbligo a contrarre come ipotesi diversa da tutte le altre agli articoli 2652 e 2653.

**b)** Il quadro si complica ancora di più se si considerano le posizioni che affermano la prevalenza sull'art. 2932 dell'esecuzione per equivalente a seconda della tipologia di procedimento esecutivo singolare o concorsuale. Di questo dopotutto abbiamo già parlato nel primo capitolo: la dottrina dominante fino all'inizio degli anni Ottanta valorizzava l'articolo 2915 comma 2 nell'esecuzione singolare, ma non lo riteneva estensibile al fallimento; è stato grazie alla serie di contributi iniziati con la spinta di Andrioli<sup>121</sup> che l'art. 45 l.fall. ha riconquistato la sua posizione. Eppure una dottrina minoritaria<sup>122</sup> ha continuato ad indicare un differente ostacolo alla domanda del promissario acquirente *in bonis*: la rilevanza pratica della discussione sulla natura esecutiva del rimedio, per noi, sta infatti nella conseguente operatività di particolari divieti come quello contenuto nell'articolo 51 della legge fallimentare<sup>123</sup>. Per simili ricostruzioni la domanda di

<sup>120</sup> VIGO, op. cit., p. 201: quest'ultimo «effetto collaterale di prelazione» sarebbe spiegabile tramite un parallelo con l'istituto della compensazione.

<sup>121</sup> ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 553 ss.

<sup>122</sup> Minoritaria perché si basa su postulati da sempre accantonati dalla letteratura e dalla giurisprudenza: cfr. ANDRIOLI, *Fallimento* cit.; COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972; MAFFEI ALBERTI, *Contratto preliminare e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 619; GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Commentario Scialoja-Branca sulla legge fallimentare, Bologna-Roma, 1986, 140 ss.; SEMIANI BIGNARDI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e fallimento*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1006; FABBRINI, *Fallimento e trascrizione della domanda di cui al n. 2 dell'art. 2652*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 520; altra dottrina sarà indicata nel terzo capitolo, §§ 2 e 3.

<sup>123</sup> Art. 51 l.fall.: «Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per i crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento». Scarsissima attenzione è stata dedicata al problema dalla dottrina: cfr. gli autori citati da RISTORI, op. cit., p. 309 ss.

Un'altra conseguenza è quella di attribuire al giudice poteri analoghi a quelli dell'art. 612 c.p.c. Ora, sul tema dei poteri specificativi (o "determinativi") rivendicati dalla giurisprudenza in sede di pronuncia ai sensi dell'art. 2932 abbiamo dedicato parte del § 2 e del § 3 (*supra*): certo non c'è bisogno, anzi si rivela piuttosto controproducente, cercare di ricondurli alla espropriazione forzata di obblighi di fare.

esecuzione dell'obbligo a contrarre diventa improcedibile con la dichiarazione di fallimento, senza che meriti troppa considerazione l'obiezione per cui sarebbe frustrata la tempestiva iniziativa processuale del promissario acquirente: «il fondamentale principio che la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che è costretto a servirsene per ottenere ragione [ha] rilevanza molto affievolita nel fallimento» perché l'art. 51 impone a qualsiasi creditore pignorante il concorso, «non solo con tutti i creditori attuali del fallito, ma anche con i creditori i cui debiti non erano ancora scaduti al momento della dichiarazione di fallimento»<sup>124</sup>. Il divieto di azioni esecutive durante il fallimento ha lo scopo di impedire che siano portate a termine azioni miranti al soddisfacimento di diritti di credito: quindi, per la dottrina citata, la *par condicio* imporrebbe la disapplicazione dell'art. 2652 n. 2, risparmiando invece tutte le altre ipotesi di trascrizione delle domande giudiziali perché miranti al soddisfacimento di diritti diversi (irrilevanti al medesimo principio). Di nuovo, insomma, viene immaginato un conflitto tra esecuzioni e l'unico modo per risolverlo è decretare la morte di una disposizione di legge (che pure gode di ottima salute nel diritto vivente); riscritto il vincolo a porta aperta del pignoramento, capace ora di tranciare qualsiasi esecuzione in forma specifica anteriormente attivata, non si vede perché non proponesse la stessa cosa con gli artt. 51 e 45 della legge fallimentare. Altre costruzioni infine muovono nella direzione opposta, argomentando la «prevalenza» dell'art. 2932 su qualsiasi «altra» esecuzione<sup>125</sup>.

c) Nel caso non bastino al lettore gli argomenti invocati per negare la natura esecutiva dell'azione ai sensi dell'art. 2932, né lo disturbi la considerazione dei rapporti tra le azioni nel senso della prevalenza di una esecuzione sull'altra, vorrei concludere il paragrafo con un'ultima osservazione. Prendiamo spunto da quanto già detto sul contratto preliminare: questo è un negozio ontologicamente ineseguito da entrambe le parti che prevede in capo a ciascuna il potere unilaterale – sostanziale o processuale che sia, costante la correlativa soggezione del destinatario – volto ad ottenere il trasferimento del bene per via giudiziaria; tale potere può essere esercitato in modo fondato solo se vengono rispettate una serie di condizioni lungo tutto l'arco temporale del processo, tra cui quella indicata al secondo comma del medesimo articolo. Ora, va dato atto dell'esistenza di una ricostruzione che ha letto l'adempimento del suddetto onere da parte dell'attore

<sup>124</sup> RISTORI, op. cit., p. 310, nt. 33.

<sup>125</sup> Per esempio, trovo significativo che VIGO, op. cit., p. 187, forte di studi approfonditi sul rapporto tra “esecuzioni”, *escluda comunque* che la sorte del promissario attore sia regolata in base all'art. 51 l.fall: «più ancora forse i giuristi colgono... che l'art. 51 l.fall. non è diretto a graduare le pretese dei creditori, ma a regolare le modalità secondo le quali deve svolgersi l'esecuzione forzata nel fallimento. Non stabilisce come vadano risolti i conflitti fra i creditori del fallito, ma esercita un ruolo strettamente processuale, riportando all'interno della procedura le attività di liquidazione e ripartizione dell'attivo fra i creditori, fermi i criteri “sostanziali” che altre disposizioni hanno fissato».

come *esecuzione unilaterale* del contratto preliminare<sup>126</sup>; percorsa la nuova via (non più negoziale) per l'ottenimento del bene promesso, le prestazioni dovute dall'attore sarebbero la tempestiva trascrizione della domanda (artt. 2652 n. 2 e 45 l.fall.) e l'offerta del prezzo. Ecco quindi rafforzata la qualificazione di «esecuzione in forma specifica del diritto di credito»: qualora nelle more del processo il convenuto fosse dichiarato fallito, per questa tesi l'attore non sarebbe parte di un rapporto pendente ai sensi dell'art. 72 l.fall., bensì il titolare di un diritto di credito residuo dall'adempimento della sua parte di contratto sinallagmatico. Ma come, diremmo noi col conforto della giurisprudenza<sup>127</sup> e della dottrina dominante<sup>128</sup>, il contenuto inadempito del preliminare non è forse la prestazione del consenso al negozio definitivo? «Se si volesse seguire la logica della obiezione in discorso» - risponde Vigo dopo averne denunciato il vizio di formalismo - «basterebbe rilevare che il promittente acquirente potrebbe fare la sua dichiarazione negoziale prima di convenire in giudizio la controparte, giacché per il rispetto della forma scritta non è necessaria l'unicità del documento... né la contestualità diviene necessaria se si vuol rendere la dichiarazione per atto pubblico, come dimostra l'art. 782 comma 2 c.c.». L'intelligenza dell'argomento deve però fare i conti col dato di *ius receptum* che altrove abbiamo chiamato «scissione in due fasi» del programma negoziale: è pacifico che il pagamento del prezzo si fondi sul definitivo (non sul preliminare: l'eventuale anticipazione dello stesso ha sempre dei limiti), quindi l'adempimento unilaterale del negozio preparatorio postulerebbe la creazione del negozio programmato e il pagamento del corrispettivo utilizzando come titolo.. le memorie processuali di parte. A me sembra che, se certamente non è necessaria la contestualità delle dichiarazioni per dar vita all'atto definitivo, quest'ultimo rimanga imprescindibile per fondarvi l'adempimento<sup>129</sup>.

Agli autori da ultimo richiamati dobbiamo (tra le altre cose) la moderna concezione della disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, su cui ci soffermeremo nel prossimo capitolo; è un peccato che, in queste grandi sistemazioni della procedura concorsuale, un particolare tema di confine come la sequenza preliminare-definitivo (o sentenza che lo surroga) sia uscito un po' malconcio. Eppure come si potrebbe mai pagare, ad esempio, il

<sup>126</sup> Mi riferisco all'originale sviluppo della tesi del Colesanti in VIGO, op. cit., p. 186 ss.

<sup>127</sup> Il riferimento è all'indirizzo inaugurato con la storica sentenza Cass. 13 maggio 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1132 ss., su cui torneremo nel terzo capitolo, § 2.2.

<sup>128</sup> FERRI, op. cit., p. 1396: «l'offerta non deve essere confusa con l'oggetto dell'adempimento, quindi il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia deve essere condizionato al pagamento del prezzo e non già alla mera offerta». Per il diritto vivente sul contratto preliminare cfr. *retro*, § 2 e § 3.2.

<sup>129</sup> Il tema si interseca con nozioni che approfondiremo nel terzo capitolo, cui nuovamente si rinvia: la disciplina degli artt. 72 ss. (§ 1.1), l'intangibilità delle pretese reali (§ 1.2) e la multiforme giurisprudenza sul problema (§ 2).

saldo condizionato alla stipula del definitivo quando questo ancora non c'è? E perché la giurisprudenza dovrebbe usare lo schema della sentenza condizionale, quando il singolo contraente sembra dotato anche della tacita potestà di scavalcare la programmata interdipendenza tra le prestazioni? Invero non c'è bisogno di coinvolgere l'art. 2652 n. 2 in un elaborato conflitto tra diverse esecuzioni<sup>130</sup> come non è necessario intervenire sui dogmi del *Vorvertrag*, se accettiamo (insieme alla tradizione) che l'art. 2932 dia vita ad un rimedio costitutivo. L'attuazione giudiziaria della pretesa in questione non assicura l'adempimento coattivo dell'obbligo bensì prende una strada diversa, poiché il contratto definitivo non ci sarà mai; e, se i maestri hanno ricostruito l'art. 2932 in termini di diritto d'azione, forse non intendevano anche ricondurre la rinata pretesa processuale sotto la scure del divieto fallimentare.

#### 4. Il momento di produzione degli effetti costitutivi.

Ricondotta l'azione in analisi nell'alveo della tutela costitutiva rimane da affrontare il vasto tema dell'operatività degli effetti di simili pronunce. Sul punto, oggi, il dibattito risulta particolarmente irrigidito per la presa di posizione della giurisprudenza di legittimità<sup>131</sup>: rispetto alla sentenza *ex art.* 2932 la «Corte ha ripetutamente affermato che ha natura costitutiva e spiega la sua efficacia solo con decorrenza *ex nunc* al momento del passaggio in giudicato, con conseguente necessità della sussistenza delle condizioni dell'azione al momento dell'intervento della pronuncia» (Cass. Sez. Un. civili, sentenza del 22 febbraio 2010 n. 4059)<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Tra l'altro, quando il legislatore ha riscontrato una vera ipotesi possibile di conflitto tra esecuzioni, ha avuto l'accortezza di disciplinarla: sto parlando del contrasto tra l'avente diritto alla consegna di un bene mobile ed i creditori che abbiano già pignorato lo stesso bene, regolato dall'art. 607 c.p.c. nel senso di impedire che tramite la consegna forzata del bene pignorato sia perfezionata la fattispecie acquisitiva *ex art.* 1153 c.c. (aggirando gli artt. 2914 n. 4 c.c. e 614 c.p.c.). In un crescendo di disagio, questi autori prima immaginano che il combinato tra gli artt. 2915 secondo comma e 2652 n. 2 suggerisca qualcosa di simile; e poi cercano di disapplicarlo perché «irragionevole».

<sup>131</sup> Esempi recenti sono: Cass. 16 gennaio 2006 n. 690; Cass. 2 dicembre 2005 n. 26233; ord. 3 agosto 2005 n. 16216; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4522; Cass. 10 marzo 2006 n. 5162; Cass. 10 marzo 1999 n. 2522.

<sup>132</sup> Sentenza pubblicata in *Riv. dir. proc.* 2011, p. 171 ss., con nota di MARELLI, *Un passo indietro nella direzione della tutela giurisdizionale effettiva: la condanna accessoria ad una pronuncia costitutiva non è provvisoriamente esecutiva*; in *Foro it.* 2010, p. 2084 ss.; in *Giusto proc. civ.*, 2010, 515 ss., con nota di IMPAGNATIELLO, *Esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e provvisoria esecutività della sentenza*.

Per un esempio della impostazione invalsa nella dottrina maggioritaria può essere riportato VISALLI, op. cit., p. 148: «Gli effetti della sentenza – allorché sono presenti tutti i presupposti per l'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica – decorrono fra le parti *ex nunc*, dal momento del passaggio in giudicato della pronuncia. Questa decorrenza trova la sua giustificazione nel fatto che gli effetti negoziali della sentenza hanno in essa la loro fonte diretta e

Per fare chiarezza è anzitutto necessario distinguere due problemi già richiamati nel primo capitolo: da una parte ci si interroga sull'efficacia retroattiva o no del *contenuto* della sentenza costitutiva, dall'altra esiste un dibattito più generale che attiene al momento di operatività degli effetti della pronuncia come *atto*. La differenza tra i due piani si coglie con immediatezza se pensiamo ad esempio agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, che incide sulla realtà in modo retroattivo quale contenuto della sentenza della Corte Costituzionale; l'atto giurisdizionale, in sé, è produttivo di effetti soltanto dal giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Discorso affine può farsi per le leggi di interpretazione autentica, la cui *vacatio legis* permette anche di evidenziare quel fenomeno di teoria generale secondo cui un atto, già perfezionato, produce effetti differiti ad un momento successivo (di nuovo: indipendentemente dalla retroattività del suo contenuto, che in questo caso consiste nella dichiarazione del modo d'essere dell'ordinamento).

Della (in)sussistenza del principio generale di retroattività delle sentenze al momento della proposizione della domanda giudiziale si è già parlato nel primo capitolo per escludere che l'istituto della trascrizione dell'atto introduttivo del processo (artt. 2652 e 2653) operi secondo un meccanismo simile. Adesso ci occuperemo brevemente del dibattito sul momento di operatività della pronuncia costitutiva, vale a dire se i suoi effetti decorrano dal momento della pubblicazione della sentenza di primo grado oppure se sia necessario attenderne il passaggio in giudicato: questo sarebbe un aspetto centrale, secondo alcuni<sup>133</sup>, per risolvere il problema dell'applicabilità o meno dell'art. 72 l.fall. al rapporto oggetto della domanda *ex art. 2932* (nei confronti del promittente venditore successivamente fallito). Specificamente, nelle opinioni di questi stessi autori, se l'effetto reale si verifica già dalla pronuncia di primo grado provvisoriamente efficace allora il curatore non potrà sciogliersi dal contratto preliminare attuato con la sentenza costitutiva in analisi; in caso contrario il potere di scioglimento non troverebbe ostacoli di sorta.

Discutere degli effetti della sentenza non può prescindere dal riferimento al pensiero di Enrico Tullio Liebman, cui dobbiamo la distinzione tra *efficacia* ed *autorità* della sentenza: queste «sono “cose” diverse e perciò concetti da tenere distinti, poiché sono altra cosa gli effetti della sentenza e la incontrovertibilità o l'immutabilità di essi... La sentenza comanda, vincola, ha una sua “forza”, in una

---

nel preliminare la loro fonte indiretta». L'*iter* argomentativo per arrivare al medesimo risultato può variare di studioso in studioso, ma soltanto sotto l'aspetto (molto astratto) della natura degli effetti della sentenza che surroga il contratto definitivo (v. *retro*, § 3).

<sup>133</sup> V. da ultimo GABOARDI, *Fallimento e contratto preliminare di compravendita*, in *Fall.* 2012, p. 999; ID. *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, *ivi*, 2010, p. 633 ss.; ID., *La provvisoria esecutorietà dei (soli) capi condannatori della sentenza revocatoria fallimentare*, *ivi*, 2011, 1400 ss.

parola è efficace»<sup>134</sup>. Poiché «ogni sentenza, in quanto atto statale, deve produrre efficacia per il fatto stesso che esiste giuridicamente»<sup>135</sup>, tale caratteristica è intrinseca all'atto giurisdizionale sin dal suo perfezionamento con la pubblicazione, altrimenti l'applicazione del diritto da parte del magistrato varrebbe come "progetto" o "proposta" che solo con l'acquiescenza del soccombente assurgerebbe ad accertamento vero e proprio<sup>136</sup>. Il legislatore è libero di regolare quanto la suscettibilità ad impugnazioni incida su un'efficacia che non ha ancora assunto la stabilità che solo il passaggio in giudicato può conferire: però si tratta di sospendere, di differire effetti che l'atto in sé sarebbe comunque idoneo a produrre.

Non è questa la sede per prendere una posizione rispetto al dibattito a monte, che è ancora piuttosto vivo<sup>137</sup>. L'impostazione liebmaniana coglie certo un dato essenziale del diritto positivo, in cui la sentenza quale atto giuridico perfezionato (anche se ancora suscettibile di impugnazioni) è almeno in parte operativa a prescindere dalla decorrenza del termine necessario perché acquisti l'immutabilità; ma il problema di fondo cambia quasi soltanto nei termini, perché si tratta comunque di capire o quali effetti non siano differiti al momento del passaggio in giudicato formale, o (in linea con la dottrina più risalente) quali possano essere anticipati prima del completamento della fattispecie complessa sentenza-tempo *ex art. 324 c.p.c.* Il comune dato di partenza è una disposizione tanto generale da risultare incerta: dopo la riforma fatta con la legge n. 353 del 1990, compiuta realizzazione di una tendenza già emersa nel processo del lavoro, l'art. 282 c.p.c. dispone che ciascuna sentenza di primo grado sia «provvisoriamente esecutiva tra le parti». Dunque la più intensa manifestazione della sentenza nella realtà materiale è indipendente dalla cosa giudicata e può

<sup>134</sup> LIEBMAN, *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 3 ss.

<sup>135</sup> Così CERINO CANOVA, *Sulla esecutività di una sentenza riformata in appello*, in *Giur. it.*, 1977, IV, p. 177 ss.

<sup>136</sup> LIEBMAN, *Manuale cit.*, p. 257 ss. Come detto, per l'Autore la norma che dispone l'immutabilità (art. 324 c.p.c.) non crea un'efficacia che prima non c'era, bensì conferisce un particolare valore di stabilità agli effetti direttamente discendenti dal carattere di *imperatività* dell'atto statale. L'autorità di cosa giudicata è qualcosa di necessitato dalla stessa funzione dell'atto giurisdizionale, che assicura la certezza e stabilità dei diritti: da un certo momento in poi l'atto (ed i suoi effetti) deve diventare immutabile.

<sup>137</sup> Per un esempio di dottrina opposta v. MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, p. 1606: per gli autori prima del passaggio in giudicato la sentenza non produce gli effetti «sostanziali e di tutela dedotti in domanda. Per convincersene basta tener conto del secondo comma dell'art. 96 c.p.c., che dice illecito *sub specie* di omissione della "normale prudenza" l'uso che il vincitore faccia della sentenza [provvisoriamente esecutiva] quando poi sia accertata l'inesistenza del diritto... Se la normale efficacia potesse riconoscersi anche alla sentenza non passata in giudicato, la norma richiamata non potrebbe certo definire illecito l'agire a difesa di un diritto». Questo ed altri argomenti non possono certo essere sminuiti; ad ogni modo il legislatore ha mostrato (nella riforma del '90 e più di recente) di voler valorizzare molto gli effetti della pronuncia di primo grado – in contrapposizione all'art. 96 secondo comma si pensi in particolare al nuovo 283 comma 2 c.p.c.

essere sospesa soltanto nei casi *ex artt.* 283, 373, 401 e 407 c.p.c.<sup>138</sup>; per il resto la legge non fornisce elementi positivi altrettanto chiari sull'esistenza di un'efficacia instabile di accertamento o costitutiva<sup>139</sup>.

Quanto all'accertamento, in realtà, esiste una differente disposizione generale che (introdotta su influenza degli studi del Liebman) mette in luce l'efficacia di accertamento come carattere proprio della decisione, ancora suscettibile di impugnazione, su una causa pregiudiziale – l'art. 337 secondo comma, insieme al 295 c.p.c., impone al giudice della causa dipendente di tenere conto dell'accertamento pregiudiziale o adeguandosi ad esso o sospendendo il processo in attesa del passaggio in giudicato (tutela dell'armonia tra giudicati che si spinge fino a disporre l'effetto espansivo esterno *ex art.* 336 secondo comma). Insomma, l'effetto esecutivo non è la sola «autorità» della sentenza riconosciuta oltre a quella ai sensi dell'art. 2909 c.c.<sup>140</sup>; il che viene di volta in volta confermato da disposizioni specifiche come ad esempio l'art. 669-*novies* terzo comma del codice di rito, che comporta la caducazione immediata della misura cautelare a seguito dell'accertamento negativo del diritto contenuto nella sentenza non definitiva<sup>141</sup>.

Ma non serviva allontanarsi così tanto dall'art. 282 per trovare conferma della presenza di un'efficacia provvisoria di accertamento: se davvero questa non fosse immaginabile allora nessuna sentenza sarebbe «mai provvisoriamente esecutiva, poiché ogni capo di condanna dipende sempre da un accertamento che v'è in tutte le sentenze, e che renderebbe esecutiva la condanna, pregiudicata da tale accertamento, solo con il suo passaggio in giudicato»<sup>142</sup>; identico ragionamento compare infatti in una sentenza di legittimità del 2007<sup>143</sup>, su cui ci soffermeremo a

<sup>138</sup> «Le ragioni di questa evoluzione sono evidenti: l'incapacità di organizzare un processo ragionevolmente celere impone di limitare i danni che dalla lunghezza derivano alla parte che ha ragione; la necessità di deflazionare la domanda di giustizia consiglia di escogitare deterrenti contro impugnazioni proposte al solo fine di perder tempo. Il costo di tali scelte sta in una riduzione dei diritti di difesa, che viene alla luce quante volte si dia esecuzione a sentenza successivamente riformata dal giudice dell'impugnazione». Sono le parole di VERDE, *Profili del processo civile*, pt. generale, Napoli, 2002, 178 ss.

<sup>139</sup> È noto che le decisioni di merito abbiano sempre un contenuto di accertamento (della regola giuridica applicabile alla fattispecie); poi possono essere dotate di quel "qualcosa di più" insito nella condanna, oppure avere un effetto di mutamento giuridico direttamente collegato all'accertamento (di una serie di presupposti che fondano il potere dell'attore di ottenerlo): cfr. la dottrina citata *retro*, § 1.

<sup>140</sup> Pur sotto un profilo diverso, anche gli artt. 1485, 1952<sup>2</sup>, 2859 e 2870 suppongono una efficacia pregiudiziale di accertamento diversa da quella ricompresa sotto l'autorità di cosa giudicata: è il tema degli effetti della sentenza verso i terzi, efficacia non incontestabile in quanto - rispetto a questi soggetti - al decorso del termine *ex art.* 324 c.p.c. l'accertamento comunque non «fa stato».

<sup>141</sup> Cfr. per riferimenti D'ADAMO, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di Consolo, II, *sub art.* 282, p. 247 nota 36.

<sup>142</sup> SCARSELLI, *La provvisoria esecuzione della condanna alle spese del giudizio (ovvero l'attore che ha ragione non recupera le spese fino al passaggio in giudicato della sentenza?)*, in *Foro. it.*, I, p. 163.

<sup>143</sup> La sentenza della Cass. 3 settembre 2007 n. 18512 è stata pubblicata in *Riv. dir. proc.* 2008,

breve. Tiriamo prima le fila: esistono effetti che discendono dalla sentenza indipendentemente dal passaggio in giudicato; effetti che non possono essere solo quelli esecutivi perché proprio questi ultimi presuppongono una qualche rilevanza dell'accertamento della situazione giuridica che vogliono attuare.

Non esiste invece un articolo che sancisca (od anche solo supponga) la generale l'idoneità della sentenza costitutiva a produrre effetti prima del passaggio in giudicato; ma è parimenti assente una norma che ricollegli sempre e soltanto all'autorità del giudicato qualsiasi effetto modificativo della realtà giuridica. Da questo punto di vista infatti, se teniamo ferme le premesse del Liebman, il significato degli artt. 2908 e 2909 c.c. letti in combinato risulta particolarmente enigmatico: il primo non subordina il prodursi dell'effetto costitutivo al passaggio in giudicato della sentenza, mentre il secondo «individua nell'incontrovertibilità derivante dal giudicato formale il *quid pluris* che consente all'accertamento di fare stato a ogni effetto, ma non mi pare escluda che possa configurarsi un'efficacia diversa da quella che “fa stato” e che la sentenza produce indipendentemente dal giudicato»<sup>144</sup>. A complicare il dibattito l'ordinamento è costellato da una serie di disposizioni specifiche, dettate soprattutto nelle ipotesi di tutela costitutiva cd. necessaria, che indicano esplicitamente i momenti in cui la decisione comincia a produrre effetti: ad esempio la legge n. 898 del 1970 indica quando la sentenza di divorzio diventa efficace (art. 10) e persegue determinate esigenze cautelari attribuendo limitata provvisoria esecutività alla pronuncia di primo grado<sup>145</sup>. Comunque in generale, qualora sostenga la provvisoria efficacia degli effetti costitutivi, la dottrina è costretta ad introdurre un'eccezione basata sulla «funzione socialmente svolta» da determinate azioni costitutive – è stato detto che la riforma dell'art. 282 c.p.c. non potrebbe aver anticipato l'operatività di tutta una serie di sentenze perché questi regimi corrispondono ad altrettante scelte del legislatore

---

1095, con nota adesiva di MARELLI, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*; in *Corr. giur.* 2008, 353 ss., con nota di GUIZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*; e in *Giur. it.* 2008, 949 ss., con nota di CONTE, *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un divisibile passo avanti della Suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)*.

<sup>144</sup> Così IMPAGNATIELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, p. 767.; ID, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 232 ss., cui si rinvia fin da ora per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; nello stesso senso già CARPI, *La provvisoria esecutività della sentenza*, Milano, 1979, p. 83.

La «discontinuità» tra l'art. 2908 (che non indica esplicitamente il momento in cui si producono gli effetti costitutivi della sentenza) e l'art. 2909 è generalmente evidenziata anche dalla dottrina maggioritaria: v ad es. D'ADAMO, op. cit., p. 244.

<sup>145</sup> L'art. 4 comma 14 della l. sul divorzio dispone che «per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva». Altre ipotesi affini sono, ad esempio, l'art. 309 c.c. (la revoca dell'adozione di persone maggiorenni), gli artt. 421 e 431 (la sentenza che dichiara o revoca l'interdizione e l'inabilitazione) e l'art. 730 c.p.c. (la sentenza che dichiara l'assenza o morte presunta).

sostanziale, la cui modifica «sconvolge il sistema e lo trova impreparato»<sup>146</sup>. Infine la configurabilità di un effetto reale “precario”, cioè fondato su una pronuncia ancora impugnabile, scatena ritrosie antiche a livello prettamente sostanziale<sup>147</sup>.

Ecco allora che, nei grovigli di teoria generale, è stata posta in risalto una soluzione certo più lineare. «Quando la sentenza incide su una certa situazione sostanziale accertandola, modificandola o costituendola, è veramente inutile chiedersi se gli effetti dell’accertamento o della modificazione si producono sin dal momento in cui la pronuncia è emessa oppure solo dal momento in cui essa passa in giudicato, perché di per sé non è dato cogliere alcuna conseguenza pratica fra le due alternative»<sup>148</sup>: se cioè conta soltanto l’adeguamento della realtà materiale all’assetto sostanziale statuito nella sentenza, allora qualsiasi condanna – sia essa “pura” o consequenziale ad un capo costitutivo – rileva allo stesso modo rispetto al disposto dell’art. 282 c.p.c. In altre parole, saltato il passaggio della provvisoria efficacia o meno del capo costitutivo, cade l’operatività pratica del problema sin’ora affrontato; ed è proprio su queste linee che è stata motivata la sentenza della corte di legittimità n. 18512 del 2007, vero e proprio *revirement* in tema di limiti oggettivi dell’esecutività. La Corte si distanzia dal dibattito sulla generale efficacia delle sentenze ancora suscettibili d’impugnazione<sup>149</sup> per valorizzare la rilevanza del provvisorio accertamento quale presupposto di qualsiasi esecuzione, sia essa dipendente da capo condannatorio principale oppure “accessorio” – in quel lato senso capace di ricomprendere non solo il pagamento delle spese<sup>150</sup> bensì qualsiasi condanna consequenziale. «Nel caso di pronuncia della sentenza costitutiva ai sensi dell’art. 2932, le statuizioni di condanna consequenziali, dispositive dell’adempimento delle prestazioni a carico delle parti fra le quali la sentenza determina la conclusione del contratto, sono da ritenere immediatamente esecutive ai sensi dell’art. 282 c.p.c., di modo che, qualora

<sup>146</sup> Così VERDE, *Profili del processo civile*, II, Napoli, 2000, p. 241 ss.

<sup>147</sup> Cfr. la dottrina, più o meno risalente, indicata da GUIZZI, op. cit. nelle note 12-13; l’autore segnala anche le problematiche sostanziali delle fattispecie traslative risolutivamente condizionate con riferimento a questo tema.

<sup>148</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 1999, p. 197 ss.

<sup>149</sup> «Se poi abbiano [un’efficacia] ulteriore, come rivela l’art. 337 comma 2 c.p.c... qui non interessa approfondire, bastando solo osservare che questa idoneità è certamente un altro effetto ricollegabile a dette sentenze prima del giudicato».

<sup>150</sup> La provvisoria esecutività della condanna alle spese del processo, capo propriamente accessorio perché dipendente da valutazioni autonome e «non sinallagmatico», sembra oggi fuori discussione: v. Cass. 31 marzo 2007, n. 8059, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Ingiunzione* (procedimento per), n. 79; Cass. 3 agosto 2005 n. 16262, in *Giur. It.*, 2006, 85; Cass. 10 novembre 2004, n. 21367, in *Corr. giur.*, 2005, 1230, con nota di PETRILLO, *Da un’apprezzabile premessa (l’esecutività di tutti i capi condannatori) un benvenuto ripensamento sulla esecutività della condanna alle spese*. In senso contrario Cass. 12 luglio 2000, n. 9236, in *Foro it.*, 2001, I, 159, con nota critica di SCARSELLI cit. V. anche con CAPPONI, *Autonoma esecutorietà dei capi condannatori non di merito*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2005, 757 ss.

l'azione ai sensi dell'art. 2932 sia stata proposta dal promittente venditore, la statuizione di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo è da considerare immediatamente esecutiva».

Ora, pur apprezzando il pragmatismo di chi (ad esempio) non si cura tanto dell'annullamento del contratto quanto delle materiali restituzioni, la stessa dottrina favorevole alla provvisoria efficacia costitutiva<sup>151</sup> ha rilevato per prima che in questa ricostruzione «si annida una non piccola aporia. Infatti, se è vero che la specificità della sentenza costitutiva è nel fatto di produrre una modificazione del mondo giuridico... non è propriamente coerente ritenere che le condanne strumentali alla pronuncia costitutiva, ossia gli assestamenti della realtà che direttamente conseguono all'effetto costitutivo e che presuppongono già verificatasi l'anzidetta modificazione, possano eseguirsi in un momento antecedente a quello in cui si produce il medesimo effetto costitutivo»<sup>152</sup>. Come dire: il nemico più pericoloso di questa ricostruzione è, a conti fatti, la logica.

La critica alla sentenza del 2007 più conosciuta è tuttavia quella formulata nella citata nota di Guizzi (se non altro perché è stata trasposta parola per parola nella sentenza a Sezioni Unite già menzionata<sup>153</sup>). Il suo pregio è l'aver circoscritto l'analisi al profilo sostanziale della sentenza che, accolta la pretesa fatta valere con l'azione *ex art.* 2932, afferma di essere provvisoriamente esecutiva soltanto rispetto ai suoi «profili obbligatori»: colta l'affinità della soluzione – piuttosto – con le utilità garantite dal provvedimento cautelare urgente, l'Autore denuncia il fatto che in questo modo la Corte nel 2007 abbia modificato «l'assetto di interessi atteso dalle parti con il contratto definitivo alterandone il sinallagma», finendo così per introdurre un «regolamento di interessi assimilabile invece a quello della cd. compravendita obbligatoria». Insomma: l'attore promittente venditore può far subito valere la sentenza come titolo esecutivo per il pagamento del prezzo, ma il trasferimento di proprietà viene differito inizialmente al decorso di un termine (quello per proporre l'impugnazione), il quale poi a sua volta si trasforma in condizione sospensiva qualora l'impugnazione venga proposta<sup>154</sup>. Il rilievo è estremamente importante

---

<sup>151</sup> V. FERRI, *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in *Riv. dir. proc.* 1993, p. 559 ss.; ID, *Effetti costitutivi* cit. p. 1399 ss.; FABIANI-PANZANI, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Padova, 1994, p. 170 ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 194 ss.

<sup>152</sup> Così IMPAGNATIELLO, *Sentenze costitutive* cit., p. 760. Parimenti FERRI, *Effetti costitutivi* cit., p. 1400, nota 14, approvava la sentenza del 2007 in «quella parte della motivazione in cui argomenta nel senso che qualsiasi sentenza non soltanto nel suo contenuto di accertamento, ma anche di costituzione, modificazione od estinzione di una determinata situazione giuridica o di un certo rapporto è considerata efficace dall'ordinamento prima del passaggio in giudicato», lamentando come nella stessa motivazione «l'efficacia antecedente il giudicato d[ella] pronuncia costitutiva resta confinata in una zona di nebulosità, priva di chiara fonte normativa»

<sup>153</sup> V. nota 132.

<sup>154</sup> Così GUIZZI, *op. cit.*, p. 355.

per il nostro studio: se, come abbiamo visto (v. *retro*, § 3.2), il meccanismo della sentenza condizionata è stato immaginato dai giudici proprio per riprodurre fedelmente l'assetto d'interessi programmato dalle parti nel contratto preliminare, questa lettura dell'istituto della provvisoria esecutività è capace di svuotare i risultati così raggiunti producendo – nei fatti – un negozio sensibilmente diverso da quello configurato nell'impegno originario<sup>155</sup>.

La Cassazione interviene a sezioni unite nel 2010 sulla domanda di giustizia di un ricorrente che, in accordo ad una lettura ampia del precedente del 2007, pretendeva l'immediata esecutività di tutti i profili obbligatori della sentenza *ex art. 2932*: le parti erano infatti invertite – agiva il promissario acquirente pretendendo l'immediato rilascio dell'immobile<sup>156</sup> – e la tutela richiesta avrebbe almeno pareggiato il rischio tra i contraenti di pregiudizi dovuti a sopravvenuti mutamenti in pendenza delle impugnazioni (si pensi alla consegna della cosa ed al successivo perimento del bene). La risposta si sostanzia in un'operazione particolarmente incisiva perché, nel rafforzare l'orientamento tradizionale (precedente al 2007), da un lato segna quanta parte della "efficacia" dell'atto giurisdizionale sia ricompresa nei limiti oggettivi dell'esecutività provvisoria ai sensi dell'art. 282 c.p.c; dall'altro lato, se teniamo fermi tutti gli aspetti discussi finora, ci permette di scorgere qualcosa delle correnti che muovono l'esegesi dell'art. 2932 c.c.

A. È impossibile la scissione «tra capi costitutivi principali e capi condannatori consequenziali, con riferimento specifico a quelli cc.dd. sinallagmatici le cui relative statuizioni fanno parte integrante della pronuncia costitutiva nel suo complesso... La possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie contenute nella sentenza costitutiva va riconosciuta in concreto volta a volta a seconda del tipo di rapporto tra l'effetto accessivo condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo producibile solo col giudicato». Nell'incertezza che ancora avvolge i confini del *genus* dell'efficacia della sentenza al momento della pubblicazione, le Sezioni Unite hanno colpito quella tendenza di alcune voci della dottrina ad estendere la *species* degli «effetti

---

<sup>155</sup> Lo studio della sentenza condizionata ha portato il FERRI a prospettare, in *Effetti costitutivi* cit. p. 1402, che detto termine possa avere come *dies a quo* il giorno della pubblicazione della sentenza provvisoriamente esecutiva: questo evidentemente vale finché si ammetta che il completamento di questa fattispecie complessa possa comportare il trasferimento della proprietà indipendentemente dal passaggio in giudicato della sentenza.

<sup>156</sup> L'intervento a Sezioni Unite si è imposto dopo che Cass. 6 aprile 2009, n. 8250, pubblicata in *Contr.* 2009 827, aveva riaperto il contrasto nella giurisprudenza di legittimità negando la possibilità per il promissario acquirente di ottenere l'immediata consegna del bene. Del resto, la stessa sentenza del 2007 non enunciava un principio di diritto troppo chiaro, perché considerava soltanto la posizione del promittente venditore attore; per un esempio di pronuncia in cui, invece, è stata dichiarata la provvisoria esecutività di tutti i profili obbligatori della sentenza *ex art. 2932*, v. Trib. Venezia, 26 aprile 2010, in *Foro It.* 2010, 2084 ss.

esecutivi» ex art. 282 c.p.c. ben oltre la dogmatica tradizionale. In coerenza con quanto abbiamo studiato in tema di rapporto tra tutela esecutiva e costitutiva (v. *retro*, § 3.3) sembra opportuno ribadire che soltanto la prima comporti un adeguamento della realtà materiale, essendo altrimenti messa in gioco la stessa autonomia dei due concetti. In altre parole esistono azioni costitutive ulteriori rispetto a quelle cd. necessarie soltanto finché manteniamo astrattamente distinti i poteri che permettono di incidere sul mondo del dover essere (cioè esiziali ad un determinato mutamento giuridico) dal diritto di chiedere allo Stato l'attuazione coattiva di una pretesa (già acclarata nel giudizio di cognizione): è esattamente questo l'ostacolo ultimo alla concezione dell'art. 282 come norma "generalissima" idonea a rendere provvisoriamente operativi tutti gli effetti dell'atto giurisdizionale. A questo rilievo nulla tolgono quelle approfondite analisi<sup>157</sup> che hanno sottolineato con quanta approssimatività il legislatore faccia uso dei termini «esecuzione», «esecutorietà» ed «efficacia esecutiva» nelle varie ipotesi specifiche: la correlazione tra titolo esecutivo ed efficacia esecutiva ha invero un fondamento positivo precario (come testimonia la mutevole giurisprudenza di merito sul punto<sup>158</sup>), ma questo non vuol dire che gli «effetti esecutivi» ex art. 282 ricomprendano anche quelli insuscettibili di qualsiasi forma di esecuzione diretta od indiretta, di assestamento del mondo dell'essere alla regola giuridica dichiarata dal giudice.

Attenzione: il legislatore potrebbe sempre prevedere effetti precari ulteriori a quelli esecutivi. Nonostante sia stato autorevolmente sostenuto che «non avrebbe alcun senso, né logico né giuridico, considerare taluno proprietario di un bene, oppure figlio di Tizio e Caia, oppure titolare di una servitù coattiva in modo "provvisorio"»<sup>159</sup>, tutte le opinioni che fanno valere gli *inconvenienti* di un effetto precario posto nel nulla in sede d'impugnazione «non tengono conto di un dato di fatto fondamentale: che il legislatore del 1990, abbandonando il plurisecolare principio dell'efficacia sospensiva dell'appello e stabilendo che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva *ipso iure* salva inibitoria da parte del giudice *ad quem*, ha dimostrato di considerare in linea di principio irrilevante il rischio che la sentenza di primo grado sia riformata in appello... affidando la

---

<sup>157</sup> Essenziale è sempre il riferimento agli studi di IMPAGNATIELLO: v. da ultimo *La provvisoria esecutività e l'inibitoria* cit., 320 ss.

<sup>158</sup> Alcuni giudici hanno riconosciuto l'esecutorietà *ipso iure* di tutte le sentenze, sia quelle costitutive che meramente dichiarative: ad esempio Trib. Catania, 19 giugno 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1913; Trib. minor. Perugia, 20 luglio 1998, in *Dir. fam.*, 1999, 205; Pret. Firenze, 24 agosto 1994, in *Toscana giur.*, 1999, p. 1; Pret. Milano, 26 marzo 1997, in *Lav. nella giur.*, 1997, p. 686; Pret. Napoli, 22 dicembre 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 847, con nota di MANNA, *Provvisoria esecutorietà e sentenze di accertamento alla luce del nuovo testo dell'art. 282 c.p.c.*

<sup>159</sup> Così MONTELEONE, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, p. 367.

tutela al meccanismo della sospensione dell'efficacia esecutiva»<sup>160</sup>. Dopotutto analoghi pregiudizi si verificano anche per la sentenza di condanna, specie quando è in grado di produrre effetti irreversibili<sup>161</sup>. Addurre ostacoli non vuol dire risolvere il problema; e la mancanza di stabilità degli effetti della sentenza è esattamente il *proprium* di una tutela processuale che, tradita in parte la sua articolazione in gradi<sup>162</sup>, sceglie di privilegiare in misura più o meno ampia le ragioni della parte provvisoriamente vittoriosa. Infine altro è capire cosa il legislatore possa fare, altro è studiare il sistema disegnato con la riforma dell'art. 282 c.p.c.

Sempre sulle linee del “ragionare per inconvenienti”, un'arma a doppio taglio che ciascuna parte del dibattito cerca di utilizzare con profitto, dopo aver dato la parola a chi guarda con sospetto alla generale efficacia provvisoria delle sentenze

<sup>160</sup> IMPAGNATIELLO, *Sentenze costitutive* cit., p. 766.

<sup>161</sup> Va subito ricordato che il Guizzi ripropone il suo ragionamento in chiave sostanziale (esposto sopra) per negare in astratto anche la tesi consistente nella «più rigorosa proposta di chi ipotizza che la sentenza che accoglie una domanda giudiziale di natura costitutiva sia idonea a produrre immediatamente tutti gli effetti sostanziali ad essa propri, soprattutto l'attribuzione di proprietà»: ad essa l'Autore oppone che «la situazione effettuale generata dalla sentenza di iniziale accoglimento si presenterebbe, prima che si arrivi ad un giudicato, in tutto equivalente a quella propria di un contratto sì definitivo, ma a cui acceda una condizione risolutiva... l'assetto di interessi programmato dalle parti viene sicuramente ad essere alterato, e in maniera nemmeno integralmente reversibile». Tuttavia si potrebbe notare che l'uso in giurisprudenza della sentenza condizionata per riprodurre esattamente il regolamento d'interessi voluto dalle parti avvenga senza porsi il problema di aver creato un contratto sotto condizione sospensiva unilaterale e potestativa; allo stesso modo non così mi sembra che la (ipotizzata) provvisoria efficacia della pronuncia possa in astratto esprimere una forma irragionevole di convivenza tra tutela immediata dell'assetto negoziale programmato dalle parti e sistema di impugnazioni delle sentenze. «Non è col concetto civilistico della condizione che si rende in modo soddisfacente la situazione della sentenza soggetta alle impugnazioni» (LIEBMAN, *Manuale* cit., p. 259); «l'accertamento può essere vincolante anche se l'atto da cui promana è soggetto alla possibilità di essere revocato o annullato: vuol dire che vale e vincola in tanto e finché l'atto rimanga valido ed efficace, pur perdendo la sua obbligatorietà se l'atto viene... infirmato ed annullato» (LIEBMAN, *Oggetto del giudicato* cit., p. 18).

Un'altra considerazione: ammettiamo pure che l'insieme unitario degli effetti della sentenza e disciplina del contratto non corrisponda pienamente all'assetto di interessi programmato dalle parti. Ora, sappiamo già (v. *retro*, § 2) che il momento giurisdizionale in cui si realizzano i poteri sostitutivo-integrativi abbia acquisito sempre maggiore rilevanza nell'evoluzione della tutela apprestata su domanda *ex art.* 2932 (idea espressa dalla formula «conta l'impegno di *dare* il bene e non il *facere* della dichiarazione di volontà»), e che il suo risultato sia quello di creare effetti *analoghi* a quelli del contratto definitivo. L'atto negoziale vero e proprio non sarà mai concluso, ed è pacifico che vi siano tutta una serie di differenze in relazione alla disciplina applicabile al nuovo rapporto (si pensi alle impugnative negoziali): l'impostazione più condivisibile sembra essere allora che l'utilità garantita dal processo sia qualcosa di non completamente sovrapponibile a quello che era stato originariamente previsto dalle parti, per la presenza di un *mutatis mutandis* rigorosamente circoscritto ai profili strutturali dell'atto su cui si fonderà il rapporto.

<sup>162</sup> La riforma dell'art. 282 c.p.c. nel 1990 ha creato una situazione in Italia forse senza riscontri in altri Paesi: nonostante il sistema di impugnazioni ordinarie tutte le sentenze sono esecutive *ipso iure*, assetto che è stato anche definito un «giro di vite in chiave autoritaria» che non pare facilmente conciliabile con la logica di un processo organizzato in gradi (CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 59).

vanno ricordati anche i due appelli portati avanti dai sostenitori degli effetti precari della sentenza costitutiva: il primo fa leva sulle esigenze cautelari, il secondo evidenzia le (supposte) irragionevoli incongruenze tra tutela di condanna e tutela del diritto potestativo.

Sotto il primo profilo è vero che già Chiovenda<sup>163</sup> (dopo aver affermato che l'esecuzione provvisoria poteva essere disposta solo con riguardo alle sentenze di condanna) rilevava la necessità di tutelare dal pericolo nel ritardo qualora fosse necessario ottenere urgentemente l'effetto del mutamento giuridico, ma questo non rende lo strumento della provvisoria efficace il più idoneo a ricomprendere tutti gli effetti della sentenza. Una simile impostazione finirebbe per «assegnare all'art. 282 quando riferit[o] alle sentenze costitutive una funzione anche cautelare che tuttavia non le è propria»<sup>164</sup>; infatti è solo in ipotesi tipiche di tutela costitutiva che viene dato rilievo a simili esigenze tramite il meccanismo dell'anticipazione di determinati effetti condannatori rispetto alla futura modificazione giuridica. Infine invocare la necessità di tutela cautelare della posizione giuridica non ancora costituita produce una complicazione inutile del discorso, perché le utilità che può dare la sentenza provvisoriamente efficace non seguono necessariamente la stessa logica e gli stessi limiti di quelle garantite dalla misura interinale urgente<sup>165</sup>: poiché soltanto il primo atto è un provvedimento di merito emesso a seguito di un giudizio a cognizione piena, l'unico collegamento con l'art. 700 è la tendenza degli interpreti di trasformare l'uno e l'altro strumento in panacee per gli inconvenienti provocati da un processo troppo lungo.

Sotto il secondo profilo (strettamente connesso al primo) delle affinità tra la tutela di condanna e quella costitutiva non necessaria, alcuni autori<sup>166</sup> vorrebbero semplicemente ridurre la distanza tra le utilità garantite da tutte le sentenze non ancora passate in giudicato, di condanna e costitutive. Poiché abbiamo già discusso delle materiali differenze che intercorrono tra l'art. 2932 e l'ordinaria tutela del diritto di credito, va ribadito soltanto il fatto che le distinzioni

---

<sup>163</sup> Del quale v. *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie* (1903), ora in *Saggi cit.*, I, 301.

<sup>164</sup> GUIZZI, loc. ult. cit.

<sup>165</sup> PAGNI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore*, conclude sottolineando la «sensazione di un *non sequitur* tra cautela e merito a ennesima riprova della difficoltà di delimitare l'ambito applicativo dell'art. 700 c.p.c.»: esiste infatti tutta una serie di casi in cui il pericolo per il ricorrente che deriva dalla durata del processo può essere neutralizzato soltanto tramite la tutela cautelare atipica, e per la professoressa persino l'esigenza dell'anticipazione di alcuni effetti della pronuncia ex art. 2932 dovrebbe essere così soddisfatta laddove la trascrizione della domanda giudiziale non sia sufficiente. Ma la soluzione del nostro problema – la configurabilità o meno di un diritto reale precario – non può essere nascosta nelle valutazioni e poteri spettanti al giudice su domanda ai sensi dell'art. 700; altrimenti si discuterebbe dei limiti della «strumentalità funzionale rispetto alla pronuncia» (propria del provvedimento interinale) *anche* nell'ambito degli effetti della stessa sentenza di merito.

<sup>166</sup> Già citati nelle note 144 e 151.

dogmatiche non siano state pensate (soltanto) per il piacere dell'interprete: ogni classificazione ha senso come mezzo e non come fine, e si giustifica solo se introduce uno schema concettuale all'interno del quale la conoscenza risulti in qualche modo accresciuta<sup>167</sup>. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>168</sup> presuppone la strumentalità del processo rispetto alle più varie situazioni di diritto sostanziale; è ormai noto che chiedere il trasferimento della proprietà (previo controllo giudiziale) sia ben diverso dal far valere in giudizio l'inadempimento dell'obbligo di consegnare il medesimo bene, e non mi sembra in sé irragionevole che nel diritto vigente a questa distinzione consegua la provvisoria esecutività del secondo senza la generale efficacia instabile del primo.

**B.** In questa sede il punto di maggiore interesse della sentenza a Sezioni Unite n. 4059 del 2010 è in realtà la descrizione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare. Tramite il richiamo a varie pronunce molto recenti, l'azione *ex art.* 2932 viene confermata in una configurazione affatto particolare: quella di uno strumento di tutela che costringe l'attore ad assumersi una serie di *rischi* potenzialmente derivanti dalla durata del processo. In sostanza il profilo reale del rapporto (vale a dire chi sia il proprietario del bene il cui trasferimento era programmato nel preliminare) rimane cristallizzato fino al passaggio in giudicato della pronuncia di accoglimento; con la conseguenza che, se nei numerosi anni intercorrenti fra inizio e fine del processo sopravviene un fatto che renda «non più possibile» l'accoglimento della domanda, allora sarà l'attore ad avere diritto a qualcosa in meno rispetto a quanto prospettato nell'atto di citazione. La Corte ricorda molti dei corollari di questa impostazione: nelle more del processo permane l'obbligo di corrispondere il canone (dell'immobile che avrebbe dovuto essere acquistato in base al contratto preliminare) ed il promissario acquirente potrà essere sfrattato; lo *ius superveniens* (come il divieto di lottizzazione abusiva) può incidere sulla possibilità di compiere l'operazione programmata e non sulla validità del preliminare; se il promittente venditore convenuto perde la proprietà del bene prima della pronuncia non sarà possibile la tutela in forma specifica; etc. Data continuità al prevalente orientamento (secondo cui l'effetto traslativo della proprietà del bene si produce solo con l'irretrattabilità

---

<sup>167</sup> Così MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae Juris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, I, p. 775 ss.

<sup>168</sup> V. Corte costituzionale, 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 e 2491 con nota di PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, e di ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*; ed in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297, con nota di NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*. Un altro riconoscimento del principio di effettività della tutela giurisdizionale può essere letto in Corte costituzionale, 28 maggio 2001, n. 165, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, p. 818. Confronta con i riferimenti nelle prossime note sotto il profilo della ragionevole durata del processo.

della sentenza che determina l'effetto sostitutivo del contratto definitivo) i giudici supremi concludono che «non è possibile dare esecuzione ad obblighi che sul piano sostanziale non sono ancora sorti».

La presa di posizione forte coinvolge la stessa effettività della tutela giurisdizionale: per questo viene richiamata la sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 2004, secondo cui «il preteso incentivo a proporre appelli dilatori e la possibilità di subire opposizioni all'esecuzione in caso di esercizio dell'azione costituiscono, a tutto concedere alla loro plausibilità, inconvenienti di mero fatto e non certamente indici della violazione delle invocate norme costituzionali» (cioè gli artt. 111 Cost. e 6 CEDU). Questo sembra indubbiamente il passaggio più doloroso della pronuncia, che in altri termini ha dichiarato l'esistenza di un "limite fattuale" all'effettività della tutela giurisdizionale<sup>169</sup> predisposta per chi ha fatto valere il diritto potestativo ai sensi dell'articolo 2932. D'altra parte da tempo, in dottrina, è stata raggiunta una soluzione negativa rispetto ad entrambi i volti della problematica chiovendiana secondo cui la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione<sup>170</sup>: è necessario quindi di volta in volta analizzare

---

<sup>169</sup> Al contrario autori come MARELLI, op. cit., p. 182, suggerirebbero una «interpretazione costituzionalmente orientata» volta a riconoscere immediata efficacia alla sentenza costitutiva. In realtà questo non appare automaticamente suscettibile dall'applicazione giurisprudenziale del principio della ragionevole durata del processo: cfr. Cass. S.U. 15 dicembre 2008 n. 29290, in *Foro it.* 2009, I, 3104, con nota di CAPONI, *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*; Cass. S.U. 9 ottobre 2008 n. 24883; Cass. S.U. 18 dicembre 2008 n. 29523, in *Corr. giur.* 2009, 381, con nota di ID, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*.

<sup>170</sup> «La retroattività designa un particolare contenuto dell'effetto – tale per cui, a seguito di esso, la situazione giuridica è conformata, per quanto possibile, così come essa sarebbe se la modificazione giuridica in parola si fosse realizzata in un momento anteriore» (MOTTO, op. cit., p. 197); si può quindi parlare di una «finzione» del legislatore (v., anche per riferimenti FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, *Enc. dir.*, 1965).

È giunto il momento di sciogliere una riserva sul punto formulata nel primo capitolo, nel quale abbiamo visto che la trascrizione della domanda ex art. 2652 n. 2 non è idonea a rendere insensibile la situazione di cui si chiede l'accertamento rispetto a *qualsiasi* fatto sopravvenuto nelle more del processo (v. anche VERDE, op. cit., p. 184). Il primo passaggio dell'analisi è stato, insomma, circoscrivere l'ambito in cui gli effetti della pubblicità possano realizzare l'esigenza per cui la durata del rito non deve andare a danno di chi fa valere in giudizio le proprie ragioni. A monte sta la convinzione che la direttiva chiovendiana, valida a livello di tendenza generale (e gli stessi critici lo ammettono: v. SATTA, *Azioni popolari e perpetuatio jurisdictionis*, Roma, 1938, p. 367), non sia realizzata fino in fondo, a prescindere cioè da qualsiasi dato normativo od altri principi contrapposti (si pensi alla *par condicio creditorum* ed in generale agli obiettivi che si vogliono realizzare con la procedura concorsuale). Dopotutto lo sarebbe soltanto se il processo fosse davvero istantaneo, almeno nella realtà giuridica; vale a dire, si ripete, in quanto la domanda giudiziale operi «una specie di fissazione degli effetti del rapporto litigioso allo stato in cui si trova nel momento in cui è dedotto in giudizio» (BETTI, op. cit., p. 232).

In particolare, capita spesso di leggere che sia la stessa struttura della tutela costitutiva ad escludere la retroattività della pronuncia al momento della domanda: tale regola «è inapplicabile alle sentenze costitutive necessarie, perché la valutazione del "danno" derivante all'attore del processo è implicita e presupposta dalla stessa norma che stabilisce la necessità del provvedimento; ed è inapplicabile anche alle sentenze costitutive non necessarie, poiché la

il diritto positivo e vedere se questa esigenza di giustizia sia stata accolta ed in quale misura, valorizzando norme come ad esempio l'art. 1453 comma 3 c.c.<sup>171</sup>.

Da studente non posso che trarne una lezione importante: non basta l'interpretazione dell'art. 111 Cost. (e norme interposte) a negare in radice l'esistenza di un limite anzitutto fisiologico di qualsiasi sistema di giustizia. Premetto che ottenere il più celermente possibile il bene della vita desiderato sembri un'esigenza che si pone ai margini (se non fuori) del principio chiovendiano enunciato, in quanto il bisogno si fa meno forte al diminuire delle patologie del sistema ed al crescere dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia; un aspetto che emerge soprattutto dallo studio di quelle cause in cui i

---

pronuncia giudiziale non è una condizione legale del verificarsi di effetti prodotti dalla domanda » (FERRI, *Profili cit.*, p. 201). Un modo di esprimersi che si spiega con la storicità di queste analisi, grazie alle quali in realtà abbiamo imparato ad escludere anche che la regola della retroattività sia «applicabile» ad altri tipi di sentenze – le pronunce di mero accertamento o di condanna non hanno efficacia retroattiva o irretroattiva perché semplicemente accertano che il diritto sia esistente o meno sin da un dato momento. Ad ogni modo la conclusione rimane attuale, nel senso che «la retroattività dell'effetto scaturente dalla sentenza trova la sua fonte esclusivamente nelle norme sostanziali che regolano i fatti costitutivi, modificativi o estintivi dei rapporti giuridici oggetto della pronuncia giudiziale» (FERRI, loc. ult. cit.); e l'art. 2932 non dispone la retrodatazione del rapporto costituito.

Questa impostazione è a mio avviso presente anche nella pronuncia a Sezioni Unite ora citata: è vero che ivi si discute del momento di produzione degli effetti della sentenza-atto, ma in motivazione non c'è traccia di una distinzione rispetto l'operatività del *contenuto* costitutivo – il motivo, forse, è la percezione che tutti gli aspetti praticamente rilevanti fossero già stati delineati.

Cerchiamo allora di dare una risposta, necessariamente circoscritta alle finalità di questo studio, a chi si chieda se la pronuncia costitutiva renda l'attore «proprietario» (dopo essere passata in giudicato) fin dal momento in cui è stata proposta la domanda giudiziale *ex art.* 2932 (indipendentemente ed oltre gli effetti della pubblicità). Il punto è che, se davvero dovesse valere per questo rimedio costitutivo, tale conformazione retroattiva «per quanto possibile» terrebbe comunque conto di qualsiasi fatto pregiudizievole sopravvenuto non espressamente sterilizzato da altre norme; in altre parole, siano tali effetti retrodatati oppure no, l'attore riuscirà ad ottenere tutela solo in quanto l'evolversi della situazione durante il corso del processo non gli impedisca di vincere. Il che non è una negazione “pragmatica” della retroattività (= il processo va a detrimento dell'attore, *quindi* gli effetti della pronuncia non sono retrodatati) bensì una circoscrizione dell'ambito in cui tale meccanismo avrebbe un suo rilievo (= divento proprietario fin dal passato *se e solo se* gli eventi intercorsi fra tale momento e la sentenza ancora lo permettono).

Eppure queste considerazioni non possono essere scisse dal loro immediato corollario: nel sistema costruito dai giudici di legittimità l'eventuale retrodatazione degli effetti, anche se ci fosse, sarebbe completamente estranea al principio chiovendiano che percorre l'intero ordinamento processuale. Dunque non solo manca qualsiasi dato positivo idoneo a fondare la retroattività del mutamento costituito con questa sentenza; soprattutto è assente la stessa giustificazione razionale di fingere che qualcuno sia stato, solo nel nome, proprietario per tanti anni.

Infine, il mio personale commiato alla retroattività della sentenza ai sensi dell'art. 2932 nasconde una premessa metodologica (già esplicitata nel primo capitolo, § 2): «proprio perché il processo non è “istantaneo”, vale a dire non produce effetti innovativi della realtà fin dal momento in cui è stato iniziato, si pone il problema di coordinare la pretesa in corso di attuazione con eventuali esecuzioni forzate sopravvenute». Come dire: non c'è motivo di faticare sul diritto positivo, se l'interprete è pronto al salto di fede nei principi generali.

<sup>171</sup> Esempio di norma incapace, appunto, di assicurare a regola generale: v. Corte cost. 1982 n. 62.

ricorrenti vorrebbero semplicemente ottenere il pagamento del prezzo o la consegna della cosa qualche anno prima. La componente davvero non sacrificabile della direttiva attiene piuttosto la stessa *giuridicità* dell'ordinamento: è per salvaguardarla che l'interprete è investito del compito di valorizzare nella legge ogni possibile stratagemma idoneo a sterilizzare i pregiudizi da durata del processo, così da impedire che negli atti del rito si perda quanto previsto dal legislatore sostanziale.

La pronuncia in analisi statuisce che «le ragioni per escludere che la situazione di fatto debba poter essere adeguata a quella di diritto, accertata da sentenza non passata in giudicato, affondano nella stessa scelta delle parti di differire ad un accordo successivo il trasferimento della proprietà»: poiché abbiamo già visto che il significato della scissione in due fasi del programma negoziale (contenuto nella sequenza preliminare-definitivo) sta nell'attribuire giuridica rilevanza soltanto ad *alcune* delle sopravvenienze possibili, resta da coordinare l'efficacia (soltanto) *ex nunc* della sentenza costitutiva con l'indisturbata attuazione giudiziale della pretesa in tutti gli *altri* casi. Dato che i problemi del promissario acquirente, attore nell'azione *ex art. 2932* proposta nei confronti del promittente venditore successivamente fallito, non si risolvono in base alla trascrizione delle domande giudiziali se non sotto i profili dell'art. 45 l.fall., allora l'attenzione deve essere rivolta alla disposizione in base alla quale sopravviene il potere del curatore di sciogliere il rapporto; dobbiamo quindi interrogarci se, ed in quale misura, le aspettative dell'attore che ha esercitato in modo fondato il potere scaturito dal contratto preliminare siano considerate dall'art. 72 della legge fallimentare.

## CAPITOLO III

## LA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

1. *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti.*

Con la dichiarazione di fallimento i beni del fallito sono compresi nell'attivo, mentre i debiti concorrono a formare la massa passiva; da ciascun lato del rapporto i diritti sono esercitati secondo discipline diverse, delineate negli artt. 42 ss. (effetti del fallimento per il fallito) e 51 ss. (effetti del fallimento per i creditori). Alla medesima data possono però esistere situazioni che non si riducono semplicemente ad un rapporto di credito o debito, in quanto vi sono ulteriori prestazioni da eseguire connesse alle obbligazioni dedotte nel contratto<sup>1</sup>: i contratti sinallagmatici non eseguiti da entrambi i contraenti sono trattati in modo diverso rispetto al «residuo giuridico cristallizzato del rapporto, cioè un credito o un debito suscettibili di gestione liquidatoria secondo le regole della vendita o di un esame funzionale alla partecipazione al concorso secondo il procedimento di verifica del passivo»<sup>2</sup>; e la caratteristica determinante l'applicazione di questo particolare regime è l'omesso raggiungimento dell'effetto finale del contratto<sup>3</sup>, lo stato di bilaterale incompiuta esecuzione di un negozio le cui prestazioni siano legate da un vincolo di corrispettività.

Le disposizioni riguardanti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, agli articoli 72 e seguenti, pongono la «regola di impatto dell'insolvenza sul funzionamento del contratto»<sup>4</sup>, disciplinano dunque «una realtà intersoggettiva in piena fase di sviluppo produttivo di diritti e di doveri»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Così FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 359.

<sup>2</sup> FERRO, *La disciplina dei rapporti giuridici pendenti tra vocazione liquidatoria e capacità di gestione contrattuale degli organi concorsuali*, in *I rapporti giuridici pendenti, Atti del convegno nazionale di studi delle procedure concorsuali* (Bologna 5-6 giugno), Milano, 1998, p. 14.

<sup>3</sup> Così BONFANTE, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, Milano, 1989, p. 9-10.

<sup>4</sup> FERRO, loc. ult. cit.

<sup>5</sup> PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 453.

La definizione più chiara della fattispecie è stata di recente formulata nel diritto positivo: il regime generale disposto in apertura della sezione IV del capo III del titolo II della legge fallimentare si applica a qualsiasi «contratto ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento» (art. 72, primo comma, prima parte). La sorte di questi rapporti consiste, salvo regimi speciali<sup>6</sup>, nella sospensione dell'esecuzione «fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto» (art. 72, primo comma, seconda parte), unita al diritto del contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore affinché eserciti la sua facoltà di determinare – in un senso o nell'altro – la sorte del rapporto.

Il testo vigente dell'articolo il risultato della riforma compiuta col d.lgs. n. 5/2006 e del successivo decreto “correttivo” n. 169/2007: nel prosieguo avremo modo anche di sottolineare i caratteri innovativi dell'uno e (soprattutto) dell'altro intervento in rapporto alla riflessione appena centenaria sviluppatasi sull'argomento. Tuttavia, poiché gli aspetti più interessanti ai fini del nostro studio sono nelle linee di confine dell'ambito applicativo della disposizione, la trattazione della materia si presta ad una piccola inversione logica: diamo preliminarmente attenzione alla sua disciplina, con particolare riferimento ai caratteri e limiti del potere di scelta attribuito all'amministrazione fallimentare.

### 1.1. *La disciplina.*

Con la dichiarazione di fallimento, il rapporto giuridico pendente entra in «uno stato interinale di quiescenza che agisce quale condizione sospensiva per la ripresa del contratto»<sup>7</sup>, «vi è un arresto nella attuazione del programma pattizio che non investe tuttavia il passato ma solo il futuro»<sup>8</sup>: il successivo esercizio della facoltà di scelta volta all'estinzione o al proseguimento del rapporto si correla alla

---

<sup>6</sup> La disposizione recita «fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione»: la dizione è riduttiva, non solo perché già in una diversa sezione si può trovare una norma che poteva senz'altro essere inserita nella IV (l'art. 60), ma soprattutto perché la sorte di molti rapporti è disciplinata nel codice civile (ad esempio il contratto di società, il contratto di lavoro, etc.) o in altre leggi speciali (la cessione dei crediti d'impresa, il contratto di edizione, ed altri). Poiché non è prospettabile una loro abrogazione per incompatibilità, la norma generale dell'art. 72 comma primo, novellato, si deve considerare applicabile «salve diverse disposizioni di legge»: così ad esempio GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Torino, 2013, p. 117, opinione peraltro pacifica. Per una dimostrazione più estesa cfr. TARZIA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 12, p. 1389 ss.

<sup>7</sup> LUMINOSO, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, in *Giur. comm.* 1988, II, p. 73.

<sup>8</sup> FERRO, op. cit. p. 18.

preferibile valutazione di merito rimessa al curatore, a seconda che l'adempimento del sinallagma si risolva in concreto in un vantaggio o meno per il fallimento<sup>9</sup>. In secondo luogo la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti impone direttamente, in casi speciali, lo scioglimento o la prosecuzione del rapporto<sup>10</sup>: qui è il legislatore valutare in astratto la prosecuzione di alcuni contratti come incompatibile rispetto al processo concorsuale<sup>11</sup> oppure a risolvere l'automatismo nell'opposto senso della continuazione, per ragioni di convenienza o anche di tutela dei diritti del terzo (si pensi all'art. 2119, secondo comma, cod. civ.).

L'esercizio della facoltà di scelta non richiede una formula sacramentale<sup>12</sup>: lo scioglimento o il subingresso nel contratto ai sensi dell'art. 72 è compiuto con un atto a rilevanza esterna, una manifestazione volitiva chiara anche implicita negli atti manifestativi di uno scopo incompatibile con la scelta operata; «può anche essere tacito, ovvero espresso per fatti concludenti, non essendo necessario un negozio formale... trattandosi di una prerogativa discrezionale del curatore»<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Così BONFANTE, op. cit., p. 32. «Tale “sospensione” costituisce una figura alquanto particolare rispetto ai canoni consueti della materia negoziale... una “astensione dall'esecuzione”; del resto, non può dirsi che il legislatore sia stato privo di inventiva nel congegnare il modo di mettere in “stato di attesa” un contratto che, dopotutto, non è “estinto”, e la cui utilità o meno a favore della procedura può così essere valutata con maggiore ponderazione dalla procedura stessa» (GIUDICI, in *Codice del fallimento Pajardi* a cura di Bocchiola e Paluchowski, *sub* art. 72).

<sup>10</sup> Nel senso della prosecuzione *ex lege* del contratto, ad esempio: l'ultimo comma dell'art. 72 (su cui torneremo *infra*); l'art. 72-*quater*, quarto comma (locazione finanziaria in caso di fallimento del finanziatore); l'art. 73, secondo comma (vendita con riserva di proprietà in caso di fallimento del venditore); l'art. 80 (locazione di immobili in caso di fallimento del locatore, con una particolare facoltà di recesso del curatore).

Nel senso dello scioglimento *ex lege* del contratto, ad esempio: l'art. 76 (contratti di borsa a termine), art. 77 (associazione in partecipazione nel caso del fallimento dell'associante), art. 78 (contratti di conto corrente ordinario e bancario, di mandato e di commissione), ed il contratto d'appalto nel caso di fallimento dell'appaltatore la cui qualità soggettiva era stata un motivo determinante del contratto. Un primo commento dopo il d.lgs. “correttivo” è stato quello di TARZIA, op. cit., p. 1385 ss.; precedentemente, sulla riforma della legge fallimentare, cfr. GENOVESE, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 1133 ss.; PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 875 ss.; MASCARELLO, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (artt. 72 e 72-bis l.fall.)*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 289 ss.

<sup>11</sup> Questo «può derivare da una preclusione immanente alle stesse regole di funzionamento del rapporto di fronte all'insolvenza... ovvero per la considerazione fiduciaria della persona dell'appaltatore... ovvero da una considerazione di tipicità sociale fatta propria dal dato normativo» (FERRO, op. cit., p. 16-17).

<sup>12</sup> V. ad esempio JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, XI, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2009, p. 477.

<sup>13</sup> Vedi da ultimo Cass. 3 settembre 2010, n. 19035, in *Mass. Giust. civ.* 2010, 9, e Cass. 2 dicembre 2011, n. 25876, *ivi*, 2011, 12; orientamento consolidato che è stato inaugurato da Cass. 5 aprile 1974 n. 956, in *Dir. Fall.*, 1975, II, p. 46.

*Contra* VASSALLI, *Diritto fallimentare*, II, 1, Torino, 1997, p. 162, rimasto legato al requisito di una «dichiarazione» unilaterale recettizia, se non altro per la difficoltà di apprezzare l'univocità di tali comportamenti.

L'autorizzazione da parte del comitato dei creditori, che potrebbe anche essere data in un momento successivo rispetto a quello in cui il curatore ha operato la scelta (così sanandone gli effetti), è necessaria per la prosecuzione del rapporto, la quale comporta l'assunzione di obbligazioni per la procedura fallimentare incidendo sul rapporto destinato alla soddisfazione della massa<sup>14</sup>; per lo scioglimento invece è controverso<sup>15</sup> se sia necessaria una specifica autorizzazione, in quanto l'atto è finalizzato alla «conservazione all'attivo fallimentare del bene oggetto della compravendita, con conseguente insinuazione al passivo dell'eventuale credito del promissario acquirente che abbia anticipato la sua prestazione»<sup>16</sup>.

«Il diritto potestativo di scegliere è per legge riservato al curatore»<sup>17</sup>, e l'amministrazione fallimentare può anche rimanere inerte fino all'eventuale messa in mora da parte del contraente *in bonis*<sup>18</sup>, oppure fino alla chiusura della procedura concorsuale. Dunque, stante l'assenza di un termine imposto al curatore per l'esercizio dell'opzione, il contratto potrebbe rimanere nella quiescenza fino

<sup>14</sup> Così GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, Torino, 2014, III, p. 145.

<sup>15</sup> A favore della tesi negativa, secondo GABRIELLI, op. cit., p. 146, nota 57 cui si rinvia per riferimenti, si schiera la dottrina maggioritaria; per richiami meno recenti v. ABATE, *Il contratto preliminare*, in *I rapporti giuridici pendenti* cit., p. 144. Invece per CENSONI, op. cit., p. 780, occorre un'autorizzazione in modo specifico «indipendentemente dalla natura di ordinaria o di straordinaria amministrazione del contratto», anche se per lo scioglimento del negozio «può risultare anche implicitamente da quella a resistere in giudizio alla pretesa del contraente *in bonis* all'esecuzione del medesimo». In ogni caso FABIANI, op. cit., p. 364, rileva che il mancato subentro possa presentare un'incidenza sul patrimonio fallimentare non dissimile dalla continuazione del rapporto – ad esempio qualora il bene da acquisire abbia valore superiore al corrispettivo da riconoscere.

<sup>16</sup> Cass. Sez. Un. 1999 n. 239, in *Fall.* 1999, 1247, con nota di Patti; in *Corr. giur.* 1999, 1107, con nota di Jarach; in *Dir. fall.* 1999, II, 678, con nota del Di Majo; e in *Contr.* 1999, 977, con nota di Timpano.

<sup>17</sup> GABRIELLI, op. cit., p. 146, cui si rinvia per i richiami alla dottrina più recente. Così del resto già ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 553 ss., e COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, p. 257 ss. Su questa qualificazione fonda il proprio *decisum*, ad esempio, Cass. 13 maggio 1982 n. 3001 (su cui torneremo *infra* al § 2.2).

<sup>18</sup> Perso il vecchio diritto all'insinuazione (su cui v. *infra* alla nota 79), l'unico potere riconosciuto all'acquirente *in bonis* è «una forma di *actio interrogatoria* di natura fallimentare, affinché il giudice delegato assegni al curatore un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale manifestare la propria volontà in ordine al rapporto pendente, e trascorso il quale si opera lo scioglimento automatico, in quanto *ex lege*, del contratto». È stato sottolineato che «la “messa in mora” deve qui intendersi in senso atecnico, giacché non si richiede l'adempimento di un obbligo ma di un onere» (AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 226); DI MARZIO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da Fauceglia e Panzani, Milano, 2009, II, p. 740, richiama in parallelo – piuttosto che la disciplina degli artt. 1218 ss. – la regola posta dall'art. 1454 c.c. sulla diffida ad adempiere.

Il termine massimo è stato aumentato, rispetto ai precedenti otto giorni, su espressa indicazione della legge delega n. 80 del 2005 (art. 1, comma 6, n. 7).

alla chiusura della procedura: in realtà però «la scelta dovrebbe essere compiuta, al più tardi, in occasione della redazione del programma di liquidazione in quanto nell'atto di pianificazione non può mancare la descrizione della sorte de rapporti pendenti... la liquidazione dell'attivo infatti si compie non solo attraverso atti di alienazione di beni, ma anche attraverso la definizione dei rapporti contrattuali in essere secondo scelte della procedura volte alla massimizzazione dell'attivo fallimentare»<sup>19</sup>.

Il fondamento della scelta su un diritto potestativo può spiegare anche la regola oggi recepita dall'art. 72 quarto comma: col fallimento non sorge un diritto al risarcimento del danno in favore del creditore *in bonis* perché «l'effetto dissolutivo in questo caso non è una conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento del contraente fallito, ma del legittimo esercizio del diritto potestativo di scelta del curatore»<sup>20</sup>. Il che era già incontroverso prima della riforma<sup>21</sup>, in generale «non potendosi equiparare lo scioglimento (vuoi che avvenga *ex lege*, vuoi che dipenda dalla scelta del curatore) ad una risoluzione per inadempimento, e dovendosi piuttosto ravvisare una delle due eccezioni che l'art. 1372 c.c. esprime dopo la regola dell'efficacia del contratto fra i contraenti»<sup>22</sup>.

Il diritto potestativo del curatore non può essere vanificato neanche da accordi contrattuali pregressi dato che sono rese inefficaci, ai sensi dell'art. 72 sesto comma, le clausole che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento: «simili patti svolgerebbero, infatti, la funzione di privare l'amministrazione fallimentare dei poteri legalmente riconosciuti, sottraendo alla legge dal concorso alcuni rapporti contrattuali pur ricadenti nel patrimonio del fallito»<sup>23</sup>. In sostanza il contraente non può sottrarsi all'eventualità di un'esecuzione concorsuale, deve in ogni caso soggiacere alla scelta del curatore di sciogliersi o subentrare nel contratto.

Discorso a parte merita l'art. 72 quinto comma il quale, recependo la soluzione generalmente accolta in giurisprudenza<sup>24</sup> ma rifiutata da una parte della

<sup>19</sup> FABIANI, op. cit., p. 362.

<sup>20</sup> GABRIELLI, op. cit., p. 158.

<sup>21</sup> V. ad es. Cass. 25 febbraio 2002, n. 2754, in *Fall.* 2003, p. 39; Trib. Milano 17 settembre 1988, *ivi*, 1989, p. 447.

<sup>22</sup> TARZIA, op. cit., p. 1387. Per i riferimenti in dottrina cfr. LUMINOSO, *Sulle interferenze cit.*, p. 69.

<sup>23</sup> DI MARZIO, op. cit., p. 738-739; cfr. con i rilievi di INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali* a cura di Guglielmucci, Padova, 2006, p. 6 ss. Per un esempio risalente di dottrina contraria cfr. AZZOLINA, *Gli effetti del fallimento sui contatti bilaterali ineseguiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 367; per una critica v. VATTERMOLI, *Il contratto di licenza del marchio nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 132.

<sup>24</sup> V. Cass. 6 febbraio 2004, n. 2261, in *Giur. comm.*, 2004, 4; Cass. 9 luglio 2003, n. 10780, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Fallimento*, n. 347; Cass. 16 maggio 2002, n. 7178, in *Foro It.*, 2002, I, p. 1963; Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Fall.*, 1995, p. 39.

dottrina più risalente<sup>25</sup>, chiarisce la salvezza degli effetti della domanda di risoluzione trascritta prima del fallimento; dispone poi che, se con essa il contraente intende ottenere la restituzione di una somma o di un bene oppure il risarcimento del danno prodotto da un inadempimento pregresso, deve presentare domanda nelle forme dell'accertamento del passivo. Non è certo una novità che la risoluzione del contratto per inadempimento abbia «effetto retroattivo tra le parti» e non pregiudichi i diritti acquistati dai terzi «salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione» (art. 1458 cod. civ.); quindi la vigente disciplina dell'art. 72 si è limitata a dare una soluzione “processuale” (non priva di inconvenienti<sup>26</sup>), laddove l'assetto di diritto sostanziale era già da tempo risolto nel senso della «acquisizione del diritto alla risoluzione» a scapito sia del principio di cristallizzazione della massa attiva, sia del potere della curatela in ordine alla sorte del rapporto dedotto in giudizio<sup>27</sup>. In proposito, è curioso che il diritto vivente plasmatosi sull'azione di risoluzione in relazione al fallimento abbia inizialmente fatto riferimento agli stessi ostacoli opposti alla procedibilità dell'azione *ex art. 2932* tempestivamente trascritta – la *par condicio creditorum* e l'indisponibilità assoluta del patrimonio fallimentare si sono parimenti rivelate fragili petizioni di principio rispetto al combinato degli artt. 45 l. fall. e 2652 cod. civ. – e che, accogliendo l'impostazione di Andrioli<sup>28</sup>, soltanto in seguito la giurisprudenza abbia risolto il problema in base all'art. 72. Invero, quest'ultimo articolo si innesta su un terreno sostanziale diverso per ciascuna delle due azioni: quanto alla domanda di risoluzione, è l'art. 1453 terzo comma che preclude al curatore qualsiasi adempimento del contratto non più “pendente”; quanto alla domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, soltanto fra qualche paragrafo sarà possibile interrogarsi sulla possibilità che il parallelo sia completato.

Ultimo aspetto da rilevare rispetto la disciplina *ex artt. 72 ss.* concerne le conseguenze della scelta del curatore. Gli effetti della dichiarazione di

---

<sup>25</sup> Ad esempio SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, p. 137, nt. 254, e p. 210, nt. 417; FERRARA JR, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 308, nt. 3; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976, p. 311, nt. 5. Per una recente compiuta esposizione del problema v. CENSONI, *op. cit.*, p. 777.

<sup>26</sup> FABIANI, *op. cit.*, p. 366, afferma che il legislatore abbia tentato di chiarire il problema processuale confezionando una soluzione «un poco semplicistica, perché se il risultato che si voleva conseguire era quello di trascinare gli effetti della domanda, non

si vede come una domanda di partecipazione al concorso proposta separatamente al giudizio pregresso possa far retroagire gli effetti della decisione assunta nel procedimento fallimentare all'introduzione della lite sulla risoluzione». Avanza critiche anche CENSONI, *loc. cit.*

<sup>27</sup> Sul punto si rinvia all'opera di ZANARONE, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970, *spec.* p. 65 ss. e 229 ss. Gli approdi della dottrina prima della riforma sono ben esposti da FERRO, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>28</sup> La sentenza Cass. 19 ottobre 1967, in *Giust. civ.* 1967, I, 1942, accoglie prontamente l'impostazione di Andrioli con riferimento ai diversi problemi sollevati dalla trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2652 n. 3: v. retro*, primo capitolo, § 4.

scioglimento «sono irretrattabili e immodificabili, acquistando un valore di definitività, con la duplice conseguenza, per un verso, che la dissoluzione del contratto rimane ferma ed inopponibile ai terzi sia dopo la chiusura del fallimento, sia dopo la sua eventuale revoca; per un altro verso, che in virtù dell'efficacia retroattiva dello scioglimento, le prestazioni e le attribuzioni eventualmente eseguite da uno dei contraenti sono prive di giustificazione causale e quindi soggetti alla disciplina della ripetizione e dell'indebito»; in altri termini, lo scioglimento vale sia come causa liberatoria per ciascuna parte (per le prestazioni ancora da eseguire), sia come conseguenza restitutoria nei contratti ad esecuzione istantanea<sup>29</sup>. Naturalmente nel fallimento vige il «contemperamento normativo ispirato alla ripartizione orizzontale del rischio da insolvenza», cioè «il credito della parte *in bonis* è concorsuale, ritenendosi il carattere prefallimentare di ogni credito di terzo nascente dallo scioglimento e nonostante la venuta meno dell'attualità dei doveri di prestazione ulteriore solo per effetto del fallimento»<sup>30</sup>. Sempre in tema di effetti dello scioglimento si è sviluppata una *querelle* con importante rilevanza pratica: la qualificazione dello scioglimento fallimentare come recesso (con efficacia *ex nunc*) oppure come risoluzione (con efficacia *ex tunc*) comporta che il curatore abbia o meno diritto alla restituzione di eventuali acconti o della caparra corrisposti dal fallito prima del fallimento alla controparte; prevale comunque la tesi secondo cui, una volta sciolto il contratto, «l'obbligo delle reciproche restituzioni deriva dal fatto che le prestazioni eventualmente effettuate in sua esecuzione restano prive di causa» e devono applicarsi le norme relative alla ripetizione dell'indebito<sup>31</sup>.

«Il subentro del curatore nel contratto costituisce un onere per l'esercizio dei diritti che ne derivano»; esso «rientra nel sistema della sostituzione fallimentare (artt. 31, comma 1, e 42 l.fall.) e trasforma il credito del contraente *in bonis* da

---

<sup>29</sup> Per i contratti di durata gli effetti dello scioglimento non possono discostarsi da quelli enunciati per la risoluzione dall'art. 1458 c.c., vale a dire la salvezza delle prestazioni già eseguite. Piuttosto, la riforma ha riscritto l'art. 74 l. fall. con riferimento agli effetti del subentro del curatore: disponendo che in tal caso i crediti pregressi del contraente *in bonis* vanno pagati integralmente, il legislatore ha optato per la soluzione più distante dal rafforzamento della par *condicio creditorum*. Per approfondimenti cfr. TARZIA, op. cit., p. 1387 ss.

<sup>30</sup> FERRO, op. cit., p. 17. VIGO, in *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, Milano, 1989, p. 84, consiglia l'uso del termine «resiliazione» per indicare il particolare fenomeno di cessazione del vincolo contrattuale consistente nell'arresto definitivo del contratto.

<sup>31</sup> Così CENSONI, op. cit., p. 783; per i richiami alla dottrina si rinvia a LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in *Trattato di diritto fallimentare* a cura di Vassalli, Luiso e Gabrielli (cit.), p. 222 ss. In questo senso la giurisprudenza, con gli espliciti precedenti Cass. S.U. 1999 n. 239 cit. e da ultimo Cass. 24 luglio 2009 n. 17405, in *Fall.* 2010, 4, 494, in tema di fallimento di uno dei promittenti venditori del bene inscindibile. Per una difesa della tesi opposta v. ad esempio FERRARA JR-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 378 ss; e VASSALLI, op. cit., p. 163; e LO CASCIO, *Scioglimento del preliminare di vendita nel fallimento ed obblighi delle parti*, in *Giust. civ.* 1993, 2648 ss.

concorsuale in prededucibile»<sup>32</sup>. Col subingresso l'amministrazione fallimentare sceglie di rispondere integralmente a tutte<sup>33</sup> le obbligazioni che sarebbero gravate sul fallito perché ritiene conveniente dare attuazione al rapporto piuttosto che rinunciare ai diritti che ne derivano. Poiché non avrebbe senso «subentrare» in una fattispecie già unilateralmente eseguita (caso in cui piuttosto residuerebbe un credito o un debito nei confronti della massa), risultano già impliciti i caratteri della fattispecie che esamineremo nel prossimo paragrafo: il «rapporto giuridico pendente»<sup>34</sup>.

## 1.2. I rapporti giuridici pendenti.

### 1.2.1. Le origini storiche.

Il vigente articolo 72 è frutto di una lenta evoluzione legislativa che ha infine dato ragione di una sistemazione dottrinale ormai vecchia di un secolo<sup>35</sup>. Gli articoli 804-806 del codice di commercio del 1882 avevano disposto per la vendita mobiliare la facoltà del curatore di richiedere la consegna delle merci non ancora entrate nel possesso del fallito pagando il prezzo stabilito: partendo da queste norme speciali, in assenza di disposizioni generali, gli interpreti<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Le due citazioni sono, rispettivamente, di GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 119, nt. 9; e CENSONI, op. cit., p. 781.

<sup>33</sup> «Compresa l'obbligazione di garanzia per i vizi della cosa compravenduta» ricordava già CENSONI, *I vizi della merce e fallimento del venditore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 851.

VASSALLI, op. cit., p. 164-165, ricorda le (oggi superate) incertezze dottrinali e giurisprudenziali sulla possibilità che il subentro del curatore comportasse l'assunzione di obblighi «incompatibili con i principi della disciplina fallimentare», come la garanzia dai vizi della cosa (artt. 1476 n. 3 e 1490 ss). In realtà, in tutti i casi in cui il legislatore dispone la continuazione automatica del contratto, ha avuto ben presente l'integralità delle relative obbligazioni; perché mai ritenere, dunque, che il subingresso del curatore abbia effetti diversi da quello imposto dalla legge? Cfr. anche FERRARA JR-BORGIOI, op. cit., p. 378.

<sup>34</sup> Le maggiori controversie generate dalla disciplina del subentro riguardano peraltro il principio dell'intangibilità delle pretese reali (v. *infra*, § 1.2.2) rispetto al quale pare dominante la tesi che esclude la continuazione *ex lege* del contratto da cui la massa non possa sciogliersi per la verificatasi condizione ostativa *ex art. 72* comma 1 ultima parte: sul punto v. i diffusi richiami di LUMINOSO, *Vendita* cit., p. 213 nt. 19, nel senso che in tal caso il compratore potrebbe soltanto ottenere l'attuazione coattiva del diritto reale acquistato nelle forme dell'esecuzione fallimentare (artt. 93 ss.). Altra parte della dottrina, stante la formulazione alternativa dell'art. 72, ritiene semplicemente che il curatore succeda nella posizione del fallito e sia quindi tenuto a dare attuazione al contratto, compreso l'obbligo di prestare la garanzia per vizi: v. CENSONI, loc. ult. cit., e VASSALLI, op. cit., p. 163.

Ad una prima occhiata il tema rischia di apparire in sospetta continuità col problema pur risolto della nota precedente; ma a mio avviso ciò non toglie rigore a quelle tesi che, in conseguenza della inapplicabilità degli artt. 72 ss. ad alcune fattispecie, vanno a ricercare la soluzione direttamente nella disciplina relativa alla determinazione della massa fallimentare.

<sup>35</sup> Così DI MARZIO, op. cit., p. 727.

<sup>36</sup> Cfr. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario del codice di commercio*, redatto da Bensa, Bonelli e altri, VIII, 1, 450 ss.

edificarono il sistema dei rapporti pendenti basandolo sulla funzionalità del sinallagma quale «canone fondamentale... essendo che il contraente *in bonis* non può essere tenuto a eseguire la prestazione se il contrapposto suo credito è assoggettato a falceria fallimentare»<sup>37</sup>. Questo pensiero emerge anche nei progetti di riforma di inizio Novecento<sup>38</sup>, ma con la legge fallimentare del 1942 soltanto la compravendita è stata esplicitamente assoggettata al regime della sospensione automatica seguita dalla facoltà di scelta del curatore. Il legislatore al tempo si è posto in apparente ambito di continuità con la normativa precedente, limitandosi ad allargare il novero dei contratti disciplinati (dagli originari quattro) ed incrementarne l'inquadramento, evitando la fissazione di un precetto generale comune ai casi tipizzati<sup>39</sup>: l'approccio casistico, esuberante ed insufficiente<sup>40</sup>, poneva agli interpreti il problema assolutamente concreto di individuare la sorte dei contratti pendenti non espressamente menzionati dagli articoli 72-83<sup>41</sup>.

È stata infine «la valorizzazione del principio del sinallagma [che] aveva consentito di enucleare una norma generale, modellata, dopo l'emanazione della legge fallimentare del 1942, sulla disciplina relativa al fallimento del compratore (art. 72, 2° comma, nella sua formulazione originaria) »<sup>42</sup>: per questo era prevalsa in giurisprudenza la tesi secondo cui l'articolo 72 fosse «espressione di un principio generale circa gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti»<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Così ANDRIOLI, *Fallimento* cit., p. 408.

<sup>38</sup> Per riferimenti ai progetti Bonelli e D'Amelio cfr. DI MARZIO, loc. ult. cit.

<sup>39</sup> Così FERRO, op. cit., p. 16.

<sup>40</sup> Così ad esempio VASSALLI, op. cit., p. 156-157, che aggiunge: «la mancanza di una regola unitaria lascia infatti intendere che il legislatore abbia creduto (o comunque voluto) l'ineluttabilità di trattamenti differenziati in ragione della natura e contenuto delle prestazioni dovute dalle parti per ogni singolo contratto. Per l'impostazione oggi vigente v. *infra*, nota 47.

<sup>41</sup> Che «prevedevano, a seconda dei casi, la sospensione del rapporto o la sua prosecuzione (automatica o per volontà del curatore oppure per volontà del contraente *in bonis*) o il suo scioglimento (automatico o per volontà del curatore oppure a seguito dell'iniziativa del contraente *in bonis*)»: così CENSONI, op. cit., p. 770

<sup>42</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 116.

<sup>43</sup> Così Cass. 5 febbraio 1980, n. 779, in *Fallimento*, 1980, 501, e in *Giur. comm.* 1980, II, 665, che conclude: «esso [l'art. 72] pertanto, salva diversa disciplina specificamente dettata dagli articoli successivi della stessa sezione della legge per i contratti ivi contemplati, trova applicazione generale, nel senso che il curatore non è tenuto a perfezionare o proseguire i rapporti (anche se di durata determinata) che trova pendenti ed ha invece – ove non ne ritenga utile il perfezionamento o la prosecuzione – facoltà di sciogliersene, senza alcun diritto della controparte a risarcimento dei danni». Queste formule sono state puntualmente riprese nella riforma del 2006, compreso l'incompleto riferimento alle sole «diverse disposizioni della presente Sezione» di cui si è detto nella nota 6.

In dottrina cfr. anche RUISI, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il fallimento* (Ruisi, Jorio, Maffei Alberti, Tedeschi), in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Bigiavi, Torino, 1979, 513 ss.; GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento* cit.; BONSIGNORI, NARDO LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992; FERRO, in *I rapporti giuridici pendenti* cit.; GUGLIELMUCCI, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, 1116 ss.; CENSONI, op. cit., p. 769 ss. Con riferimento alla continuità del regime generale prima e dopo la riforma del 2006, cfr. *infra*, nota 46.

Esistevano altre opinioni convincenti: l'imprescindibile riferimento all'art. 1372 primo comma c.c. veniva utilizzato per ampliare le fattispecie suscettibili di prosecuzione automatica dopo la dichiarazione di fallimento<sup>44</sup>, e chi invece adattava al fallimento le soluzioni generalmente applicabili ai conflitti fra contraente adempiente e creditori del contraente adempiente tendeva a spingere oltre il dato positivo il parallelismo tra esecuzioni singolare e concorsuale<sup>45</sup>. Queste in sintesi sono state le direttive di una riflessione profonda, che ha per necessità pratiche impegnato ogni giurista si approcciasse alla disciplina dei rapporti pendenti fino alla riforma del 2006; la regola generale oggi è stata finalmente introdotta<sup>46 47</sup>, ma questo non ha diminuito – neanche nello spazio dedicato dai vari trattatisti all'art. 72 – l'importanza dei tre riferimenti suesposti per capire *cosa* ricomprenda quel coacervo di situazioni identificate come «rapporti pendenti», insieme certamente più ristretto dei rapporti giuridici «preesistenti».

Partiamo da un dato imprescindibile: nei casi in cui il contraente non fallito abbia già adempiuto alle sue obbligazioni si presenta di fronte al fallimento come un qualunque creditore e concorre insinuando il proprio credito nel passivo. Particolari esigenze giustificano invece la disciplina speciale esaminata (§ 1.1)

---

<sup>44</sup> ANDRIOLI, loc. ult. cit., salvo naturalmente che per i contratti traslativi. V. anche RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 270 ss; e DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 360 ss.

<sup>45</sup> Ad esempio VIGO, loc. ult. cit., proponeva di integrare le lacune della l. fall. con le norme dell'esecuzione singolare.

<sup>46</sup> «La riforma del 2006 ha ritenuto opportuno sostituire la norma che disciplinava gli effetti del fallimento sulla vendita ineseguita con una norma generale, che, al 1° e 2° comma, recepisce nei suoi tratti essenziali la disciplina precedentemente elaborata dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. La norma generale introdotta con l'art. 72 ha dunque carattere scarsamente innovativo»: così GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare* cit., p. 116-117. Parla sempre di «sostanziale linea di continuità» tra le due discipline LUMINOSO, op. cit., p. 209 ss., secondo cui «non poche delle disposizioni introdotte... solo in apparenza presentano caratteri di novità, dal momento che esse rappresentano la trasposizione sul terreno normativo dei risultati della elaborazione cui giù da tempo erano approdate la dottrina e la giurisprudenza prevalenti». Analogamente TARZIA, op. cit., p. 1386 ss., ed in generale la dottrina citata *retro*, nota 10.

Il motivo per cui la dottrina è abbastanza concorde sul punto è chiaro: la legge delega n. 80/2005 non faceva alcun riferimento ad una riforma generale della sezione IV, bensì soltanto a (i) l'ampliamento dei termini assegnati dal giudice entro i quali il curatore doveva manifestare la scelta in ordine allo scioglimento del contratto, (ii) la sorte dei patrimoni destinati ad uno specifico affare e (iii) la sorte dei contratti di locazione finanziaria – cfr. il relativo l'art. 1, comma 6, n. 7.

<sup>47</sup> Quanto alla disciplina particolaristica, questa per molti aspetti è stata mantenuta: il legislatore ha scelto di conformare l'assetto degli interessi in deroga variamente espressa alla soluzione accolta nella regola generale (cfr. MACARIO, *I rapporti pendenti*, in *Foro it.*, 2006, V, 183). «Le diverse disposizioni di legge sono poi fondate ciascuna su di una *ratio* differente da quella che sorregge la norma generale... sono quindi suscettibili di *interpretazione analogica*» rileva GUGLIELMUCCI, loc. ult. cit. Cosicché, secondo DIMUNDO, *sub Art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, p. 610 ss., «si deve applicare la regola generale soltanto dopo che si sia verificato che una delle discipline specifiche non sia in concreto applicabile neppure per analogia».

nell'ipotesi della bilaterale inesecuzione del contratto a prestazioni corrispettive: gli artt. 72 ss. riconoscono a questa controparte *in bonis* una posizione diversa da quella degli altri creditori. Ma quest'ultima può essere addirittura vista come posizione di forza, affine a quella garantita dai rimedi riconosciuti dal diritto comune dei contratti<sup>48</sup>? «La materia fallimentare, al di là delle diatribe in ordine al rinvenimento di un criterio-guida unitario, appare strutturata all'insegna di una compressione della tutela della parte *in bonis* e di un'esaltazione della funzione ottimizzatoria delle scelte del curatore»<sup>49</sup> risponde la dottrina che pone ad esclusivo riferimento il dato positivo, il quale come abbiamo visto davvero esalta la soggezione del contraente alla scelta contrattuale del curatore in accordo alle esigenze economiche della massa; in altre parole dagli articoli in analisi emerge anzitutto la considerazione delle esigenze liquidatorie dell'amministrazione fallimentare, cui può o meno interessare la permanenza in vita di alcuni contratti in ragione della natura o contenuto delle prestazioni dovute<sup>50</sup>.

Questa lettura può invero spiegare la *disciplina* prevista dal legislatore: tra le varie opzioni a disposizione, nel considerare la posizione di questo particolare "creditore", è ben possibile che la scelta sottesa all'art. 72 sia espressione del favore verso le esigenze dell'amministrazione fallimentare. Tuttavia il nostro studio si concentra (su un aspetto per così dire pregiudiziale, cioè) sulle linee di confine della *fattispecie* in analisi: qui invocare la discrezionalità della scelta del curatore, ovvero la prevalenza della vocazione liquidatoria sulla tutela del contraente, dice poco su quali siano le situazioni – i rapporti giuridici preesistenti – che il legislatore ha distintamente regolato. Ecco il valore del riferimento alle opinioni precedenti la riforma: la valorizzazione del principio della tutela del sinallagma nel fallimento, la vincolatività del negozio ed il parallelismo tra esecuzioni (salve le differenze positivamente espresse) sono i tre elementi

---

<sup>48</sup> Chiave in cui viene puntualmente descritta: v. l'ampia panoramica citata da GABRIELLI, op. cit., p. 155 ss, e da DI MARZIO, op. cit., p. 732; a quest'ultimo si lascia qui la parola. «Appare dunque confermato che l'intero sistema dei contratti in esecuzione sia fondato in conseguenza delle regole civilistiche sulla autotutela del contraente non fallito dal sopravvenuto rischio di inadempimento o di insolvenza della controparte. Poiché gli illustrati poteri di autotutela consistono nel rifiuto di adempiere o nella sospensione della prestazione, presupposto di esercizio è che la prestazione possa essere rifiutata o sospesa... L'inesecuzione della prestazione al momento del fallimento appare condizione necessaria per l'esercizio del potere di autotutela. ne consegue che le regole sui contratti in corso concernono, in generale, modelli corrispettivi bilateralmente ineseguiti o non compiutamente eseguiti».

<sup>49</sup> FERRO, op. cit., p. 14.

<sup>50</sup> Sto utilizzando un'espressione di VASSALLI, op. cit., p. 153 ss., che tuttavia (come la dottrina citata in nota 48) pone sullo stesso piano questa esigenza e quella di considerare la posizione del contraente *in bonis*, il quale dunque troverebbe trattamento di favore in questo regime: « si può dire che questo avvenga per ragioni sostanzialmente equitative, le quali in un certo senso di possono accostare a quelle che sono state poste alla base della disciplina della compensazione. In altri termini si reputa equo che il contraente *in bonis* che vede sopraggiungere il fallimento della controparte quando ancora non ha eseguito la propria prestazione... si trovi in una posizione di maggior forza rispetto agli altri creditori».

fondamentali per capire quale sia il rapporto in corso di esecuzione da disciplinare con differenze più o meno marcate dal regime comune dei contratti<sup>51</sup>.

a) Il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.): alla data della sentenza dichiarativa di fallimento sopravviene l'incapacità del fallito di gestire i suoi rapporti patrimoniali<sup>52</sup>, ma di per sé questo non rileva come causa *ex lege* di scioglimento del contratto<sup>53</sup>. Quest'ultimo punto è stato da tempo approfondito, e l'approdo unanime è stato ritenere che la mancata esecuzione (conseguenza del fallimento) non sia rilevante ai fini della risoluzione contrattuale *ex art. 1453*<sup>54</sup> né causa di impossibilità sopravvenuta ai sensi degli artt. 1463 e seguenti<sup>55</sup>. In sintesi, «poiché lo spossessamento del debitore e la predisposizione del patrimonio per il soddisfacimento dei creditori costituiscono un ostacolo all'adempimento, il fallimento non può essere un evento produttivo di risarcimento... un illecito ovvero un inadempimento che possa essere fatto ricadere sulla massa dei creditori»<sup>56</sup>. D'altro canto la dichiarazione di

---

<sup>51</sup> Il metodo è analogo a quello ancora seguito nei trattati per spiegare come la «specialità» del diritto fallimentare si inserisca nella vasta trama dell'ordinamento: in particolare v., anche per riferimenti, DI MARZIO, loc. ult. cit.

<sup>52</sup> «Con la dichiarazione di fallimento, i beni che si trovano nel patrimonio del fallito non vengono acquistati da nessuno, né in buona né in mala fede: essi sono e restano di proprietà del fallito e semplicemente vengono destinati all'esecuzione per il soddisfacimento dei soli creditori anteriori» (così VASSALLI, op. cit., p. 135). Il fallimento è una «organizzazione processuale della liquidazione esecutiva del patrimonio: come tale deve disporre, in luogo del fallito, dei rapporti giuridici che trova nel patrimonio stesso» (PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970, p. 1054).

L'impostazione accolta nel 1942, lontana dall'ente-fallimento bonelliano, non affronta un tema particolarmente arduo: l'individuazione della posizione del curatore, ora «terzo» ora «parte» rispetto al rapporto stipulato dal fallito, amministrazione fallimentare che – secondo FERRO, op. cit., p. 14 – o esercita poteri doveri ufficio pubblico o «esercita un diritto trovato nel fallimento, in cui è subentrato». Le difficoltà attengono proprio al ruolo del curatore nel contesto degli artt. 72 ss., in cui il fallimento rileva come «evento ostativo alla regolare attuazione del contratto», sì da introdurre «un momentaneo distanziamento dalla qualità successoria di parte-curatore, il quale sarà spesso configurabile come terzi rispetto agli impegni negoziali assunti dal fallito»; sul punto torneremo *infra*, § 2.3.2.

<sup>53</sup> Sul punto la dottrina e la giurisprudenza sono da sempre concordi: cfr. per riferimenti ZANARONE, loc. ult. cit.; VASSALLI, op. cit., p. 138 ss.; FERRARA JR, op. cit., p. 375 ss. Su un piano completamente diverso si pone l'azione di risoluzione trascritta prima del fallimento ai sensi dell'art. 2652 n. 1, rispetto alla quale v. il paragrafo precedente.

<sup>54</sup> FERRO, op. cit., p. 20, parla di «importante deviazione dai principi civilistici ordinari che ricollegano, in alternativa all'esecuzione coattiva, la privazione di efficacia del negozio all'importanza della violazione nel funzionamento del contratto».

<sup>55</sup> La dimostrazione compiuta più recente è stata quella di VASSALLI, op. cit., p. 138 ss., che conclude così: «con la dichiarazione di fallimento si apre, come sappiamo, un procedimento di esecuzione sui beni del debitore... ci troviamo perciò in presenza indubbiamente di una impossibilità legale della prestazione, ma di una specie tutta particolare che, anziché impedire sul piano obiettivo la soddisfazione del creditore, parimenti tende invece a realizzarla, sostituendo all'adempimento spontaneo l'esecuzione forzata», laddove le regole della risoluzione per impossibilità sopravvenuta presuppongono che sia «divenuta impossibile una qualunque realizzazione del diritto del curatore».

<sup>56</sup> Così FABIANI, op. cit., p. 361.

scioglimento del rapporto, *ex art. 72*, si pone come eccezione positivamente espressa all'efficacia del negozio disposta dall'art. 1372 c.c.: ecco dunque l'esigenza di circoscrivere l'ambito di applicazione di questo potere, che come abbiamo visto subisce le preclusioni sostanziali dovute (ad esempio) all'azione di risoluzione trascritta prima del fallimento (artt. 2652 n. 1 c.c. e 45 l.fall).

**b)** Passiamo al principio *inadimplenti non est adimplendum*, considerato già dalla dottrina di inizio Novecento la linea direttiva dell'intera materia dei contratti corrispettivi bilateralmente ineseguiti<sup>57</sup>. Fuori dal fallimento, in base ai principi civilistici dettati in materia di contratti corrispettivi per il caso in cui, nella fase esecutiva, un contraente possa rivelarsi inadempiente, a favore della controparte sono previste (oltre ai rimedi risolutivi) le c.d. eccezioni dilatorie di cui agli artt. 1460 e 1461: queste disposizioni attribuiscono dei poteri che tutelano l'equilibrio sinallagmatico nell'esecuzione del rapporto, eccezioni che scongiurano il rischio di adempiere nei confronti di chi sarà probabilmente inadempiente<sup>58</sup>. Ora, è vero che alla luce delle analisi del Vassalli «nessuna delle norme del codice civile appena indicate si adatta... alla situazione che si verifica per effetto della dichiarazione di fallimento... Tanto il rifiuto di adempiere preveduto dall'art. 1460, quanto, infine, la facoltà di sospensione della esecuzione della prestazione dovuta preveduta dall'art. 1461, presuppongono dei precisi fatti... che non costituiscono accadimenti necessariamente presupposti o conseguenti al verificatosi stato d'insolvenza o alla dichiarazione del fallimento»<sup>59</sup>; tuttavia lo stesso autore rileva che, alla fine dei conti, «la modificazione delle condizioni economiche... indubbiamente sussiste». Dunque, se per avventura la materia *ex artt. 72* fosse (di nuovo) coperta dal silenzio della legge, sarebbe davvero irragionevole impedire al contraente non fallito di sottrarsi alla falciida

---

<sup>57</sup> V. nota 48. Il partire da questo principio è rivendicato quale «opzione metodologica seguita dalla dottrina più autorevole» per comprendere la sorte dei contratti nel fallimento da DI MARZIO, op. cit., p. 729, nt. 14: ivi si rinvia nuovamente per i richiami dottrinali. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 117 ss., apre l'esposizione degli artt. 72 ss. ricordando che gli effetti del fallimento su determinati contratti si colgono anche in base alla «rilevanza del sinallagma nell'ambito di un procedimento esecutivo – quale continua ad essere il processo di fallimento – e, più in generale, dalla interazione fra principi civilistici e regole dell'esecuzione concorsuale».

<sup>58</sup> Sull'autotutela v. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971; ID, *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 350 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 990 ss.

Sul motivo per cui non va chiamata autotutela v. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 435 ss. Per altre citazioni v. DI MARZIO, op. cit., p. 730 ntt. 18-22, che specifica: «è sufficiente puntualizzare che non appare dubitabile che dal sistema delle eccezioni dilatorie... sia desumibile un principio generale, e che lo stesso sia integrato dalla conservazione dell'equilibrio contrattuale in fase esecutiva».

<sup>59</sup> VASSALLI, op. cit., p. 153 ss.

fallimentare rifiutandosi di adempiere la prestazione da lui dovuta, se non altro alla luce del parallelo con le esecuzioni singolari<sup>60</sup>.

c) La disciplina fallimentare comunque non lascia (più) aperta la possibilità di uno stallo contrattuale su eccezione di parte, dettando una soluzione molto più articolata. Quindi, chiudendo il discorso a livello delle linee direttive, è pregevole affermare che «il diritto civile spieghi la sua influenza sul diritto fallimentare attraverso diversi principi alternativamente operativi a seconda delle fattispecie disciplinate»<sup>61</sup>, facendo risaltare come il diritto fallimentare sia «speciale» ma pur sempre sensibile alle esigenze sistematiche che il suo inserimento nel diritto privato generale presuppone<sup>62</sup>. Ma non ci interessa davvero sapere se gli artt. 72 ss. siano conformi al diritto comune dei contratti, ovvero in che misura siano attuati nel fallimento i principi dell'autotutela ai sensi degli artt. 1460 e 1461, perché in ultima analisi qui rimane decisivo è il dato positivo: se invece fosse sufficiente descrivere il sistema fallimentare in termini di tutela del sinallagma in corrispondenza con la disciplina civilistica, allora sarebbe stato possibile arrivare alla soluzione del nostro problema (la tutela del promissario acquirente sorpreso dal fallimento del convenuto nel processo *ex art. 2932*) già in base alla collisione tra giudizio costitutivo ed esecuzioni forzate venuta alla luce studiando l'art. 2915 secondo comma e l'art. 45 l. fall.

Da questa riflessione è piuttosto emerso un dato basilare: il regime dei rapporti pendenti riguarda soltanto il caso in cui *entrambe* le parti debbano ancora adempiere le proprie prestazioni, la cui esecuzione viene pertanto sospesa e rimessa alla scelta del curatore nell'interesse della massa. Presupposto cui è possibile arrivare partendo dal parallelo con la disciplina civilistica, ma che è anzitutto è disposto a chiare lettere dal primo comma dell'articolo 72. L'opzione del subentro non è altro che un onere per l'amministrazione fallimentare al fine di ottenere la controprestazione che è stata sospesa, quindi non ha senso immaginarlo rispetto al mero creditore o debitore della massa: in altre parole sarebbe assurdo impegnarsi all'adempimento integrale di un rapporto già unilateralmente esaurito, ad esempio subentrando in una posizione di mera soggezione al potere del contraente *in bonis* di ottenere il soddisfacimento integrale del suo diritto.

In conclusione, senza un contratto in corso di esecuzione da parte di entrambi i contraenti si perdono le ragioni per l'applicazione di una disciplina diversa da quella di cui agli artt. 42 ss. della legge fallimentare. Ora invece ci occuperemo di un'altra condizione ostativa all'applicazione del regime *ex artt. 72* e seguenti: non

---

<sup>60</sup> Su cui cfr. la dottrina indicata *infra*, alla nota 78.

<sup>61</sup> DI MARZIO, op. cit., p. 731.

<sup>62</sup> V. in generale CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.* 2006, 402.

può essere sciolto il rapporto, pur ineseguito da entrambe le parti, in base al quale – prima del fallimento – sia già stato stabilmente attribuito un diritto reale ad uno dei contraenti.

### 1.2.2. *L'intangibilità delle pretese reali.*

L'applicazione della disciplina dei rapporti giuridici pendenti alla data della dichiarazione di fallimento si ricollega, in realtà, ad una pluralità di presupposti ulteriori<sup>63</sup> alla bilaterale non compiuta esecuzione del contratto. È essenziale, ad esempio, ricordare il requisito dell'efficacia delle formalità necessarie per rendere opponibile l'atto ai terzi (art. 45), dato che il contraente *in bonis* non può fondare pretese su contratti preesistenti ma inopponibili alla massa; non vale tuttavia la reciproca, nel senso che il carattere relativo dell'inefficacia implica per il curatore la facoltà di non avvalersene e la possibilità di far valere i diritti fondati su quel negozio<sup>64</sup>. Al tema abbiamo dedicato l'intero primo capitolo, dallo specifico punto di vista della trascrizione delle domande giudiziali rispetto al fallimento. Occorre un'ultima precisazione sul punto: «la facoltà del curatore di far valere i contratti inopponibili è, peraltro, indipendente da una applicazione, diretta od analogica, della normativa in esame [art. 72], tant'è vero che non è limitata ai soli contratti preesistenti inopponibili, ma si estende anche ai contratti postfallimentari»<sup>65</sup>.

Il requisito di cui ci occuperemo in questo paragrafo è invece la «soggezione a regolazione concorsuale del diritto del contraente *in bonis*, che non consente a quest'ultimo di reclamarne il soddisfacimento integrale e l'esclusione, per effetto del sinallagma, di un diritto del curatore di pretendere la prestazione dovuta dal contraente *in bonis* se non assicuri nel contempo l'esecuzione integrale non in moneta fallimentare della controprestazione»<sup>66</sup>. Più semplicemente, quanto alla prima parte della definizione, «sono assoggettati al concorso esclusivamente i *diritti di credito*; invece i *diritti reali*, come tali già acquisiti – in forza del

<sup>63</sup> La cui indicazione non può che essere limitata ai profili di stretto interesse in questa sede. È superfluo ricordare, ad esempio, che il contratto pendente deve essere afferente al patrimonio assoggettato all'esproprio a norma degli artt. 42 e seguenti; cfr. per approfondimenti CENSONI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Le riforme della legge fallimentare* a cura di DIDONE, 2009, Milano, p. 775 ss.

Un altro requisito, logicamente anteriore a quelli accennati, è la perfezione dell'*iter* formativo dell'ineseguito contratto, cui non a caso la rubrica riferisce l'aggettivo «preesistente»: sul punto torneremo brevemente *infra*, § 1.3.

<sup>64</sup> Così GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 118, nt. 8. «L'inefficacia è stabilita solo nell'interesse della massa» conferma, tra tanti, CENSONI, op. cit., p. 773.

<sup>65</sup> GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca alla l.fall.*, Bologna-Roma, 1979, p. 147. È del resto pacifico che per il curatore non sia necessario sciogliere i contratti a lui inopponibili: cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 996; ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1967, n. 60; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare* cit., I, p. 485, nota 121.

<sup>66</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare* cit., p. 117 ss.

principio stabilito nell'art. 1376 c.c. – in capo al contraente non fallito o, al contrario, non ancora caduti nel patrimonio del soggetto fallito, sono affrancati dall'esecuzione collettiva»<sup>67</sup>. Quanto alla seconda parte, lo stato di avanzamento dell'esposizione ci permette già di riportare alla sua corretta dimensione il richiamo al sinallagma: gli artt. 72 ss. regolano il rapporto ineseguito da entrambe le parti (fattispecie), contemperando in un certo modo le sottese esigenze contrapposte (la tutela del contraente non fallito e la vocazione liquidatoria dell'amministrazione fallimentare) – ebbene, il suddetto principio dell'intangibilità delle pretese reali interviene un po' su entrambi questi fronti: attribuisce maggior tutela alla parte del rapporto in favore della quale si sia già stabilmente verificato il trasferimento di proprietà; e lo fa impedendo che la disciplina dei rapporti giuridici preesistenti sia applicata anche a questi casi, cioè esclude che tali contratti siano “pendenti” ancorché non compiutamente eseguiti da entrambe le parti.

Questa «maggiore tutela, cioè stabilità, alla posizione del contraente che ha già acquistato il diritto»<sup>68</sup> era prevista nella legge del 1942 soltanto per il caso del fallimento del venditore nella vendita ineseguita da entrambe le parti, disciplinato al previgente<sup>69</sup> quarto comma dell'articolo 72: la sua statuizione si spiegava «in quanto l'amministrazione fallimentare deve rispettare i diritti reali dei terzi; e non può recuperare le cose ad essi trasferite, se non quando ricorrano gli estremi per l'applicazione della normativa sugli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Ciò significa, allora, soltanto che non può essere disconosciuta la proprietà del terzo sulla cosa da lui acquistata e passata in sua proprietà prima del fallimento»<sup>70</sup>. Semplicemente il curatore non può, attraverso lo scioglimento del

---

<sup>67</sup> DI MARZIO, p. 735; cfr. per riferimenti INZITARI, *Sospensione del contratto* cit., p. 8 ss.

<sup>68</sup> FABIANI, op. cit., p. 363.

<sup>69</sup> Art. 72 previgente, *Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti*. «Se un contratto di vendita è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando il compratore è dichiarato fallito, il venditore ha diritto a compiere la sua prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo.

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

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

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

<sup>70</sup> GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento* cit., p. 155. L'ambito degli strumenti di reintegrazione della garanzia patrimoniale è quello della sezione III, dedicata agli «effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori».

contratto, acquisire beni o diritti usciti dal patrimonio del debitore non più costituenti la garanzia comune dei creditori<sup>71</sup>.

Invero la vendita non compiutamente eseguita da entrambe le parti pone da sempre un problema generale, che il vecchio quarto comma risolveva in radice con esclusivo riferimento al fallimento del venditore. In caso di fallimento del compratore, infatti, il presupposto per applicare la disciplina era semplicemente che su ciascuno dei contraenti sussistesse ancora l'obbligo inadempito di eseguire una determinata prestazione principale<sup>72</sup>: qui il trasferimento del bene, normalmente già avvenuto in virtù del consenso nel contratto di compravendita ad effetti reali (art. 1376 c.c.), poteva rilevare solo quale parte della prestazione in corso di esecuzione gravante sul venditore *in bonis*, tenuto anche a consegnare la cosa. Se il bene non fosse stato invece consegnato, le regole di cui agli artt. 72, 1°, 2° e 3° comma, avrebbero dovuto «trovare applicazione anche in questa ipotesi ancorché il bene, in virtù dell'immediatezza dell'effetto reale, sia già parte del patrimonio del compratore fallito... la consegna, infatti, è sicuramente da ritenersi atto esecutivo del contratto»<sup>73</sup>. E così, in giurisprudenza ed in dottrina<sup>74</sup>, il verificarsi dell'effetto traslativo – salvo che nel caso espresso dall'art. 72 quarto comma – non era idoneo a rendere “non pendente” la vendita in cui risultassero inadempite altre obbligazioni principali del venditore<sup>75</sup>. «La distinzione tra fallimento del venditore e del compratore sta nel *favor* concesso ai creditori del

<sup>71</sup> Tuttavia questo quarto comma offriva un dato testuale così forte che sembrava prescindere dalla stessa qualificazione di compravendita bilateralmente ineseguita: disciplinando specificamente il fallimento del venditore, sembrava dire che il curatore potesse sciogliersi in qualsiasi momento purché non si fosse prodotto ancora l'effetto reale. Il punto sarà ripreso nel prossimo paragrafo perché valorizzato dalla c.d. tesi dell'assorbimento; basti dire per adesso che simile impostazione creava già allora problemi rispetto a fattispecie come la vendita sotto condizione sospensiva.

<sup>72</sup> Da sempre pacifico che, per stabilire se un contratto si possa o meno considerare ineseguito, si debba aver riguardo soltanto alle obbligazioni fondamentali, con l'esclusione quindi di quelle accessorie quali la consegna dei documenti o la riproduzione del contratto in una determinata forma. Per i riferimenti alla giurisprudenza degli anni Sessanta si rinvia a GUGLIELMUCCI, loc. ult. cit. Di recente v. ad esempio Cass. 14 aprile 2004 n. 7070, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 4; per altri richiami v. *infra*, nella nota 115.

<sup>73</sup> VASSALLI, op. cit., p. 158. Ivi l'autore riporta anche una definizione di “esecuzione”: «nozione i significato relativo e variabile... dipendendo dalla specifica disciplina di ciascun contratto e dalla rilevanza causale delle singole prestazioni che il particolare regolamento negoziale pone a carico delle parti contraenti».

<sup>74</sup> V. ad esempio MIGNOLI, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 355 ss.. Nel senso che il trasferimento di proprietà attiene (e non esaurisce) l'esecuzione del contratto v. COTTINO, in *Dir. fall.*, 1964, I, p. 362; e RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da Cicu e Messineo, Milano, 1972, p. 1092. Per richiami aggiornati a dottrina e giurisprudenza v. LUMINOSO, *Vendita* cit., p. 209 ss., note 11-16.

<sup>75</sup> Era invece pacifico che il pagamento integrale del prezzo da parte del compratore prima della dichiarazione di fallimento impediva il potere di scelta del curatore tra subentro e scioglimento; a quel punto aveva diritto ad ottenere la consegna della cosa ed il trasferimento del diritto. In questo senso v. ad esempio ANDRIOLI, *Fallimento* cit., p. 423; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2000, p. 494.

fallito rispetto all'altro contraente: la possibilità di sciogliere il contratto è maggiore nell'ipotesi di fallimento del compratore perché l'esercizio di tale possibilità incrementa la massa attiva»<sup>76</sup>.

Insomma, per il vecchio art. 72 in caso di fallimento del compratore la "compiuta esecuzione" da parte del venditore richiedeva sia il trasferimento della proprietà sia la consegna della cosa; asimmetricamente<sup>77</sup> il quarto comma, in caso di fallimento del venditore, precludeva la facoltà di scioglimento a seguito del mero trasferimento del diritto. Ecco i previgenti limiti dell'intangibilità delle pretese reali acquisite dal contraente *in bonis* prima del fallimento, il rilievo "assorbente" dell'effetto reale. In questo sistema, comunque, una certa dottrina accettava l'asimmetria dell'art. 72 soltanto per le alienazioni mobiliari: sempre partendo dalla considerazione del sinallagma, e dal parallelo con lo spazio garantito agli artt. 1460 e 1461 nelle esecuzioni singolari, rilevava che non si potesse attivare una quiescenza del contratto di compravendita immobiliare qualora il diritto reale immobiliare fosse stato trasferito in modo opponibile al fallimento<sup>78</sup>.

La riforma del 2006, in linea con la tradizione<sup>79</sup>, nel dettare una regola generale ha (provvisoriamente) continuato a distinguere l'ipotesi del fallimento del compratore e l'ipotesi del fallimento del venditore riproducendo il vecchio art.

---

<sup>76</sup> ANDRIOLI, *Fallimento* cit., spiegava così la differenza tra i due regimi. Curioso dunque che taluni abbiano citato il medesimo autore per *estendere* l'applicabilità dell'art. 72 comma 4 oltre la generale fattispecie di «rapporto pendente», vale a dire non compiutamente eseguito da entrambe le parti, sulla base del dato letterale (che in effetti pone come unico discrimine il passaggio di proprietà, se viene percepito in modo disgiunto dalla normativa in cui si inserisce). Sul tema v. il prossimo paragrafo.

<sup>77</sup> L'asimmetria è stata rilevata da tempo: cfr. RUBINO, op. cit., p. 1100; RUISI, *Disciplina generale* cit., p. 646.

<sup>78</sup> GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 100 ss.; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, p. 172 ss.; VIGO, op. cit., p. 104 ss. Nell'espropriazione di beni immobili «né la struttura del procedimento esecutivo – che si attua con la trascrizione del pignoramento nei registri immobiliari (art. 555 c.p.c.) chiunque sia nel possesso del bene – né alcuna norma di diritto sostanziale legittimano l'opponibilità ai creditori del contraente insolvente delle eccezioni previste dagli artt. 1460 e 1461 c.c. da parte del contraente *in bonis* che non avesse ancora rilasciato l'immobile. L'inopponibilità, legata alla naturale inestensibilità delle eccezioni ai terzi, è coerente al sistema di pubblicità preveduto per detti beni: consentire di opporre l'inadempimento del dante causa a chi acquista sulla base delle risultanze di pubblici registri, significherebbe valorizzare, ai fini della sicurezza degli acquisti medesimi, l'elemento possesso» (così GUGLIELMUCCI, da ultimo in *Diritto fallimentare* cit., p. 122-123).

<sup>79</sup> Sul punto cfr. *retro*, nota 46. Attenzione: la riforma del 2006 apporta comunque almeno una modifica abbastanza rilevante (se non a livello pratico, almeno sul piano sistematico) alla disciplina della vendita ineseguita, dato che la vecchia formulazione dell'art. 72 attribuiva al venditore *in bonis*, in caso di fallimento del compratore, il potere unilaterale di eseguire la propria prestazione (alla quale non necessariamente la massa poteva avere ancora interesse) e di far valere nel passivo fallimentare il credito per la controprestazione dovuta dal fallito. Questa forma – più o meno inutilizzata – di tutela del contraente non fallito poteva essere vista come ulteriore espressione del sistema dei rimedi sinallagmatici; oggi invece il diritto all'insinuazione da parte del contraente non fallito è di regola escluso.

72 quarto comma nel 72-bis. L'impostazione è stata travolta dal decreto c.d. correttivo n. 169/2007, che ha parificato le due situazioni introducendo nella parte finale del 1° co. dell'art. 72 l. fall. la condizione ostativa (all'applicazione della regola della sospensione) «che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto»: «l'intervento normativo in esame ha finito, quindi, per incidere in profondità su un quadro sistematico più generale al quale, invece, la precedente dottrina aveva fatto di tutto per adeguarsi. Conseguentemente, perché un contratto di vendita sia ritenuto “pendente” a norma dell'art. 72 l. fall. oggi occorre, per un verso, che il compratore non abbia ancora pagato (almeno in parte) il prezzo del bene acquistato e, per un altro verso, che il venditore, a sua volta, non abbia adempiuto nessuna delle due obbligazioni principali che a lui fanno carico»<sup>80</sup>.

In questo senso è corretto dire che il legislatore abbia «esteso a tutti i contratti ad effetti reali la regola che era fissata nel previgente art. 72 quarto comma»<sup>81</sup>; il decreto «ha razionalizzato la disciplina normativa eliminando l'asimmetria che esisteva tra criteri ispiratori della disciplina del fallimento del compratore e criteri ispiratori della disciplina del fallimento del venditore»<sup>82</sup>.

Oggi è dunque valida in modo generalizzato l'affermazione che «alla regolazione concorsuale sono sottoposti esclusivamente i diritti di credito e non i diritti reali»<sup>83</sup>, alla quale fanno eccezione casi espressamente disciplinati in modo diverso (come ad esempio l'art. 72 ottavo comma, su cui v. *infra* § 1.3). In questo quadro tutt'ora si inseriscono quelle tesi che escludono il subentro automatico nel contratto avente ad oggetto l'immobile già trasferito prima del fallimento: come prima della riforma, questa dottrina ritiene che l'impossibilità di scioglimento del rapporto non si traduca in ogni caso nella continuazione del contratto a spese della massa, bensì attribuisca all'acquirente *in bonis* soltanto il diritto di procedere all'attuazione coattiva della sua pretesa reale<sup>84</sup>. L'intangibilità delle pretese reali

---

<sup>80</sup> CENSONI, op. cit., p. 775; in senso analogo, ad esempio, GIUDICI, loc. ult. cit. Va sottolineato che oggi l'art. 72-bis sia dedicato esclusivamente ai contratti relativi ad immobili da costruire di cui al d.lgs. n. 122/2005, cui accenneremo *infra* (§ 1.3.1).

<sup>81</sup> DIMUNDO, loc. ult. cit.

<sup>82</sup> LUMINOSO, op. cit., p. 215.

<sup>83</sup> Si rinvia di nuovo, tra tanti, a GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 117 ss.; DI MARZIO, op. cit., p. 735; MACARIO, loc. ult. cit.; JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, XI, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2009, p. 500; INZITARI, op. cit., p. 8 ss.; GABRIELLI, op. cit., p. 156 ss.; LUMINOSO, loc. ult. cit.; CASALI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali* cit., p. 267 ss.

Diversa l'impostazione di APPIANI, *Effetti del fallimento sul contratto di compravendita*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti* a cura di Sanzo, Bologna, 2009, p. 47 ss.: l'autore, in caso di avvenuto trasferimento del diritto da parte del venditore ancora in possesso del bene, ipotizza l'applicazione di rimedi civilistici di autotutela come quello previsto all'art. 1515 cod. civ.

<sup>84</sup> Cfr. *retro*, i richiami della nota 34; nello stesso senso MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da Buonocore e Bassi, II, Padova, 2010, o. 420 ss. Contrario LUMINOSO, op. cit., p. 217, nt. 33.

certo impedisce di applicare la disciplina *ex art. 72* e seguenti: ma, in altre parole, è controverso se a questo punto la questione sia o meno tutta da risolversi con riferimento alla disciplina della determinazione della massa. La problematica può essere accantonata in questa sede perché, come abbiamo visto nel primo capitolo, in presenza di processo pendente si attiva anche il meccanismo descritto all'art. 43: poiché il curatore diventa parte del processo, non si pongono problemi circa l'efficacia nei suoi confronti dell'eventuale sentenza di accoglimento emanata *ex art. 2932*.

Prima di addentrarci nei corollari dell'intangibilità delle pretese reali va ricordato che il nostro interesse ultimo continui ad essere il contratto preliminare, un negozio ontologicamente "ineseguito" fino alla stipula del definitivo. Un impegno che non può produrre di per sé il trasferimento della proprietà (o altro diritto reale) neanche se trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* oppure dell'art. 2652 n. 2; esattamente come, del resto, accade per la vendita definitiva ad effetti obbligatori resa pubblica *ex art. 2659* secondo comma prima dell'avverarsi della condizione sospensiva o del decorrere del termine (v. *infra*, § 1.3). Dunque perché l'intangibilità delle pretese reali acquisite prima del fallimento merita qui così tanta attenzione? La risposta è che, invero, non avremmo bisogno di circoscrivere un principio sul quale ci fosse il consenso di tutta la dottrina; il dibattito tuttavia comprende anche una tesi tesa a far passare per "esecuzione" del contratto il trasferimento del diritto e viceversa.

La c.d. tesi dell'assorbimento, come si dirà nel prossimo paragrafo, intende far leva sul nuovo 72, primo comma, ultima parte, per riscrivere il concetto di adempimento del contratto ad effetti reali: in questa costruzione il trasferimento della proprietà non è più una condizione ostativa del regime dei rapporti pendenti, bensì fattispecie assorbente qualsiasi prestazione principale prevista dal regolamento contrattuale. Corollari strettamente legati alla lettera del quarto comma della vecchia disposizione fallimentare sono così riproposti ed ampliati, oggi, all'intera Sezione IV; col risultato di semplificare ed incidere proprio sulla tutela predisposta per il promissario acquirente.

### 1.2.3. *La tesi dell'assorbimento.*

Secondo una dottrina autorevole, il contratto traslativo deve «considerarsi ineseguito fino a quando non si sia verificato il passaggio del diritto dall'alienante all'acquirente. Il trasferimento del diritto costituisce, infatti, l'effetto fondamentale a cui è preordinato il contratto. In mancanza di tale effetto non rileva, ai fini del concetto di "inesecuzione" recepito in materia, che il prezzo sia stato interamente versato o che la cosa sia stata consegnata... In questa

prospettiva, il concetto di “esecuzione” è *assorbito* nel diverso concetto espresso dalla locuzione di “passaggio del diritto”<sup>85</sup>.

Come abbiamo visto il d.lgs. n. 169/2007 ha eliminato l’asimmetria tra fallimento del compratore e fallimento del venditore, cosicché in tutti i contratti ad effetti reali l’avvenuto trasferimento del diritto preclude l’applicabilità della regola posta dall’articolo 72; in questo schema la dottrina sopracitata ha scelto invece di spingere oltre la rilevanza dell’effetto reale nella vendita ineseguita, trasformandolo da condizione ostativa in elemento «assorbente» la stessa fattispecie di adempimento del contratto traslativo. Sostenendo le proprie affermazioni principalmente (se non esclusivamente) su richiami alla giurisprudenza relativa al contratto preliminare immobiliare nel fallimento<sup>86</sup>, questi autori hanno più che altro definito la sorte di un insieme di negozi che qui neanche rilevano direttamente, le vendite definitive ad effetti obbligatori; per questa ragione, prima ancora di esaminare le conseguenze *ricostruttive* della tesi dell’assorbimento con riferimento al contratto preliminare, vediamo se almeno ha ripercussioni *pratiche* sui negozi definitivi di cui esplicitamente intende occuparsi.

Partiamo sottolineando che il diritto reale viene generalmente trasferito in forza del consenso negoziale (art. 1376 c.c.) a prescindere da qualsiasi ulteriore adempimento a carico del venditore: per questo «in tema di esecuzione del contratto, l’effetto traslativo è pertinentemente richiamato solo nei casi eccezionali di contratti traslativi con effetti non reali ma obbligatori»<sup>87</sup>. «L’indirizzo dominante appariva dunque criticabile quando considerava il contratto ineseguito solo perché non si era realizzato l’effetto traslativo... infatti, a prescindere dalla maturazione di tale effetto, possono residuare o meno una o più obbligazioni sia in capo al venditore sia in capo al compratore» riconosce lo stesso Di Marzio: i problemi sullo sfondo riguardano in definitiva l’esegesi dell’articolo 1476 n. 2 c.c., che espressamente configura come un’obbligazione a carico del venditore quella di far acquistare la proprietà della cosa o il diritto al compratore se l’acquisto non è effetto immediato del contratto<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> DI MARZIO, op. cit., p. 733. In tal senso anche PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 460; MACARIO, *Rapporti giuridici preesistenti*, in *Il correttivo della riforma fallimentare* a cura di Di Marzio, Milano, 2008, p. 54 ss.; DIMUNDO, op. cit., p. 610 ss.; INZITARI, loc. ult. cit.; CASALI, loc. ult. cit.; LUMINOSO, op. cit., p. 214 ss.

<sup>86</sup> Cfr. la rassegna di decisioni in VITALONE, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005, p. 149 ss. V. anche, ad esempio, Cass. 14 aprile 2004, n. 7070, in *Giur. civ. comm.* 2004, 4, ed il filone di sentenze che interesserà specificamente *infra* (v. *spec.* la nota 115).

<sup>87</sup> BIANCA, *La vendita* cit., p. 82 ss.

<sup>88</sup> In alcuni casi l’obbligazione ex art. 1476 n. 2 si consuma con la conclusione del contratto, mentre nelle fattispecie di vendita ad effetti obbligatori si estingue in un momento successivo: così già DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, p. 360 ss. «In tutte le ipotesi in cui il contratto perfezionato non ha ancora prodotto l’effetto traslativo, si parla di vendita con efficacia obbligatoria; in esse però tale effetto va ricondotto all’accordo originario... Distinto il contratto preliminare di compravendita, poiché quest’ultimo, a differenza della prima, non è in

Quest'ultima obbligazione principale del venditore è pacificamente richiamata per le compravendite ad effetti obbligatori consistenti nella alienazione di cosa generica, futura, e per la vendita di cosa altrui<sup>89</sup>. Certamente la massa non può essere chiamata ad adempiere integralmente a quest'obbligo, qualora esso sia ancora ineseguito alla data della dichiarazione di fallimento, se non per espressa scelta di subentro da parte del curatore; l'acquirente *in bonis* non può dunque conseguire l'effetto traslativo in pendenza del fallimento, ma, se ha già eseguito la sua parte del negozio (il pagamento integrale del prezzo), in applicazione dei principi generali non dovrebbe residuare altro che un credito al valore della prestazione<sup>90</sup>. Ecco dove invece si inserisce il *proprium* della tesi dell'assorbimento, che risolve il problema in senso diametralmente opposto: il rapporto è «pendente» finché non si è realizzato l'effetto reale, «scopo fondamentale» del contratto traslativo<sup>91</sup>; il che non sembra ammettere repliche per via del «generale principio di “cristallizzazione” del patrimonio del debitore al momento della dichiarazione di fallimento»<sup>92</sup>.

In realtà il tema degli effetti del fallimento sulle compravendite ad effetti obbligatori è da sempre percorso da molteplici dibattiti, che non solo non si accontentano del plastico richiamo ad un principio dell'esecuzione concorsuale, ma testimoniano anche l'assenza di un criterio risolutivo capace di spiegarsi per tutti questi contratti traslativi: in particolare è diffusa la tendenza a trattare separatamente i vari contratti c.d. ad effetti reali differiti (in senso ampio). È infatti discusso se possa considerarsi “eseguita”, ai fini dell'applicazione dell'art. 72 l.fall., la vendita sottoposta a termine iniziale di efficacia o a condizione sospensiva, dilemma cui corrisponde quello della rilevanza o meno dell'art. 1476 n. 2 per questi contratti; ivi solo una parte della dottrina, come per il precedente

---

grado di produrre l'effetto traslativo del diritto, per il verificarsi del quale occorre un'ulteriore manifestazione di volontà delle parti» (così ad esempio ZACCARIA, *sub art. 1470*, in *Commentario al codice civile* a cura di Cian, Padova, 2014).

<sup>89</sup> In cui, rispettivamente, l'effetto traslativo si verifica al momento indicato agli artt. 1378, 1472, 1478 cod. civ.

<sup>90</sup> Così innanzitutto GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento* cit., p. 159, nt. 6, in relazione al fallimento del compratore: «in applicazione delle regole generali... si deve peraltro ritenere corretta l'affermazione, generalmente condivisa, che se il contratto è stato interamente eseguito da uno dei contraenti, residua per il fallimento un credito ovvero un debito da soddisfarsi in moneta fallimentare; nella specie un debito al valore della cosa, salvo che la proprietà sia già passata prima del fallimento».

VIGO, *op. cit.*, p. 189 ss., difende in modo convincente la tesi spingendola oltre, anche al caso del fallimento del venditore: in particolare si mostra critico rispetto all'interpretazione dell'art. 72 quarto comma (per il solo fallimento del venditore quindi) che «sgancia l'articolo dalla materia dei contratti pendenti». Per l'autore, in generale, l'indebita estensione dell'applicazione dell'art. 72 (alle fattispecie diverse dai “rapporti pendenti”) si traduce in una disapplicazione dell'art. 59 l.fall., che in questo caso serve correttamente per «liquidare il residuo diritto all'acquisto» qualora il compratore *in bonis* abbia già pagato il prezzo.

<sup>91</sup> Così DI MARZIO, *loc. cit.*; ma anche CASALI, *op. cit.*, p. 268.

<sup>92</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, p. 734.

gruppo di ipotesi, continua a richiamare la c.d. cristallizzazione del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori<sup>93</sup>. Puntualmente viene loro replicato che, per un verso, molte di queste fattispecie negoziali possono (in concreto) presentarsi già esaurite alla data del fallimento da una od entrambe le parti; per l'altro, vale «l'efficacia retroattiva della condizione, e la circostanza che nelle ipotesi in esame il realizzarsi dell'effetto traslativo sfugge al potere del venditore e quindi l'effetto reale è già potenzialmente prodotto»<sup>94</sup>, tutti elementi che conducono da tempo taluni a ritenere questi casi estranei alla fattispecie di rapporto pendente.

Non è purtroppo questa la sede per studiare approfonditamente il problema della “pendenza” o meno della compravendita sotto condizione sospensiva nel fallimento. L'estensione dell'interpretazione che si può dare all'art. 1476 n. 2<sup>95</sup>, la possibilità o meno che il verificarsi della condizione possa produrre effetti in pregiudizio della massa, e ancora la rilevanza di una eventuale trascrizione del negozio ai sensi dell'art. 2659 secondo comma<sup>96</sup>: sono tutti problemi indipendenti ed estranei rispetto all'analisi della situazione conseguente la tempestiva trascrizione dell'azione *ex art.* 2932, quando viene richiesta l'attuazione giudiziale del preliminare di compravendita immobiliare. I punti di contatto tra queste ipotesi, ciascuna solcata dalle proprie diatribe e che la tesi dell'assorbimento

---

<sup>93</sup> LUMINOSO, *op. cit.*, p. 218-219; in senso negativo v. già PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1223 ss.; in giurisprudenza v. Cass 14 maggio 1996 n. 4483, in *Dir. fall.* 1997, II, p. 39.

Per un esempio di trattazione separata dei due gruppi di fattispecie cfr. BIANCA, *Vendita cit.*, p. 995, il quale in generale ritiene che nella vendita ad effetti obbligatori il curatore manterrebbe la facoltà di scegliere anche in presenza di adempimento integrale da parte del compratore; tuttavia prende una posizione opposta per la vendita sotto condizione sospensiva, rispetto alla quale il curatore non potrebbe sciogliersi.

<sup>94</sup> In questo senso GUGLIELMUCCI, *loc. ult. cit.*, con riferimento esclusivo al fallimento del compratore (nel regime previgente); FERRARA JR-BORGIOLI, *Il fallimento cit.*, p. 375 ss.; FERRARA JR, *Il fallimento cit.*, p. 333; BIANCA, *loc. ult. cit.*; VIGO, *op. cit.*, p. 102. Per altri riferimenti si rinvia nuovamente a LUMINOSO, *loc. ult. cit.*

<sup>95</sup> Esiste anche in questo caso un'obbligazione principale cui il venditore deve adempiere, oppure questi deve soltanto *rispondere* del mancato verificarsi dell'effetto traslativo in questi casi? In quest'ultimo senso GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento cit.*, p. 158 ss.

<sup>96</sup> Particolarmente interessanti le considerazioni di BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di Galgano, IX, Padova, 1986, p. 305 ss., il quale rileva che mentre «il trasferimento potenziale non ha efficacia traslativa», il riferimento alla retroattività della condizione sospensiva (art. 1360 c.c.) risulta decisivo: in quest'ultima fattispecie di vendita qualsiasi principio invocato ad ostacolo dell'acquirente *in bonis* (ad es. la cristallizzazione della situazione patrimoniale del fallito) è insuscettibile di cambiare il dato positivo della soccombenza dei creditori pignoranti fintanto che il primo trascriva anteriormente ai secondi il proprio titolo d'acquisto ai sensi dell'art. 2659 secondo comma. Mentre quindi in tutti gli altri casi è valorizzato il «dato formale insuperabile» dell'art. 72 quarto comma, in questa ed in un'altra ipotesi il potere di scelta del curatore viene meno: indipendentemente dal mancato verificarsi dell'effetto traslativo, non è più «pendente» né il contratto sotto condizione sospensiva trascritto *ex art.* 2659 comma 2, né il preliminare oggetto di attuazione giudiziale tempestivamente reso pubblico ai sensi dell'art. 2652 n. 2 (sul punto v. anche *infra*, § 1.3).

propone di regolare con lo stesso criterio, sono nulli proprio perché il preliminare non è una compravendita definitiva ad effetti obbligatori. È infatti pacifico, alla luce della disciplina civilistica predisposta per questi negozi, che il pagamento del prezzo nella compravendita definitiva abbia un ruolo affatto diverso rispetto al versamento di acconti nel preliminare ad effetti anticipati: la limpida autonomia dei relativi regolamenti negoziali scelti dalle parti comporta, se non altro, l'impossibilità di determinare un criterio unico per valutare la configurabilità di una eventuale esecuzione unilaterale. In altre parole il contratto preliminare si pone su un piano indipendente da tutte queste considerazioni perché non è concepibile un suo adempimento *ex uno latere*, in quanto le obbligazioni principali consistono nella reciproca manifestazione di volontà per l'impegno definitivo.

Torniamo così all'affermazione riportata in apertura: come può la teoria dell'assorbimento richiamare soltanto la giurisprudenza relativa al contratto preliminare per fondare la sua rilettura dell'art. 72? Certo che il verificarsi dell'effetto reale, con la stipula del definitivo o col passaggio in giudicato della sentenza costitutiva, finisce per "assorbire" il concetto di esecuzione: in un caso è precisamente l'oggetto delle simmetriche obbligazioni fondamentali, nell'altro impedisce l'applicazione dell'art. 72 in corrispondenza con i dettami dell'intangibilità dei beni stabilmente usciti dalla massa. A mio avviso è il corollario ulteriore ad essere poco convincente: la negazione che il rapporto possa essere unilateralmente eseguito prima del trasferimento di proprietà postula anzitutto la trasformazione – a livello prettamente civilistico – della vendita definitiva non immediatamente traslativa in un impegno bilaterale alla futura produzione dell'effetto reale. Come dire: prima ancora di dare una sistemazione dogmatica all'impegno preliminare nel fallimento, questa ricostruzione si assicura di precisare che la vendita definitiva ad effetti reali differiti (*latu sensu*) segua sostanzialmente il medesimo schema negoziale; e le perplessità certo non diminuiscono quando fra i passaggi viene obliterato l'art. 1476 n. 2 e richiamata l'indisponibilità in senso assoluto del patrimonio fallimentare.

Ricapitoliamo. Esiste una tesi che legge il principio dell'intangibilità delle pretese reali come un criterio unico, assorbente, per valutare la compiuta esecuzione di tutti i contratti traslativi; il *proprium* di tale ricostruzione consiste nel dare una soluzione unitaria per valutare la «pendenza» sia del contratto preliminare, sia di qualsiasi contratto definitivo ad effetti obbligatori (a prescindere da varie discussioni relative a quest'ultimo insieme, che da tempo colgono la particolarità della posizione delle parti almeno nella compravendita a termine o condizionata). Qui basti notare che, nello specifico caso del contratto preliminare, l'effetto traslativo si ponga come discriminante tra inesecuzione ed esaurimento del rapporto già quale conseguenza applicativa della regola generale:

sul tema oggetto di questa analisi, dunque, la tesi dell'assorbimento semplifica la descrizione della disciplina ma è suscettibile di pregiudicare alcune distinzioni più sottili che faremo nel prosieguo. Nel proseguire rimarremo dunque fedeli alla diffusa interpretazione del principio dell'intangibilità delle pretese reali esposta nel paragrafo precedente: poiché la disciplina dei rapporti pendenti non è uno strumento di reintegrazione delle garanzie patrimoniali, «il curatore può apprendere i beni del fallito, non i beni di terzi, ed è quindi tenuto a rispettare i diritti reali acquisiti in base a contratti stipulati prima della dichiarazione di fallimento»<sup>97</sup>.

Prima di concludere il discorso ricordiamo schematicamente alcuni aspetti.

(i) La giurisprudenza consolidata sui primi tre commi dell'art. 72 previgente ha da sempre fatto riferimento ad un concetto di esecuzione (del contratto ad effetti reali) perfettamente indipendente dal trasferimento del diritto: dunque, se davvero sussistessero «ragioni sistematiche» idonee a fondare la tesi dell'assorbimento, allora tutta la giurisprudenza anteriore al 2007 sul fallimento del compratore le avrebbe ritenute non conferenti.

(ii) Quando i sostenitori dell'assorbimento richiamano l'intangibilità delle pretese reali e le affiancano la cristallizzazione del patrimonio del debitore alla data della dichiarazione di fallimento, compiono un'operazione un po' sospetta. Perché la prima regola è esistita in forma espressa per tutta la vigenza della legge fallimentare (per lungo tempo nell'art. 72 comma 4, poi brevemente nel 72-bis, infine oggi nel 72 comma 1 ultima parte); mentre la seconda direttiva difficilmente può aggiungervi qualcosa finché sconnessa da qualsiasi dato positivo (ulteriore a quelli appena elencati). È infatti dubbio che, fuori dalle sue espressioni nello stesso art. 72, esista in materia di rapporti pendenti un principio generale di cristallizzazione che interferisca con le singole norme fallimentari<sup>98</sup>. Del resto abbiamo incontrato questo argomento (col correlato sentore di petizione di principio) tutte le volte in cui mancavano elementi più espliciti per risolvere i singoli problemi: si pensi ad esempio alla (ormai placata) *querelle* sulla supposta inopponibilità dell'azione di risoluzione trascritta prima del fallimento<sup>99</sup>.

(iii) L'art. 72 comma 4 previgente, circoscritto al fallimento del venditore, offriva un dato testuale così incisivo da farne a più riprese sospettare l'autonomia dalla generale definizione di rapporto pendente, un tempo riferita dai primi tre

<sup>97</sup> Ricorda anche BONSIGNORI, loc. ult. cit., parafrasando la già citata frase del Guglielmucci.

<sup>98</sup> Così ad esempio BONSIGNORI, op. cit., p. 307, il quale ricorda anche la petizione di principio insita nell'invocare «l'intangibilità della massa attiva proprio per risolvere problemi inerenti la massa stessa»; entrambi gli argomenti sono stati sviluppati da COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, e – ancora prima – dall'imprescindibile studio di ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 553 ss. (su tutti questi temi cfr. quanto detto *retro*, nel primo capitolo).

<sup>99</sup> Sul tema v. *retro*, § 1.1, ed in generale l'analisi dell'art. 45 l.fall. compiuta nel primo capitolo.

commi al solo fallimento del compratore. Il vecchio articolo 72 era innanzitutto il regime della vendita ineseguita, diviso a sua volta tra due fattispecie diverse; è stata poi la giurisprudenza a scegliere – tra i diversi principi che potevano in astratto prevalere (§ 1.2.1) – di generalizzare la soluzione indicata per il fallimento del compratore alle fattispecie non previste dalla legge. Prendiamo ad esempio un regime speciale: l'art. 75 l. fall. è chiaramente una disciplina<sup>100</sup> che ha poco a che fare con la non compiuta esecuzione bilaterale del rapporto perché il legislatore ha scelto di dare al venditore *in bonis* un potere ulteriore, nonostante l'integrale adempimento degli obblighi gravanti su quest'ultimo; ebbene, la lettera della disposizione previgente non permetteva di escludere che l'art. 72, comma quarto, facesse qualcosa di analogo (ma a favore del fallimento).

Oggi la vendita ineseguita non è più oggetto di un regime specifico, bensì è considerata nella regola generale dettata dall'art. 72. Ci vuole una certa audacia interpretativa per immaginare che, col decreto correttivo del 2007, sia stata comunque disposta una disciplina completamente diversa per i contratti ad effetti reali – tacendo il più e senza neanche sprecare un comma ulteriore per distinguerli dalla nozione individuata nell'*incipit* della IV sezione. La tesi dell'assorbimento è l'unica ad aver bisogno di immaginare un regime completamente diverso per i contratti traslativi, latente ma ulteriore rispetto la pacifica intangibilità delle pretese reali.

Ad ogni modo, visto che tanto si parla di «risistemazione» oppure di «linea di continuità» con riferimento alla riforma del 2006<sup>101</sup>, c'è da ritenere semplicemente che il vecchio quarto comma non abbia mai fatto riferimento ad una fattispecie autonoma rispetto a quella dei primi commi dell'art. 72, come del resto aveva rilevato una certa parte della dottrina<sup>102</sup>. In definitiva non è dimostrato – né per le norme vigenti né per quelle precedenti l'intervento del 2007 – che sia tacitamente stabilita una nozione autonoma di «rapporto giuridico preesistente» rispetto a tutti i contratti ad effetti reali, addirittura più ampia dell'ambito applicativo generale della IV sezione, in quanto comprensiva anche dei rapporti già esauriti da una od entrambe le parti.

---

<sup>100</sup> L'art. 75. prevede che, in caso di spedizione del bene mobile oggetto di vendita, il venditore possa esercitare la facoltà di ripresa quando la spedizione sia avvenuta prima della dichiarazione di fallimento ma il bene non sia ancora a disposizione dell'acquirente (né altri abbiano acquistato diritti su esso). La facoltà di ripresa può essere esercitata se il curatore non intende farsi consegnare la cosa pagando il prezzo integrale. In sostanza, esercitando il potere *ex art. 75* il venditore non scioglie il contratto, bensì «riporta indietro le lancette» permettendo l'applicazione della regola generale. Questo regime speciale trova puntuale trattazione in ciascuno dei trattati già citati *retro* (si veda in particolare il § 1.1 per riferimenti).

<sup>101</sup> V. le considerazioni svolte *retro*, nella nota 46.

<sup>102</sup> La dottrina più attenta trovava comunque il modo di escludere che il quarto comma dell'art. 72 fosse disgiunto dal concetto di vendita ineseguita dei primi commi: cfr. ad esempio VIGO, citato *retro* nella nota 90; COLESANTI, loc. ult. cit.; e MAFFEI ALBERTI, *Contratto preliminare e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 616 ss.

(iv) Sul piano prettamente civilistico non pare condivisibile che, in virtù di una rilettura del principio del consenso traslativo *ex art. 1376*, nei contratti definitivi ma privi di immediata efficacia reale l'obbligo di pagare il prezzo sia trasformato da principale in accessorio; e, alla luce delle norme che abbiamo esaminato, risulta difficile che nel fallimento lo «scopo» del contratto sinallagmatico per eccellenza sia il trasferimento di un bene e non – piuttosto – lo scambio di prestazioni. A mio avviso la tesi dell'assorbimento rischia (almeno all'interno della procedura concorsuale) di cancellare l'autonomia tra negozi definitivi e preliminari, la cui diversità degli schemi negoziali invece si riverbera soprattutto negli strumenti di tutela previsti a favore della parte non inadempiente.

Il contratto preliminare immobiliare “semplice” è infatti meglio tutelato del contratto definitivo ad effetti obbligatori (anche) perché è prevista l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre: solo quest'ultima può essere portata avanti con successo nei confronti della massa<sup>103</sup>, mentre una qualsiasi azione di adempimento (ad esempio per ottenere dal venditore l'acquisto del bene altrui) diverrebbe improcedibile con la dichiarazione di fallimento del convenuto. La distinzione dipende anzitutto dalla pretesa sostanziale fatta valere: se il titolo dell'azione *ex art. 2932* non fosse un preliminare semplice (in cui cioè manca soltanto il consenso traslativo) bensì un preliminare di vendita ad effetti obbligatori, la stessa domanda rimarrebbe infondata finché il promittente venditore non si decidesse ad adempiere al suo obbligo (di costruire l'immobile, di specificare il bene, di acquistarlo da terzi etc). Sul punto torneremo a breve; basti qui ribadire la differenza sostanziale tra le due posizioni, ovvero la soggezione o meno del rispettivo diritto fatto valere alla regolazione concorsuale.

Il fine ultimo di questa analisi è capire come uno specifico strumento di tutela processuale reagisca alla disciplina degli effetti del fallimento, in particolare a quella della sezione IV; per adesso, alla luce anche dei rilievi svolti nel secondo capitolo, possiamo anticipare che la stessa impostazione delle discussioni sull'azione *ex art. 2932*, raccolte intorno all'art. 72 piuttosto che all'art. 51 l. fall., dica molto sulle particolarità del suddetto rimedio (§ 2). Prima di arrivare a quel punto, però, abbiamo bisogno di un ultimo approfondimento: è tempo di calare il contratto preliminare nel fallimento.

### 1.3. *Il contratto preliminare nel fallimento.*

Come accennato, l'applicabilità della disciplina dei rapporti giuridici preesistenti presuppone la perfezione dell'*iter* formativo del contratto prima del (ed in modo opponibile al) fallimento: questo comporta l'inapplicabilità degli artt.

---

<sup>103</sup> Almeno a partire dalla stabilizzazione del diritto vivente nella direzione che studieremo *infra*, § 2.2.

72 ss. l.fall. ai contratti in corso di formazione<sup>104</sup>. Ora, è vero che nelle scorse pagine è capitato di parlare del fenomeno di «formazione progressiva della fattispecie» con riferimento al negozio preliminare<sup>105</sup>; ma risulta altrettanto chiaro il fatto che quest'ultimo, a differenza della vicenda traslativa complessa in cui si inserisce, sia in sé perfetto. È infatti da tempo superata la tesi che negava l'applicabilità dell'art. 72 al contratto non definitivo di compravendita<sup>106</sup>.

Sin dalla giurisprudenza di legittimità più risalente<sup>107</sup> si sostiene che il fallimento determini l'arresto dell'evoluzione della fattispecie traslativa in corso di formazione; si aggiunge poi che «la disciplina generale della vendita, basata sulla facoltà di scelta del curatore tra scioglimento e subentro, che sarebbe applicabile al contratto definitivo ove stipulato dal fallito prima dell'apertura del procedimento concorsuale, deve a maggior ragione applicarsi al contratto preliminare»<sup>108</sup>. Va sottolineato subito che entrambi gli argomenti, riferiti alla semplice fattispecie traslativa incompleta al momento del fallimento, sono corretti e perfettamente compatibili fra loro<sup>109</sup> – «l'accettazione di una proposta o di una opzione e la stipulazione di un contratto definitivo, intervenute dopo la dichiarazione di fallimento, danno vita ad un contratto non preesistente, bensì postfallimentare: perciò se l'accettazione della proposta o la stipulazione del definitivo sono opera del fallito, il contratto è sicuramente inefficace rispetto ai creditori e tutt'al più il curatore può assumerlo... se, viceversa, sono compiute dal curatore, il contratto rientra fra gli atti dell'amministrazione fallimentare, dai quali scaturiscono debiti della massa»<sup>110</sup>. Insomma, col fallimento l'evoluzione di questa fattispecie traslativa si arresta e il contraente *in bonis* non ha alcuna

<sup>104</sup> Questo è stato da tempo ricavato alla luce di un'affermazione contenuta nella *Relazione al Re*, n. 18: v. ad esempio SATTA, *Diritto fallimentare* cit., p. 209; PROVINCIALI, op. cit., II, p. 1184 ss. Il riferimento al contratto bilaterale perfetto è, già sotto il codice di commercio, in NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Bologna, 1939, p. 282-283.

<sup>105</sup> CARNELUTTI, *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 616 ss.: ma sul tema v. *retro*, secondo capitolo, § 2.

<sup>106</sup> «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» (Cass. Sez. Un. 7 luglio 2004 n. 12505 cit). Cfr., oltre alla dottrina citata nella nota 104, RUISSI, *Il fallimento* cit., II, p. 567, in *Giur. sist. cit.* In giurisprudenza si vedano, anche tra molte, Cass. 8 febbraio 2000, n. 1376; Cass. 6 febbraio 1999, n. 1037; Cass. 26 gennaio 1995 n. 955; per altri riferimenti cfr. LUMINOSO, *Vendita* cit., p. 237 nt. 117. Al superamento ha contribuito in particolare GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento* cit., p. 140 ss.; i copiosi testi dottrinari in materia si sono però concentrati soprattutto su un tema logicamente successivo, che tratteremo *infra* al § 2.

<sup>107</sup> V. le sentenze citate *infra*, alla nota 153.

<sup>108</sup> ABATE, op. cit., p. 139 ss.; parimenti ad esempio BIBOLINI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare* coordinato da Lo Cascio, Milano, 1996, p. 729 ss.

<sup>109</sup> Le conclusioni non saranno le stesse per il problema effettivamente deciso dalle sentenze riportate in nota 107: sul tema si rinvia nuovamente al successivo § 2.

<sup>110</sup> GUGLIELMUCCI, loc. ult. cit.; parimenti DE MARTINI, *Il patrimonio* cit., p. 352 ss.

possibilità di pretenderne il completamento a spese della massa; la continuazione o lo scioglimento del rapporto dipendono da una scelta riservata all'amministrazione fallimentare e improntata a criteri di convenienza.

L'applicabilità del previgente articolo 72, dedicato alla vendita, ai contratti dello stesso tipo ma rimasti allo stadio di preliminare, si basava su un argomento *a fortiori* che permetteva di evitare i problemi sollevati dai negozi ineseguiti non specificamente disciplinati dalla legge fallimentare (v. *retro*, § 1.2.1). Con la riforma del 2006 è scomparsa una disposizione espressamente dedicata alla vendita, ma il nuovo terzo comma dell'art. 72 ricorda che «la disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'art. 72-bis»<sup>111</sup>. Come si vede, questa è una delle norme positive introdotte «in linea di continuità» col diritto vivente già consolidatosi: sfugge quindi come abbia potuto contribuire a giustificare alcuni radicali mutamenti di opinione<sup>112</sup> rispetto ad una materia tutto sommato diversa, cioè alla fattispecie rispetto la quale «le regole relative alla pendenza del rapporto vanno coordinate con quelle relative alla pendenza del processo e, se si tratta di beni immobili, anche con quelle relative alla trascrizione della domanda giudiziale»<sup>113</sup>; problema il cui riferimento è stato costante per tutte queste pagine e che finalmente troverà alcune possibili risposte nelle prossime (§§ 2 e seguenti).

Prima di approfondire l'analisi della posizione del promissario acquirente nel fallimento, ricordiamo alcuni aspetti già emersi nella trattazione. Innanzitutto il contratto preliminare è uno schema negoziale in base al quale, sia nella forma c.d. pura sia in caso di apposizione di clausole accessorie ad effetti anticipati, sussistono sempre due obbligazioni principali reciproche e simmetriche<sup>114</sup>: «la prestazione di entrambi i contraenti, consistente nella prestazione del consenso al definitivo, è sostanzialmente unitaria e non può quindi coesistere una prestazione del fallimento in moneta fallimentare con una prestazione integrale del contraente *in bonis*»<sup>115</sup>; dunque l'insinuazione al passivo da parte del promissario acquirente

---

<sup>111</sup> Come osserva DIMUNDO, op. cit., p. 621, il rinvio al solo primo comma non significa che al contratto preliminare non si applichino le altre regole contenute nei commi 2, 4, 5 e 6; cfr. anche FINARDI, *Facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare e aspetti innovativi dell'art. 72 l.fall.*, in *Fall.*, 2008, p. 772.

<sup>112</sup> Il riferimento è a LUMINOSO, op. cit., p. 241 ss., rispetto a scritti come *Sulle interferenze cit. e precedenti*.

<sup>113</sup> CENSONI, op. cit., p. 791.

<sup>114</sup> V. *retro*, secondo capitolo, § 2.

<sup>115</sup> GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento cit.*, p. 142, nt. 16. La massima ricorrente in giurisprudenza è sostanzialmente questa: «è irrilevante ai fini della compiuta esecuzione del contratto preliminare che i contraenti abbiano compiuto atti prodromici al futuro trasferimento della proprietà, come la consegna della cosa o il pagamento del prezzo»; cfr. ad esempio Cass. 7 gennaio 2008 n. 33 (in *Fall.* 2008, 767), Cass. 13 gennaio 2006 n. 542, Cass. 22 dicembre 2005 n. 28479, Cass. 14 aprile 2004 n. 7070 cit., Cass. 8 febbraio 2000 n. 1376 (in *Giur. it.* 2000 p. 1243 ss).

*in bonis* per il «valore della prestazione del consenso» è sì inammissibile<sup>116</sup>, ma prima di tutto incompatibile con la struttura dell'impegno come delineatosi nel diritto comune.

Ancora, lo studio del principio di intangibilità delle pretese reali<sup>117</sup> ci ha permesso di rilevare – e circoscrivere – un'importante condizione ostativa all'applicabilità degli artt. 72 ss.; aspetto cui il contratto preliminare di per sé sembra completamente estraneo, dato che «non ha efficacia reale né è equiparabile ad un contratto ad effetti reali... ne consegue che, in linea di principio, il curatore può scegliere fra subentro e scioglimento»<sup>118</sup>. Per il resto, come accennato *retro* in critica alla tesi dell'assorbimento, non sfugge che il verificarsi dell'effetto reale, con la stipula del definitivo o col passaggio in giudicato della sentenza costitutiva, finisca per “assorbire” il concetto di esecuzione: in un caso è precisamente l'oggetto dei reciproci obblighi, nell'altro esclude l'applicabilità degli artt. 72 ss. in forza del principio richiamato.

Se questo è il quadro di partenza, va anche tenuto presente che negli ultimi anni il legislatore è intervenuto più volte a tutela del promissario acquirente immobiliare, e lo ha fatto aggiungendo diverse disposizioni secondo linee direttive inerenti (ma non limitate) al c.d. diritto alla casa.

### 1.3.1. *La posizione del promissario acquirente.*

Il regime descritto sopra, in base al quale il contratto preliminare può essere sciolto dal curatore ai sensi dell'art. 72, ha generato una vera e propria questione sociale<sup>119</sup>: spesso la parte *in bonis* era (ed è) il promissario acquirente che aveva versato in via anticipata gran parte del prezzo dovuto, e che al fallimento del promittente venditore poteva soltanto aspirare all'ammissione del proprio credito

<sup>116</sup> V. già COTTINO, in *Dir. fall.* 1964, I, 368; e AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 1276. *Contra*: VIGO, op. cit., p. 137 ss. che, in conseguenza di un'originale impostazione del contratto preliminare, sostiene la soluzione opposta: si rinvia a quanto detto nel secondo capitolo, § 3. Il tema non va comunque confuso con gli effetti dello scioglimento del contratto, che attribuisce al contraente non fallito il diritto di insinuarsi al passivo per gli eventuali crediti restitutori (v. *retro*, § 1.1).

<sup>117</sup> V. *retro*, § 1.2.2.

<sup>118</sup> Così ad esempio GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 119 ss. L'interpretazione è pacifica: v. LUMINOSO, op. cit., p. 238 per richiami in dottrina; DI MARZIO, loc. ult. cit.; JORIO, *I rapporti giuridici pendenti* cit., p. 480; NARDO, *sub art. 72*, in *La legge fallimentare. Commentario* a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 529; DALLA CORTIGLIA, *Le modifiche del decreto correttivo*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 757.

<sup>119</sup> Così FABIANI, op. cit., p. 367. Sull'assetto giurisprudenziale si è tentato di sollecitare l'intervento della Corte Costituzionale denunciando l'illegittimità dell'art. 72 quarto comma nella parte in cui, a differenza di quanto disposto nell'art. 67 l. fall. (che detta un limite di tempo per la reintegrazione delle garanzie patrimoniali tramite il regime di impugnabilità degli atti pregiudizievoli), non limita l'esercizio della facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto; tuttavia la Corte di cassazione, a più riprese (v. ad esempio 25 novembre 1993 n. 11657 in *Foro it.* 1995, I, 294), ha dichiarato manifestamente infondata la questione.

– restitutorio – in via chirografaria. Invero «la curatela è tanto più ostile alla esecuzione del contratto, quanto più elevata è l'entità delle partecipazioni versate: in proporzione diretta agli acconti di prezzo già corrisposti, si accresce la appetibilità per il fallimento della vendita forzata»<sup>120</sup>, perché in quest'ultimo caso l'amministrazione fallimentare incamera l'intero valore di realizzo del bene ed è tenuta soltanto alla obbligazione restitutoria in moneta fallimentare.

Forse per motivi di equità, ma forse anche per altri<sup>121</sup>, nel 1996 è stato introdotto l'istituto della trascrizione del contratto preliminare, inizialmente obbligatoria e poi resa facoltativa in sede di conversione in legge: tra le varie disposizioni aggiunte<sup>122</sup>, lo stesso articolo 72 è stato arricchito di un comma ulteriore, oggi il settimo. Una misura parsa a molti largamente insufficiente<sup>123</sup>: al curatore veniva espressamente riconosciuto il potere di sciogliersi anche dal preliminare reso pubblico *ex art. 2645-bis*, con tuttavia l'effetto aggiuntivo di attribuire al credito restitutorio del promissario acquirente di bene immobile il privilegio speciale previsto dall'*art. 2775-bis*.

È su questa situazione che è intervenuta la Cassazione a sezioni unite, che nel 2004<sup>124</sup> ha riconosciuto al promissario acquirente una tutela molto più efficace: la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, se tempestivamente trascritta, non solo è opponibile alla massa dei creditori, ma impedisce anche lo scioglimento del rapporto ai sensi dell'*art. 72 l.fall.* Il precedente ha faticato a consolidarsi nella giurisprudenza di legittimità, e si colloca in un quadro controverso su cui torneremo nel § 2.

La garanzia del promissario acquirente è stata ulteriormente elevata da successivi interventi legislativi. In primo luogo il d.lgs. n. 122/2005 ha dettato un regime speciale per qualsiasi contratto abbia ad oggetto un immobile da

---

<sup>120</sup> VIGO, op. cit., p. 184.

<sup>121</sup> L'intervento normativo in questione, il d.l. 31 dicembre 1996 n. 669, detta "disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile" a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997. «La legge finanziaria e quelle collegate costituiscono veicolo privilegiato per introdurre nell'ordinamento giuridico le più diverse modificazioni, eterogenee tra di loro... legate solo dall'estemporanea necessità di reperire denaro per fronteggiare il pozzo di San Patrizio del debito pubblico... Anche la trascrizione del preliminare è frutto di questa assurda logica»: così GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* a cura di Gabrielli e Gazzoni, Torino, 2012, I, 1, p. 123.

<sup>122</sup> A fianco dell'*art. 2645-bis* sono state situate le norme in materia di nota di trascrizione (*art. 2659 n. 4*), cancellazione della trascrizione del preliminare (*art. 2668 quarto comma*), privilegio speciale immobiliare in favore del promissario acquirente (*art. 2775-bis*), ordine dei privilegi immobiliari (*art. 2780 n.5-bis*), ipoteca iscritta su bene oggetto del contratto preliminare trascritto (*art. 2825-bis*) e, appunto, in materia di effetti del fallimento in caso di vendita non ancora eseguita.

<sup>123</sup> Cfr. FABIANI, loc. ult. cit.

<sup>124</sup> Cass. Sez. Un. 7 luglio 2004, n. 12505, in *Fall.* 2005, 755; in *Corr. giur.* 2004, 1451; in *Foro it.* 2004, I, 3038; in *Dir. fall.* 2005, II, 1; in *Not.* 1994, 586; e in *Contr.*, 2005, 130.

costruire<sup>125</sup>, disponendo all'art. 72-*bis* lo scioglimento del contratto qualora, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore. Il secondo intervento nella medesima direzione è stato nel decreto correttivo del 2007, che ha introdotto l'ottavo comma dell'art. 72: è esclusa l'applicazione del principio generale, consacrato al primo comma, nelle ipotesi in cui il contratto preliminare di vendita trascritto abbia ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente, o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado<sup>126</sup>; e col d.l. 22 giugno 2012 n. 83 l'eccezione è stata estesa ai medesimi preliminari aventi ad oggetto un immobile destinato a costituire la sede principale dell'impresa dell'acquirente. Questo nuovo comma è assolutamente innovativo, perché «in questi limiti, dunque, anche il diritto del promissario acquirente – che non ha ancora acquisito un diritto reale, né altro diritto ad esso in qualche modo equiparabile – non è soggetto a regolazione concorsuale»<sup>127</sup>.

Abbiamo così brevemente percorso il sistema predisposto dal diritto positivo per tutelare il promissario acquirente che abbia trascritto il contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis*: il curatore non può sciogliersi nei casi indicati dall'art. 72 ottavo comma, mentre in tutti gli altri tale scelta darà luogo a credito restitutorio assistito da speciale privilegio immobiliare; all'intero regime fa eccezione qualsiasi negozio abbia ad oggetto l'acquisto di un immobile da costruire. Una disciplina «inutilmente complessa e poco giustificata» spiega il Fabiani<sup>128</sup>, secondo il quale si «produce un risultato stravagante»: dopotutto il curatore può ancora sciogliersi dalla maggior parte dei contratti preliminari trascritti, compresi (pur nei termini dell'art. 72-*bis*) quelli aventi ad oggetto un immobile da costruire destinato a costituire l'abitazione principale di uno dei soggetti indicati all'art. 72 ottavo comma<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Non interessa qui dilungarsi sulle particolarità dei presupposti stabiliti dal decreto – ad esempio, l'art. 1, primo comma, lett. a), richiede che l'acquirente sia una persona fisica, e la «situazione di crisi» cui fa riferimento l'art. 3 non coincide necessariamente col fallimento. Per approfondimenti cfr. CASALI, loc. ult. cit.

<sup>126</sup> Il decreto correttivo ha così “completato” la tutela del diritto alla casa assicurata dalla corrispondente esenzione da revocatoria del contratto stipulato nel sospetto periodo legale: cfr. art. 67, terzo comma, lett. c), legge fallimentare.

<sup>127</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 119-120; parimenti LUMINOSO, *Vendita* cit., p. 208.

<sup>128</sup> FABIANI, op. cit., p. 368; ID, in *Foro it.* 2008, I, 909,

<sup>129</sup> «Questa tutela differenziata appare decisamente ingiustificata e tale da indurre sospetti di legittimità costituzionale» rincara. Secondo l'autore citato, la disciplina sarebbe incerta su tutta una serie di punti: cosa succede, ad esempio, se è preclusa al curatore la facoltà di scioglimento (perché è una delle fattispecie dell'ottavo comma) ma comunque egli si rifiuta di adempiere e stipulare il contratto definitivo? In risposta a tale inadempimento, potrebbe forse essere trascritta la domanda ex art. 2932 pur dopo la dichiarazione di fallimento?

In applicazione dei principi visti *retro* (§ 1.1) pare in realtà chiaro che, una volta effettuato il

Proviamo a fare un po' di chiarezza sulla posizione del promissario acquirente davanti al fallimento della controparte, così da ricavare il senso di questa complessa disciplina. Sicuramente chi fa valere un preliminare trascritto *ex art. 2645-bis* non è molto tutelato; ma il promissario acquirente è appunto un soggetto interessato al completamento di una fattispecie traslativa la cui evoluzione si è ormai arrestata. Il settimo comma dunque gli riconosce un (magro) privilegio per i crediti restitutori; mentre in casi eccezionali la disposizione successiva gli offre una tutela fortissima, in attuazione del diritto alla casa e (di recente) anche oltre. L'*art. 72-bis* infine è una disposizione che interessa una particolare compravendita ad effetti obbligatori, ed è attentamente confezionata dal legislatore per (dare una certa tutela ma) impedire che la procedura fallimentare sia costretta a costruire l'edificio oggetto del contratto, prestazione sicuramente incompatibile con gli interessi dell'amministrazione fallimentare<sup>130</sup>.

A mio avviso, è essenziale il rilievo che il contraente *in bonis* nel preliminare di vendita di cosa futura (come in qualsiasi altra compravendita ad effetti obbligatori) non sia tutelato da alcuna disposizione al punto di ottenere la soddisfazione integrale alle spese degli altri creditori: questa è generalmente una posizione debolissima<sup>131</sup> che ha tutto da invidiare al preliminare di vendita "comune" (in cui le parti si impegnano ad emanare una dichiarazione di volontà che produrrà di per sé l'effetto traslativo voluto). Questa seconda fattispecie permette dopotutto di ottenere in via giudiziale il medesimo risultato pur nell'inerzia della controparte; la prima fattispecie invece, anche ammessa l'esperibilità dell'azione *ex art. 2932*, incontrerà l'insuperabile ostacolo delle condizioni previste da quest'ultimo articolo – vale a dire che senza l'adempimento dell'obbligo da parte del venditore la pronuncia costitutiva non sarà «possibile».

Ecco perché, come anticipavamo, il preliminare semplice è meglio tutelato anche del contratto *definitivo* ma ad effetti obbligatori: è vero che in quest'ultimo caso il trasferimento di proprietà potrebbe prodursi indipendentemente da un

---

subentro in qualsiasi contratto, entrambe le parti godano dei rimedi di diritto comune contro l'inadempimento; dunque il problema come tracciato dal Fabiani si pone soltanto qualora si escluda il subentro "automatico" nei contratti che (pur) non possono essere sciolti *ex art. 72* comma 8. Il che mi pare improprio: il problema dell'assenza di subingresso automatico da parte del curatore si pone soltanto quando gli artt. 72 ss. non si applicano in virtù del principio di intangibilità delle pretese reali, e cioè quando la massa abbia ancora la disponibilità materiale di un bene non più di sua proprietà. Sul punto cfr. *retro*, nota 34.

<sup>130</sup> Per approfondimenti v. CASALI, loc. ult. cit.

<sup>131</sup> Da una parte nello schema negoziale del preliminare è esclusa la possibilità di rilevare una "esecuzione unilaterale" da parte di chi ha già anticipato il prezzo, dato che questa è oggetto soltanto di una clausola accessoria. Come detto invece *retro*, § 1.2.3, il discorso della pendenza o meno della vendita definitiva ad effetti obbligatori è ancora aperto nel caso in cui il prezzo sia stato già pagato; tuttavia, anche escludendo l'applicabilità degli artt. 72 ss. in quest'ultima ipotesi, tale acquirente *in bonis* avrebbe soltanto il diritto di insinuarsi al passivo per il valore della cosa, dunque un credito falcidiato.

nuovo impegno bilaterale, ma, qualora ciò dipenda da una materiale prestazione ineseguita dal venditore poi fallito, sarà comunque impossibile pretenderlo dal curatore.

Alcune dottrine (e giudicati) risalenti affermavano l'esatto opposto: il promissario acquirente che abbia già pagato il prezzo non può essere trattato meglio del compratore che ha già adempiuto al suo obbligo, perché se non esiste un diritto al soddisfacimento integrale a fronte di un contratto definitivo ad effetti obbligatori, *a maggior ragione* non esiste di fronte al preliminare. È chiaro che alla luce del diritto vigente questa impostazione evidenzia una certa incompletezza: i due negozi sono profondamente diversi nella sostanza e (quindi) nella tutela processuale predisposta. L'art. 2932 c.c. permette di ottenere la produzione giudiziale dell'effetto traslativo voluto, anche (se tempestivamente prenotato) incidendo sul patrimonio fallimentare; mentre nell'ambito della richiesta di mutamento giuridico il giudice mai potrà, da solo, costruire un edificio.

### 1.3.2. Segue: *La trascrizione ex art. 2645-bis cod. civ.*

Se vogliamo entrare nel vivo della distinzione tra chi vanta un preliminare trascritto e chi agisce per ottenerne l'attuazione giudiziale, dobbiamo spendere ancora qualche parola sull'istituto introdotto tra 1996 e 1997. «Si trattava di offrire tutela al promittente acquirente sotto due aspetti: prevalenza rispetto a chi acquista dal promittente alienante diritti incompatibili nelle more della stipula del definitivo, da un lato, e... se interviene il fallimento, garanzia per i crediti sorti»<sup>132</sup>. In sede di conversione in legge la trascrizione è stata poi resa facoltativa: il che, stante la sua «scarsa convenienza dal punto di vista tributario»<sup>133</sup>, ha reso a dir poco eccezionale nella pratica il ricorso a questo strumento.

Concentriamoci dunque sull'inserimento di questo istituto tra i meccanismi pubblicitari (descritti *retro*, nel primo capitolo). Prima del '96 l'unico modo per

---

<sup>132</sup> GAZZONI, *La trascrizione* cit., p. 124. Forte voce discorde rispetto al d.l. del 1996 è stata quella del DI MAJO, *La «normalizzazione» del contratto preliminare*, in *Corr. giur.* 1997, p. 132, secondo il quale la trascrizione del preliminare, se resa obbligatoria, avrebbe cancellato la libertà del promittente venditore «di non adempiere quando i costi dell'adempimento sarebbero maggiori di quelli dell'inadempimento».

<sup>133</sup> V. DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, in *Contratti*, 1997, p. 5 ss. D'altra parte non è un mistero che il preliminare, nella pratica, stabilisca un prezzo molto più alto di quello che sarà indicato nell'atto redatto davanti al notaio: ecco l'evasione fiscale che il Governo voleva evitare nel 1996. L'ostacolo sarebbe stato comunque aggirabile, perché le parti avrebbero potuto stipulare un negozio stabilendone la ripetizione notarile con prezzo simulato (ma il discorso è completamente diverso, perché questa sarebbe stata una vendita definitiva per scrittura privata, il preliminare c.d. improprio oggetto dell'azione trascritta ex art. 2652 n. 3). Ad ogni modo il timore di «preliminari di preliminari non bisognosi delle forme di cui all'art. 2657» (così DI MAJO, loc. ult. cit.) si è rivelato infondato, dato che questi sarebbero nulli alla luce della recente Cass. Sez. Un. 2 aprile 2009, n. 8038; in tema v. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, 3, p. 50 ss.

rendere pubblico il contratto preliminare di compravendita immobiliare era trascrivere la domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2652 n. 2; il che può avvenire anche immediatamente, a prescindere cioè dall'inadempimento del convenuto, dato che l'esigibilità della prestazione va valutata secondo le scadenze processuali delle condizioni di accoglimento dell'azione<sup>134</sup>. «È evidente allora che la trascrizione del preliminare non fa altro che dare maggiore razionalità al sistema, almeno così come delineato dal c.d. diritto vivente giurisprudenziale, perché supera le possibili eccezioni di inesigibilità della prestazione e nel contempo rende pubblico un contratto»<sup>135</sup>.

Gli effetti della trascrizione *ex art. 2645-bis* sono essenzialmente quelli di «prenotare» la successiva trascrizione degli atti propriamente soggetti alla pubblicazione ai fini dell'opponibilità, anche se varie teorie leggono tali effetti piuttosto nel senso di una «opponibilità» risolutivamente condizionata alla mancata trascrizione del definitivo<sup>136</sup>. La sottile distinzione non rileva in questa sede, perché centrale è che la pubblicità dell'atto sia stata prevista per risolvere i conflitti tra l'acquirente e le trascrizioni curate da terzi nelle more della stipula del definitivo: queste ultime soccombono se viene (pur posteriormente) trascritto il definitivo, od altro atto esecutivo, o la domanda ai sensi dell'art. 2652 n. 2; in particolare quest'ultima, come sappiamo, deve essere a sua volta seguita dalla pubblicità della sentenza di accoglimento *ex art. 2643 n. 14*. Insomma, tramite questo meccanismo «l'acquirente diviene titolare di un bene libero da vincoli»<sup>137</sup>.

«È fuori discussione che nell'intenzione del legislatore detto meccanismo doveva essere proprio quello della prenotazione, una tecnica che il sistema della trascrizione senza dubbio conosce... Una volta che la continuità [ovvero la trascrizione dei due atti consecutivi] sia assicurata, l'opponibilità opera non già *ex nunc*, con riferimento cioè alla data della trascrizione dell'atto più recente, che avrà un numero d'ordine ovviamente successivo, ma *ex tunc*»<sup>138</sup>. Pertanto è

<sup>134</sup> Sul punto si rinvia alla dottrina e giurisprudenza citate nel secondo capitolo, § 3.2.

<sup>135</sup> GAZZONI, *La trascrizione* cit., p. 126.

<sup>136</sup> Nel primo senso cfr. MARICONDA, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.* 1997, p. 129; CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 217; TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.* 1997, V, 278; RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.* 1997, II, 310; SICCHERO, *La trascrizione del preliminare*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, III, Milano, 2006; per ulteriori riferimenti v. GAZZONI, *op. cit.*, p. 128, nt. 13.

Nel secondo senso cfr. PALERMO, *Sulla trascrivibilità della promessa unilaterale di rinuncia*, in *Temi romana*, 1999, p. 22. Particolarmente convincente chi parla di «opponibilità ai terzi del diritto all'acquisto»: cfr. LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità e garanzie*, in *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi* (Luminoso-Palermo), Padova, 1998; e GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.* 1997, I, p. 534 ss.

<sup>137</sup> Cfr. *amplius* CIAN, *loc. ult. cit.*; oltre alla dottrina citata nella nota precedente, si rinvia al primo capitolo per la disciplina della trascrizione della domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2652 n. 2.

<sup>138</sup> GAZZONI, *La trascrizione* cit., p. 129. La *Relazione* al d.l. 669/1996 afferma che il

possibile, secondo il Gazzoni, instaurare un parallelismo «puramente descrittivo» tra il modello prenotativo della domanda giudiziale *ex art. 2652 n. 2* e la trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis*: «in entrambi i casi si è in presenza di un meccanismo pubblicitario composito, che inizia con la trascrizione di un atto, ma presuppone anche la trascrizione di un atto successivo... Ma, al di là di ciò, il rapporto tra domanda giudiziale e sentenza non è quello stesso che si instaura tra preliminare e definitivo... non è infatti possibile trasferire la logica del processo e del procedimento giudiziale all'interno dei rapporti tra due atti di carattere sostanziale aventi ciascuno propri presupposti e propria giustificazione»<sup>139</sup>.

Ora, capita di leggere in dottrina<sup>140</sup> che la trascrizione *ex art. 2652 n. 2* produca gli stessi effetti della trascrizione del preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis*. L'affermazione è coerente con i profili già rilevati: entrambe le forme di pubblicità, come del resto anche l'art. 2659 secondo comma, risolvono un conflitto sostanziale nella circolazione di un determinato bene. Casomai può cambiare la tecnica di prenotazione, che nei primi due casi è strutturata su un meccanismo in due fasi<sup>141</sup>, mentre nell'art. 2659 secondo comma viene reso opponibile a terzi un negozio prenotandone il futuro effetto reale.

Si è di conseguenza diffuso, in dottrina come in giurisprudenza, l'uso della parola «retroattività» per indicare l'operazione di fare riferimento (ad esempio) al numero d'ordine della domanda giudiziale trascritta *ex art. 2652 n. 2* piuttosto che a quello della sentenza resa pubblica ai sensi dell'art. 2643 n. 14, od ancora al numero d'ordine della «formalità» *ex art. 2645-bis* e non a quello del successivo contratto definitivo trascritto. L'identità degli effetti è suggerita anche dallo stesso articolo dedicato alla trascrizione del preliminare, che dispone una sorta di continuità con l'eventuale successiva pubblicità dell'azione di esecuzione in

---

preliminare deve considerarsi «non in modo autonomo, ma come segmento di un procedimento che nasce con il preliminare, ma che è destinato a svilupparsi per effetto della procedura prevista dall'art. 2932 in un negozio con effetti reali. È tenendo conto dell'intera vicenda che si individua nel preliminare un contratto sostanzialmente prodromico di una vicenda negoziale intesa al raggiungimento i effetti reali».

<sup>139</sup> GAZZONI, loc. ult. cit. La giustificazione del meccanismo pubblicitario la cui prima articolazione è la trascrizione della domanda giudiziale è, come abbiamo visto nel primo capitolo, la necessità di assicurare il rispetto del principio generale in virtù del quale deve evitarsi che i tempi del processo si ripercuotano negativamente sulla sfera patrimoniale dell'attore vittorioso.

<sup>140</sup> Sul punto v. *infra*, § 2.3.1.

<sup>141</sup> «Il meccanismo pubblicitario previsto dall'art. 2652 n. 2 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» (Cass. Sez. Un. 7 luglio 2004 n. 12505 cit).

forma specifica<sup>142</sup>. Precisiamo però il medesimo concetto cambiando punto di vista: in tutti questi casi è parimenti indubbio che detta «retroattività» non possa essere spinta fino alla semplice «retrodatazione» dell'effetto traslativo. Stanti i principi in gioco (visti nel primo capitolo) il discorso si fa un po' più complesso per la trascrizione delle domande giudiziali; ma è evidente che l'art. 2645-*bis* non assicuri la retrodatazione del passaggio di proprietà al momento della pubblicazione del preliminare, né l'art. 2659 secondo comma comporti la retroattività del diritto reale che le parti di comune accordo hanno voluto differire<sup>143</sup>.

Circoscrivendo il discorso agli effetti, abbiamo così fatto risaltare gli aspetti di «continuità» fra tre formalità pubblicitarie che per il resto presentano differenze fondamentali. La specificità di ciascuna di queste ipotesi, naturalmente, è che in ciascuno di questi casi venga trascritto un *atto* diverso: è in questo senso (ad esempio) che l'art. 2645-*bis* razionalizza il sistema, evitando l'inizio di un processo al solo fine di rendere pubblico il suo contratto preliminare. E sulla diversità tra questi atti non possono esserci dubbi: il preliminare opponibile al fallimento è semplicemente una fattispecie traslativa incompleta, arrestata nella sua evoluzione, laddove la domanda giudiziale tempestivamente trascritta attiva il meccanismo di sostituzione processuale *ex art.* 43 l.fall. e permette persino (a determinate condizioni) di ottenere con sentenza la soddisfazione fuori concorso del diritto al mutamento giuridico fatto valere<sup>144</sup>. Sono tutti aspetti che, all'evidenza, riguardano un piano differente da quello degli effetti di prenotazione.

Si è qui anticipato un elemento molto importante, che risulterà utile dopo aver chiarito i termini del dibattito sugli effetti del fallimento del promittente venditore nelle more del processo *ex art.* 2932 in cui è convenuto. A mio avviso l'articolo 2645-*bis* oggi è anzitutto un elemento di chiarezza: per questo, nei paragrafi successivi, giocherà un ruolo nella valutazione se sia sempre possibile rilevare un rapporto «pendente», senza alcuna distinzione, davanti al negozio preparatorio pubblicato come davanti all'attuazione giudiziale della pretesa al trasferimento del bene. Se non altro perché sembra discutibile porre a postulato che la posizione del contraente *in bonis*, come descritta ora dall'art. 2645-*bis*, ora dall'art. 2659

---

<sup>142</sup> Art. 2645-*bis*, comma terzo: «Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2)».

<sup>143</sup> Questo non vale solo per la vendita a termine, ma anche per la vendita sotto condizione sospensiva: per quest'ultima infatti la retroattività è uno specifico elemento della disciplina disposta dall'art. 1360 cod. civ., completamente indipendente dall'eventuale trascrizione anteriore al verificarsi della condizione.

<sup>144</sup> Questo oggi è pacifico: v. *retro* nel primo capitolo, ed *infra* al § 2.2.

secondo comma, ed infine dall'art. 2652 n. 2 cod. civ., sia sempre la stessa ai fini della legge fallimentare.

### 1.3.3. Segue: *L'art. 2652 n. 2 e la cessazione della materia del contendere.*

L'esame delle novità apportate con l'introduzione dell'art. 2645-bis è l'occasione ideale per rilevare un'ultima particolarità, anzi una "rigidità", del meccanismo pubblicitario proprio dell'art. 2652 n. 2.

È principio pacifico che l'estinzione del processo *ex art.* 2932 comporti l'inefficacia della trascrizione della domanda perché manca quella sentenza di accoglimento i cui effetti sono stati «prenotati» fin dal momento della pubblicazione dell'atto di citazione. Per esempio, se durante il procedimento le parti arrivano ad un accordo, è ben possibile la stipula del contratto definitivo col conseguente abbandono del giudizio: in quest'ultimo caso il negozio stesso sarà reso pubblico, senza che l'attore possa beneficiare del numero d'ordine che i registri immobiliari ricollegano all'originario atto di citazione (il quale, come detto, rimarrà improduttivo di effetti).

Immaginiamo allora che, nelle more del processo e prima della stipula del definitivo, un terzo abbia iscritto un'ipoteca sull'immobile promesso dal convenuto. Poiché «l'attribuzione della prevalenza di diritto a chi abbia trascritto la domanda giudiziale prima di altre trascrizioni è ancorata alla permanenza del nesso processuale strutturale e funzionale tra la domanda e la successiva sentenza che questa accolga, giacché soltanto la sentenza è idonea a produrre quegli effetti»<sup>145</sup>, l'attore deve stare molto attento prima di cedere alla tentazione di evitare l'alea del giudizio senza sincerarsi delle risultanze dei registri immobiliari<sup>146</sup>: in altre parole la composizione negoziale della lite è suscettibile di tradursi nella rinuncia all'effetto conservativo della trascrizione della domanda<sup>147</sup>,

<sup>145</sup> Trib. Milano 14 marzo 1962, in *Riv. dir. proc.* 1963, 674.

<sup>146</sup> Così COLESANTI, *Fallimento e trascrizione* cit., p. 127 ss.

<sup>147</sup> La casistica giurisprudenziale è decisamente nutrita, da App. Genova 7 ottobre 1954 (in *Tem. gen.* 1955, 7) fino a Cass. 5 marzo 2014 n. 5102 («la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica di contratto preliminare produce gli effetti prenotativi previsti dall'art. 2652, n. 2, c.c. solo in caso di trascrizione della successiva sentenza di accoglimento e non anche quando il processo sia stato definito con verbale di conciliazione»), cui si rinvia per altri riferimenti. In dottrina v. per tutti TRIOLA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IX, *Della tutela dei diritti*, Torino, 2012, 222 ss.

I vari argomenti a sostegno di questa soluzione possono essere così sintetizzati: a) l'argomento testuale, esplorato della sentenza del Tribunale di Milano citata, insiste sull'impossibilità dell'utilizzo improprio del termine «sentenza» all'interno del sistema normativo tracciato dagli artt. 2643 ss.; b) «l'analogia funzionale tra sentenza da un lato, e atti diretti a comporre una lite dall'altro, non può far dimenticare le profonde differenze di struttura... in particolare la garanzia di obiettività e la presunzione di conformità al diritto proprie della pronuncia del giudice... La transazione non ha alcun nesso, se non occasionale, con la domanda giudiziale, e non può in alcun modo configurarsi quella continuità e confluenza di effetti» (TRIOLA, loc. ult. cit.); c) infine, la

col risultato sì di ottenere il bene, ma gravato da successive iscrizioni (opponibili).

In situazioni analoghe è anche accaduto che l'attore riassumesse il processo *ex art. 2932* nonostante la conclusione del negozio: i giudici hanno puntualmente rigettato la domanda, arrivando anche a sottolineare la «sua evidente infondatezza in quanto non è concepibile una sentenza *ex art. 2932* cod. civ. che produca gli effetti di un contratto definitivo già concluso in pendenza del giudizio»<sup>148</sup>. Aprendo una parentesi, a me pare che in tutti questi casi manchi la condizione dell'inadempimento del convenuto (v. *retro*, secondo capitolo, § 3); non è esattamente una questione di «cessazione della materia del contendere» perché è indubbio che un interesse continui a sussistere, anzi è stato argomentato che il processo non sia ancora «svuotato di contenuto [in quanto] l'attore conserva il diritto di veder riconosciuta la sua prevalenza nei confronti di chi abbia successivamente eseguito trascrizioni o iscrizioni»<sup>149</sup>.

Arriviamo alla questione che qui interessa. Abbiamo ripetuto più volte che «la *retroattività* degli effetti della decisione alla trascrizione della domanda introduttiva del giudizio non opera nei rapporti tra le parti del negozio oggetto del giudizio stesso, ma solamente nei confronti dei terzi, fissando un ordine di precedenza tra i diritti in conflitto che agli stessi spettano nei confronti della medesima persona»<sup>150</sup>; però è necessario specificare che l'insieme degli *effetti* della pubblicazione dell'atto di citazione non si esaurisca certo nel dare un criterio di risoluzione dei conflitti con i terzi (aventi causa dal convenuto).

«Il sistema della trascrizione finisce con l'incidere sul libero esercizio dei diritti, imponendo a chi abbia trascritto una domanda giudiziale, ove voglia evitare il rischio di perdere gli effetti conservativi ricollegati unicamente a tale trascrizione, di rifuggire da qualsiasi composizione amichevole della controversia» concludeva diversi anni fa Proto Pisani, auspicando *de iure*

---

*ratio* dell'arretramento degli effetti della trascrizione della sentenza (che accolga una delle domande trascritte *ex art. 2652*) è il più rilevante ostacolo a qualsiasi traslazione analogica, perché risponde all'esigenza di giustizia che la durata del *processo* non vada a detrimento dell'attore vittorioso (e non è detto che la composizione convenzionale della lite coincida con quello che sarebbe stato l'accertamento giudiziale).

<sup>148</sup> Cass. 18 gennaio 2001 n. 710. Da ultimo Cass. 30 agosto 2011 n. 17790 afferma: «...la statuizione definitiva del Tribunale di Pistoia, adito *ex art. 2932* cod. civ., fu l'equivalente di una declaratoria di cessazione della materia del contendere perché prese atto del trasferimento intervenuto nelle more tra la trascrizione della domanda e la decisione con la sentenza... dovendo, peraltro, ritenersi insussistente la corrispondenza e quindi inefficace il c.d. effetto prenotativo *ex art. 2652* cod. civ., n. 2, quando, come accaduto nel caso di specie, la sentenza non sia costitutiva, vale a dire quando non sia, in sé, produttiva dell'effetto traslativo: cfr. già Cass. n. 1968/67, nonché Cass. n. 1588/93; n. 1163/99». Lo storico precedente invero è stato Cass. 26 luglio 1967 n. 1968, in *Foro it.* 1967, I, 2335, pronuncia che ha annullato una sentenza di accoglimento *ex art. 2932* che presentava il solo contenuto di «accertamento della intrinseca fondatezza della domanda» (App. Palermo, 8 febbraio 1963, in *Riv. dir. ipotec.*, 1963, 234).

<sup>149</sup> Rilevava già COLESANTI, loc. ult. cit.

<sup>150</sup> TRIOLA, op. cit., p. 247 (corsivo aggiunto).

*condendo* l'introduzione della trascrizione del contratto preliminare<sup>151</sup> – ed ecco quindi un'altra sfaccettatura dell'intervento legislativo che ha introdotto l'art. 2645-*bis*. Iniziare l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare immobiliare ha un significato profondamente diverso dalla semplice pubblicazione di quest'ultimo: (entrambe le trascrizioni prenotano gli effetti propri di un atto successivo, rispettivamente il contratto definitivo e la sentenza di accoglimento, ma) soltanto nel secondo caso le parti non possono adempiere ai propri obblighi senza interrompere il funzionamento del meccanismo pubblicitario. L'inizio del processo pone in capo all'attore l'onere di andare fino in fondo per avvalersi dell'effetto conservativo; a sua volta, dunque, la soggezione del convenuto al potere della controparte si declina nell'impossibilità di far venir meno la materia del contendere tramite l'eventuale adempimento spontaneo (magari accettando l'offerta che gli è stata fatta ai sensi del secondo comma dell'art. 2932).

Risulterà utile aver fatto chiarezza su quest'ultimo punto quando, alla fine del capitolo, tireremo le fila sui caratteri della posizione del convenuto nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre. La «soggezione» all'esercizio del potere (qualunque sia la qualificazione di esso) discende naturalmente dai caratteri del rimedio descritto all'art. 2932; ma trovo indicativo che basti rimanere nel campo degli effetti della trascrizione *ex art. 2652 n. 2* per dimostrare come – proprio in funzione della prenotazione del termine per la risoluzione di conflitti con i *terzi* – anche la posizione della *parte* processuale finisca per essere in qualche modo incisa. Il convenuto non ha alcuna possibilità di accettare l'offerta e far venir meno la materia del contendere, almeno finché l'attore abbia interesse ad ottenere una sentenza di accoglimento opponibile ai terzi con riferimento al numero d'ordine della trascrizione dell'atto di citazione: né il convenuto, né il curatore in caso di fallimento di quest'ultimo, possono dunque scegliere di dare continuazione al contratto a prescindere dal processo.

## 2. La domanda di tutela nella giurisprudenza

Il sopravvenuto fallimento del promittente venditore nelle more del processo in cui è convenuto ai sensi dell'art. 2932 è una eventualità che ha dato luogo ad un notevole dibattito dottrinale e si è posta con frequenza in giurisprudenza; *querelle* nella quale, fino a pochi decenni fa, prevalevano considerazioni di mera improcedibilità del suddetto processo nei confronti della procedura concorsuale (§ 2.1). Lo sviluppo del dibattito ha in seguito portato la giurisprudenza a ritenere in astratto attuabile il soddisfacimento integrale della pretesa tempestivamente

<sup>151</sup> PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 415.

prenotata dall'attore *in bonis*, salve tuttavia le conseguenze della regolazione dei «rapporti pendenti» disposta dagli artt. 72 ss. l.fall.: con riferimento a questi ultimi, l'impostazione largamente dominante fino al 2004 riconosceva dunque al curatore il potere di sciogliersi dal contratto preliminare fino al momento dell'avvenuto trasferimento della proprietà (§ 2.2). Simile lettura della «pendenza» del rapporto dedotto in giudizio, fondata cioè sull'esclusiva rilevanza attribuita all'effetto traslativo, è stata infine rovesciata da una pronuncia a sezioni unite, che ha ritenuto inapplicabile il regime della sezione IV valorizzando l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale *ex art.* 2652 n. 2 (§ 2.3). L'*arrêt* ha incontrato varie resistenze, insieme dottrinali e delle sezioni semplici della Corte: da ultimo la materia è stata di nuovo rimessa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite.

Prima di addentrarci nello studio delle impostazioni dominanti nei diversi periodi occorre brevemente ricordare alcuni dei caratteri del rimedio costitutivo disposto dall'art. 2932 c.c.<sup>152</sup>: nella sistemazione dogmatica “tradizionale” del problema risulta d'interesse rilevare con precisione le cadenze della produzione degli effetti della sentenza costitutiva, perché la loro assenza viene assunta come unico dato rilevante per l'applicabilità del regime dei rapporti «pendenti» (il che come vedremo ha generato un problema nel problema, ovvero il contrastato rapporto tra il diritto potestativo della curatela e le preclusioni dettate dall'avanzamento del processo).

L'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre è lo strumento per ottenere, in caso di inadempimento del negozio preliminare, una sentenza costitutiva che tiene luogo del contratto definitivo non concluso. In caso di preliminare di vendita, al passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento – oltre agli altri effetti tipici della compravendita – sarà prodotto l'effetto traslativo a favore del promissario acquirente; peraltro il trasferimento di proprietà è usualmente ricollegato ad un momento ancora successivo, perché viene

---

<sup>152</sup> Questi aspetti sono stati approfonditi nel secondo capitolo, in particolare: sugli effetti «negoziali» della sentenza emanata ai sensi dell'art. 2932, v. la dottrina richiamata al § 3.2; *idem* per quanto riguarda la sentenza c.d. condizionata ed i requisiti per l'accoglimento nel merito; sui caratteri del preliminare v. le impostazioni delineate al § 2.

Quanto alla trascrizione della suddetta domanda giudiziale, il tema è stato analizzato sia dal lato visuale delle «formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi» ai sensi dell'art. 45 l.fall. (primo capitolo), sia nel confronto con la trascrizione del contratto preliminare *ex art.* 2645-*bis* (terzo capitolo, § 1.3).

Il momento di produzione degli effetti costitutivi è stato individuato nel capitolo secondo al § 4, arrivando a negare (almeno alla luce del quadro normativo attuale) una loro efficacia provvisoria ai sensi dell'art. 282 c.p.c. Discorso differente riguarda l'eventuale azione di adempimento del contratto preliminare assistita da *astreinte* ai sensi dell'art. 614-*bis* del codice di rito: sul rapporto i due rimedi in un eventuale cumulo processuale non alternativo v. la dottrina citata nel secondo capitolo, al § 3.3.2.

«sospensivamente condizionato» all'integrale versamento del prezzo da parte dell'attore vincitore.

La pronuncia che produce gli effetti del contratto non concluso può essere infatti emanata soltanto se vengono rispettate varie condizioni dell'azione: è essenziale qui richiamarne almeno due. Da una parte l'art. 2932 secondo comma eleva l'ordinaria *exceptio inadimpleti contractus* (strumento a tutela del sinallagma negoziale attribuito in generale alla controparte) a fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico fatto valere dall'attore: se il versamento del prezzo da parte di quest'ultimo è esigibile, allora la mancata «offerta nei modi di legge» comporta il rigetto della domanda; mentre, se il suddetto adempimento non è ancora esigibile, il giudice dovrà condizionare la produzione degli effetti costitutivi alla futura esecuzione della prestazione. Dall'altra parte, la pronuncia costitutiva deve essere ancora «possibile» al momento della decisione: tralasciando la casistica sul punto, basti qui sottolineare che – come ricordato anche nel paragrafo precedente – non avrebbe senso per il giudice disporre un mutamento giuridico *impossibile* rispetto allo stadio di avanzamento del programma negoziale pattuito dalle parti, ad esempio nel caso del preliminare di compravendita di cosa futura in cui (non solo la controparte si rifiuti di emanare la dichiarazione di volontà ma) la *res* non sia ancora venuta in esistenza.

Ancora un richiamo rispetto a quest'ultima condizione dell'azione: in astratto la sentenza di accoglimento potrebbe non essere più «possibile» anche a seguito del trasferimento del bene promesso nelle more del processo, tuttavia (come è stato più volte ripetuto) l'ordinamento predispone un particolare meccanismo per evitare simile risultato: per questo la nostra analisi si concentra soltanto su quei contratti preliminari – *latu sensu* immobiliari – su cui può innestarsi la domanda giudiziale trascrivibile *ex art. 2652 n. 2*, quella tecnica di prenotazione degli effetti nei confronti dei terzi valevoli per risolvere i conflitti nelle vicende circolatorie del diritto.

Tutti questi aspetti si ripresentano e pretendono sistemazione in ciascuna delle diverse soluzioni che sono state date, negli anni, al problema illustrato.

### 2.1. *L'improcedibilità.*

La sentenza n. 1542/1958 è il primo precedente di legittimità che si occupa specificamente della problematica sopra impostata, delineando tutti gli elementi che caratterizzano la giurisprudenza del ventennio successivo<sup>153</sup>: la rilevanza

---

<sup>153</sup> Le citazioni immediatamente seguenti sono prese da Cass. 10 maggio 1958, n. 1542, in *Giur. it.* 1958, 1006 ss., con nota di SEMIANI BIGNARDI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e fallimento*; e in *Foro it.*, 1958, I, 858. Nel medesimo filone giurisprudenziale rientrano: Cass. 14 febbraio 1966, n. 436, in *Dir. fall.* 1966, II, 331; Cass. 16 novembre, 1968, n. 3748, *ivi*, 1969, II, 386; Cass. 18 gennaio 1973, n. 172, *ivi*, 1973, II, 34.

decisiva attribuita alla cristallizzazione del patrimonio fallimentare ed all'arresto dell'evoluzione della fattispecie traslativa in corso di formazione, con la conseguente improcedibilità di qualsiasi giudizio finalizzato a produrre una diminuzione della massa attiva. Lasciamo dunque la parola ai giudici supremi.

«[La questione è] se sia ammissibile la pronuncia di una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (che cioè, nella specie, tenga luogo del consenso non prestato per il trasferimento della proprietà), nel caso che, prima della pronuncia, sia intervenuta la dichiarazione di fallimento di colui che ha promesso di vendere; dal momento che l'art. 2932 prevede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto soltanto "qualora sia possibile". E la risposta non può che essere negativa».

«Si è in presenza, in tali casi, di un negozio giuridico in formazione, al quale corrisponde, per uno dei contraenti, un'aspettativa; della quale è titolare il terzo contraente, e soggetto passivo è il fallito. Il fallimento segna una fase di arresto nel processo di formazione del negozio, perché fa venire meno nel fallito il potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio, che si viene ad accentrare negli organi fallimentari... Pendente la procedura concorsuale, la dichiarazione di fallimento immobilizza la situazione patrimoniale del fallito qual era alla data in cui fu pronunciata; ed impedisce perciò che possa integrarsi una fattispecie suscettibile di produrre un mutamento della situazione stessa, e soprattutto una diminuzione della massa attiva esistente ai sensi dell'art. 42 della legge fallimentare».

«In applicazione di tale principio, 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 spossessamento prodotto dalla sentenza dichiarativa... 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 (come nel caso) può avere l'efficacia 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».

È indubbiamente interessante che, fin da questo primo storico precedente e poi nelle sentenze di legittimità successive, il problema dell'applicabilità o meno dell'art. 51 l.fall. non sia neppure posto<sup>154</sup>: del resto la dottrina anteriore alla legge fallimentare del 1942, in assenza di una disposizione come l'art. 2932 cod. civ.,

---

V. anche, per una motivazione leggermente diversa, Cass. 14 febbraio 1975 n. 570, in *Dir. fall.* 1975, II, p. 219 ss., e Cass. n. 2213/1980: entrambe affermano ancora l'improcedibilità del giudizio, ma fanno leva soltanto sull'art. 72 l.fall.

<sup>154</sup> Per una sentenza di merito che ha deciso in questo senso v. invece Trib. Roma 1963, in *Dir. fall.* 1963, I, 777.

configurava il divieto di processi esecutivi individuali pensando soprattutto alla esecuzione per consegna o rilascio<sup>155</sup>, oppure addirittura circoscriveva la preclusione alle sole azioni esecutive aventi ad oggetto la realizzazione forzata di pretese pecuniarie<sup>156</sup>. Poiché il richiamo al divieto dell'art. 51 è stato rivalutato negli anni Novanta da voci autorevoli come quella di Ristori (alla riscoperta della funzione «esecutiva» del rimedio *ex art. 2932*), abbiamo dedicato una parte del secondo capitolo a decifrare gli inconvenienti pratici di una eventuale riscrittura della categoria delle azioni costitutive, che comunque già a livello astratto rischia di risparmiare alla sterilizzazione soltanto figure ritenute pacificamente eccezionali (vale a dire la tutela costitutiva c.d. necessaria). Questi studi non vanno comunque dimenticati: la tesi dell'improcedibilità fondata sul divieto delle azioni esecutive, nonostante le sue dirompenti premesse dogmatiche e tanto il diritto positivo quanto quello vivente contrari, alla fine dei conti a mio avviso è molto più rigorosa della interpretazione sostanzialmente abrogatrice dell'art. 45 l.fall. portata avanti dalla giurisprudenza fino agli anni Settanta.

Tornando alla dottrina adesiva al filone giurisprudenziale in analisi, va precisato che questa non ignorava certo l'esistenza dell'articolo 45 l.fall. (dedicato al richiamo delle «formalità necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi») bensì escludeva l'estensione al fallimento di un meccanismo simile a quello descritto dall'art. 2915 secondo comma, e cioè la possibilità che la trascrizione *ex art. 2652 n. 2* producesse i medesimi effetti rispetto all'esecuzione concorsuale come a quella singolare<sup>157</sup>. Al problema è stato dedicato l'intero primo capitolo, cui si rinvia, e questo aspetto del regime di determinazione della massa fallimentare sarà fortunatamente rivisitato nella giurisprudenza e letteratura successive.

La parte più interessante delle sentenze di legittimità citate però non è tanto il ridimensionamento dell'art. 45, che viene in effetti richiamato soltanto per

---

<sup>155</sup> Così NAVARRINI, *op. cit.*, p. 224; e BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 293. La tesi è sviluppata da PROVINCIALI, *Manuale cit.*, già nell'edizione del 1955, p. 459, facendo esplicitamente rientrare il rimedio all'art. 2932 nel divieto dell'art. 51 legge fallimentare; per questa tesi oggi sostanzialmente scomparsa, e le sue varie criticità, v. i richiami svolti *retro*, nel secondo capitolo, § 3.3.

<sup>156</sup> Così CANDIAN, *Processo di fallimento*, Padova, 1939, p. 359; BONELLI, *op. cit.*, p. 671, ammetteva invece durante il fallimento la proposizione di azioni esecutive diverse da quelle per espropriazione.

<sup>157</sup> «La priorità cronologica della trascrizione [della domanda di esecuzione specifica] sulla dichiarazione di fallimento non basta a far sì che l'immobile sia sottratto al vincolo fallimentare né, tanto meno, che il curatore debba sostituirsi al fallimento nell'adempimento dell'obbligo»: così ad esempio AZZOLINA, *Il fallimento cit.*, p. 1277.

Al tema si è fatto cenno anche nel § 1.1 di questo capitolo: la domanda di risoluzione trascritta *ex art. 2652 n. 1* era ritenuta da taluni inefficace nei confronti della massa in base a principi identici, senza tenere in alcun conto il particolare terreno sostanziale in cui questa si inserisce (l'art. 1458 ne dispone esplicitamente la retroattività, l'art. 1453 terzo comma impedisce al convenuto di adempiere).

accostare la “mera” trascrizione della domanda *ex art. 2652 n. 2* alla intempestiva pubblicazione del contratto definitivo di compravendita immobiliare; quanto soprattutto l’utilizzo dell’art. 72 come semplice argomento *a fortiori* per escludere l’accoglimento della domanda avanzata dal promissario acquirente *in bonis*. Come dire: non importa se è iniziato il processo tempestivamente reso pubblico, la situazione del rapporto al momento della dichiarazione di fallimento è perfettamente identica a quella del semplice preliminare opponibile alla massa. «Una *contaminatio* giustamente criticata» - arrivò subito ad affermare gran parte della dottrina - «perché la prima argomentazione fa richiamo ad una semplice linea di tendenza, quella di bloccare l’evoluzione delle fattispecie traslative, sulla quale potrebbe prevalere la normativa specifica dell’art. 2652 n. 2», mentre la seconda si fonda sull’articolo 72, facoltà di scioglimento espressamente prevista che può essere estesa al preliminare di vendita<sup>158</sup>. Questo ragionamento, adesivo soltanto in parte ai corollari del pensiero di Andrioli<sup>159</sup>, sarà la spinta per il consolidamento del successivo indirizzo giurisprudenziale che, a partire dal 1982, rimarrà dominante fino al 2004; comunque già la sentenza di legittimità n. 570/1975, pur riallacciandosi al precedente n. 172/1973, fa leva soltanto sul rilievo che «all’accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica osta la dichiarazione di scioglimento fatta dal curatore».

Del resto il primo ad escludere il soddisfacimento della pretesa vantata dal promissario acquirente riferendosi all’art. 72 è stato il Satta, ma argomentando semplicemente dall’incoercibilità per il curatore degli obblighi gravanti sul fallito<sup>160</sup>. In realtà, come replicava il Colesanti, il meccanismo non è mai stato quello di un “subingresso vincolato” del curatore attivandosi invece la sostituzione processuale disposta dall’art. 43 l.fall<sup>161</sup>: una volta ammesso che la pronuncia costitutiva possa essere emanata nei confronti dell’amministrazione fallimentare, il combinato tra gli artt. 43 e 45 lascerebbe quest’ultima in completa soggezione rispetto al mutamento della realtà giuridica disposto con la sentenza; il processo *ex art. 2932*, come detto più volte, non si conclude con una condanna a prestare il consenso.

Prima di passare al filone giurisprudenziale successivo (§ 2.2), che in astratto ammette simile pronuncia in pregiudizio della massa, va fatta una piccola parentesi: pur aderendo alla tesi dell’improcedibilità, la corte di legittimità nel 1975 ha deciso una controversia affermando che il principio della cristallizzazione

---

<sup>158</sup> Così GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento* cit., p. 144, che sviluppa un ragionamento di PEZZANO, *Fallimento del promittente di contratto preliminare di compravendita*, in *Foro it.* 1973, I, p. 2527.

<sup>159</sup> ANDRIOLI, *Fallimento* cit., rispetto al quale v. *retro*, primo capitolo, § 3.

<sup>160</sup> SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, p. 165 e 235; l’incoercibilità per il curatore degli obblighi gravanti sul fallito era già stata affermata da BONELLI, op. cit., I, p. 277.

<sup>161</sup> Cfr. COLESANTI, *Fallimento e trascrizione* cit., p. 240 ss.

della massa fallimentare non sia valido in assoluto; l'originale precedente sarà anche richiamato nel *revirement* del 2004 (§ 2.3).

### 2.1.1. *La peculiare vicenda decisa nella pronuncia n. 1/1975.*

La Corte Suprema, con decisione del 3 gennaio 1975 n. 1<sup>162</sup>, interviene a decidere una controversia concernente, sostanzialmente, l'interpretazione del dispositivo di una particolare sentenza di accoglimento passata in giudicato: quest'ultima ingiungeva al convenuto di «prestare il consenso alla vendita entro tre mesi dalla notifica della sentenza» precisando che, «in difetto, la sentenza stessa terrà luogo, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., del contratto non concluso». Ebbene, dopo il passaggio in giudicato ma prima del decorso del termine stabilito dalla pronuncia era intervenuto il fallimento del promittente venditore «obbligato», prima dal preliminare e poi dalla sentenza, a prestare il consenso: in applicazione dei principi all'epoca dominanti, l'apertura della procedura concorsuale avrebbe dovuto provocare l'arresto dell'evoluzione di quella come di qualsiasi altra fattispecie suscettibile di produrre una diminuzione della massa attiva.

La curatela dunque aveva iniziato il processo per sentir dichiarare l'appartenenza alla massa fallimentare dell'immobile: alla data del fallimento tra le due parti del preliminare sarebbe esistita ancora e soltanto una situazione obbligatoria, in virtù del tenore letterale di un dispositivo – così chiaro e così originale rispetto alle altre sentenze *ex art. 2932* – che esplicitamente condannava a trasferire il bene entro un certo termine<sup>163</sup>. Tuttavia, le tre pronunce successive (Trib. Milano 15 luglio 1971, App. Milano 27 febbraio 1973, e Cass. cit.) hanno scelto, per motivazioni diverse, di respingere questa domanda e considerare il bene già trasferito in modo opponibile alla massa fallimentare: in primo grado perché il giudice ha fatto tesoro del «combinato disposto dell'art. 45 l.fall. con l'art. 2652 n. 2, che fa retroagire gli effetti della sentenza al momento della trascrizione della domanda in essa accolta, per il noto principio di giustizia che il tempo decorso per l'attuazione giudiziale del diritto non può andare a detrimento della parte vittoriosa»; e in secondo grado perché è stata data una complessa

---

<sup>162</sup> Cass. 3 gennaio 1975 n. 1, in *Giur. cost. e civ.*, p. 304 ss.; in *Dir. fall.* 1975, II, 497 con nota di BONSIGNORI; e in *Riv. dir. proc.* 1975, 3, p. 520 ss., con nota di FABBRINI, *Fallimento e trascrizione della domanda di cui al n. 2 dell'art. 2652 c.c.* Per le note critiche ai precedenti gradi della medesima controversia v. PROVINCIALI, in *Dir. fall.* 1972, II, 807, e *ivi*, 1973, II, 432.

<sup>163</sup> Cfr. la dottrina citata nella nota precedente, in particolare FABBRINI, loc. ult. cit. L'Autore si riferisce all'originale sentenza passata in giudicato come «mostro inusitato che accoppiandosi alla ben nota celerità dei procedimenti giurisdizionali non poteva non generare altri mostri»; questi ultimi sarebbero, in ordine di crescente di bruttezza, l'interpretazione «correttiva» del giudicato compiuta dalla Corte d'Appello e la tesi del «vincolo di destinazione reale» su cui la Cassazione afferma infine di basarsi.

lettura «correttiva» dell'abnorme dispositivo passato in giudicato, operazione che tuttavia non poteva essere avallata dai giudici di legittimità.

Indubbiamente la decisione n. 1/1975 mostra di ricollegarsi al filone giurisprudenziale più risalente relativo alla problematica astratta che ci interessa, per la quale – ribadisce – «la soluzione è certamente negativa in quanto: *a*) il consenso al contratto definitivo non può più essere prestato dal promittente, perché il fallimento lo ha ormai privato della disponibilità del suo patrimonio, che rimane immobilizzato e viene appreso, così com'è, dalla curatela fallimentare; *b*) nemmeno questa, d'altra parte, può essere costretta all'adempimento specifico, perché il curatore, che rispetto alla promessa del fallito è terzo, non è tenuto ad attuarla... *c*) né, infine, sarebbe ammissibile una “sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso” (art. 2932) perché, se la stipula del negozio è inibita al fallito e non è dovuta dal curatore, non potrebbe il contraente *in bonis* ottenere dal giudice ciò che non può pretendere dalla controparte».

Ma, davanti a quella controversia concreta, la Corte rileva un'eccezione. «L'incidenza paralizzante che sul rapporto obbligatorio *in itinere* esercita il sopravvenuto fallimento... trova a sua volta un insormontabile ostacolo nella contraria e poizore efficacia del giudicato formatosi in precedenza fra le parti sull'attribuzione del controverso bene della vita... il programmato trasferimento della proprietà, conseguibile in via primaria attraverso la fonte negoziale, ha già trovato il vicario titolo nell'ormai irretrattabile pronunzia giudiziale». Insomma, alla data dell'apertura della procedura concorsuale si riscontrava «un effetto reale sospeso, ma certo: “certo” nel senso dell'inevitabile trasferimento della proprietà in capo agli acquirenti, ciò dovendo accadere con pari certezza, e al più tardi entro tre mesi, sia che la condizione negativa si fosse verificata, sia che fosse mancata».

Dalle numerose note critiche che hanno accompagnato le cadenze di questo procedimento giurisdizionale si ricava, anzitutto, un forte imbarazzo degli operatori del diritto coinvolti: la sentenza “costitutiva” originaria era viziata eppure dettava la regola poi passata in giudicato, dunque, se davvero si sostanziasse in una peculiare pronuncia di condanna all'adempimento, forse avrebbe dovuto essere trattata come tale. Tuttavia la rinnovata percezione del sistema richiamato dall'art. 45 l.fall. ha impedito che fosse data una soluzione così lineare; l'argomento dell'intangibilità della massa attiva poteva forse convincere rispetto alla fattispecie traslativa in corso di formazione arrestatasi allo stadio di preliminare, ma non anche in presenza di una sentenza che disponeva il trasferimento «inevitabile» della proprietà, legato soltanto al decorso di un determinato termine. A mio avviso la situazione non era in sostanza molto diversa da una sorta di vendita ad effetti reali differiti, in corso di completamento al momento del fallimento, e prenotata nei confronti degli altri creditori del fallito.

La vicenda ha dunque aperto una frattura nella cristallizzazione del patrimonio fallimentare, ha cioè dato nuovo risalto al sistema richiamato dall'articolo 45 l.fall. I giudici ancora non volevano superare l'orientamento consolidato circa il rapporto fra trascrizione della domanda giudiziale e fallimento; ma, davanti al caso eccezionale della sentenza che aveva programmato un inevitabile trasferimento di proprietà prenotato nei confronti della massa, i limiti dell'impostazione tradizionale sono risultati così evidenti da imporre un parziale superamento di quest'ultima. In altre parole, già secondo questa pronuncia il titolare di una pretesa non propriamente «reale» può trovare soddisfazione fuori concorso grazie al meccanismo pubblicitario.

## 2.2. L'infondatezza.

Occorre adesso esaminare la sentenza di legittimità n. 3001/1982: definita «vero e proprio *grand arrêt* (ancorché si possa poi dissentire dalle conclusioni ultime enunciate) [che] ebbe a negare, e risolutamente, di poter accedere alla tesi della “improcedibilità” del giudizio instaurato dal promissario»<sup>164</sup>, è la capofila dell'orientamento che sarà successivamente fatto proprio dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, almeno fino al capovolgimento nel 2004.

Un primo aspetto importante è che, in base agli argomenti che abbiamo illustrato nel primo capitolo, il diritto vivente sia infine arrivato a ricomprendere la trascrizione *ex art.* 2652 n. 2 tra le «formalità» rilevanti ai sensi dell'art. 45 l.fall.<sup>165</sup>: i termini del conflitto tra attore e creditori del convenuto sono rappresentati dalla trascrizione della domanda e dalla dichiarazione di fallimento, ed il meccanismo per risolverlo è affine a quello dettato per l'esecuzione singolare dall'art. 2915 secondo comma.

«Contro la tesi dell'opponibilità al fallimento della trascrizione della domanda si potrebbe radicalmente obiettare che, ai fini della suddetta opponibilità, dovrebbe farsi riferimento non già alla trascrizione della domanda, sibbene a quella della sentenza che produce gli effetti del contratto definitivo *ex art.* 2932 cod. civ. L'aggancio della opponibilità alla trascrizione della sentenza è stato, peraltro, persuasivamente confutato dallo stesso autore che si è posto il problema; all'obiezione che la sentenza fallimentare è soggetta a mera pubblicità notizia e non si inserisce nella vicenda della trascrizione nei pubblici registri, sicché non

---

<sup>164</sup> COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una «svolta» nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 334, nt. 8.

<sup>165</sup> «La precipua finalità dell'art. 45 sta nell'estendere al fallimento le norme che disciplinano il conflitto tra creditore pignorante e aventi causa del medesimo debitore» concludeva ANDRIOLI, in *Fallimento cit.*, p. 553 ss.: il tema dell'estensibilità degli effetti assicurati dall'art. 2652 n. 2 alla materia fallimentare è stato trattato *retro*, primo capitolo, *spec.* § 4; ed anche nel secondo capitolo, § 3.3.3.

avrebbe senso discorrere di prevalenza delle iscrizioni e trascrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda, si è opposto che a favore dell'aggancio alla domanda sta la valutazione di interessi che traspare dagli artt. 2643 n. 14, 2644, 2652 n. 2, in collegamento con l'art. 43 della legge fallimentare, nonché l'inserzione dell'art. 45 della medesima legge nella sfera coperta dall'art. 43. Sgomberato il terreno dalla tesi radicale, si tratta di valutare la consistenza delle ragioni preclusive alla operatività dei principi tipici della trascrizione nella particolare vicenda che riflette il sopravvenire del fallimento nel corso del processo di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto»<sup>166</sup>.

Ecco quindi ristabilito il parallelismo tra esecuzioni singolare e concorsuale nell'ambito dell'art. 45 l.fall.: i principi propri del procedimento fallimentare – l'intangibilità della massa attiva e la *par condicio creditorum* – non possono da soli negare la prevalenza che la tempestiva trascrizione della domanda giudiziale assicura all'attore che ha ragione<sup>167</sup>. La distanza tra fallimento ed esecuzioni singolari può essere tuttavia giustificata di volta in volta secondo puntuali riferimenti positivi, essendo escluso in generale che il primo sia una mera «sommatoria» delle seconde<sup>168</sup>: con le parole di Ferro, «nell'espropriazione singolare la mancanza di una figura analoga al curatore accentua i limiti strutturali delle norme di cui agli artt. 2913-2918, al cui profilo di mera inefficacia non può, comunque, essere riconosciuto alcun aspetto proprio di una scelta di subentro o scioglimento dei rapporti non esauriti... per essi vale la più semplice simmetria della opponibilità alla massa dei creditori (pignoranti e intervenuti con gli effetti in favore dell'aggiudicatario) ovvero dell'insensibilità degli atti introduttivi di limiti (alla circolazione ed all'identità giuridico-economica) del bene esecutato»; invece «il processo fallimentare è dominato dalla... fisiologica spinta accentrativa verso la gestione liquidatoria del curatore»<sup>169</sup>. Vediamo allora come il punto sia stato declinato a partire dal 1982.

«Pare al Collegio che il più corretto discorso, a proposito della vicenda del sopravvenire del fallimento in pendenza del processo volto all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, per paralizzare l'espansione della operata trascrizione della domanda *ex art. 2652 n. 2* si debba riallacciare all'applicabilità dell'art. 72, comma 4, legge fallimentare, ed alla scelta che vi si riconnette e che opera non già sul piano della procedibilità, ma su quello del

<sup>166</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001, in *Giust. civ.* 1982, I, 2697; e in *Dir. fall.* 1982, II, 914 ss.

<sup>167</sup> In altri termini, la soluzione dei singoli problemi deve rifuggire dalle risposte «opinabili di tipo concettualistico, quali sono... la regola della *par condicio creditorum* ovvero della preclusione costituita da un preteso principio generale di indisponibilità in senso assoluto del patrimonio separato fallimentare»: così VASSALLI, op. cit., p. 131.

<sup>168</sup> Così BONFANTE, op. cit., p. 21.

<sup>169</sup> FERRO, op. cit., p. 16, nota 15.

merito... Rispetto ai contratti [opponibili alla massa] il potere del curatore di optare per lo scioglimento si presenta, dunque, quale strumento diretto ad evitare che il trasferimento della proprietà, non ancora attuato, si realizzi. Ne consegue che, nella sua proiezione processuale, quando cioè già la parte si sia attivata per ottenere la sentenza *ex art. 2932*, e rispetto alla cui emanazione l'attore, che ha trascritto la domanda, gode di una aspettativa precisa (non valendo obiettare che la parte fallita non può più, come tale, prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo, perché non si tratta di operare sul piano della volontà, ma degli effetti che alla manifestazione di tale volontà sarebbero conseguiti, e che si realizzano *ope legis*) la facoltà di scelta del curatore si presenta come un diritto potestativo, che si contrappone al diritto della controparte di acquistare la proprietà attraverso la sostituzione degli effetti della sentenza al mancato consenso alla stipula definitiva»<sup>170</sup>. La disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti preesistenti è dunque il dato positivo alla luce del quale bisogna verificare in che misura il legislatore abbia distanziato la procedura singolare da quella concorsuale. Nella dinamica del processo ancora "pendente" tra le parti, la facoltà di scioglimento attribuita al curatore si contrappone al diritto del compratore *in bonis* di acquistare la proprietà della cosa; in altre parole, la prevalenza assicurata all'attore dalle norme inquadrate nel sistema dell'art. 45 può essere posta fuori gioco (solo) dal potere riconosciuto dall'amministrazione fallimentare.

«Il curatore che trova pendente la domanda giudiziale del promissario debitamente trascritta *ex art. 2652 n. 2* prima della dichiarazione di fallimento, non può limitarsi ad invocare la pendenza del fallimento per paralizzare l'ulteriore corso... perché in tale situazione operano le regole generali sugli effetti della trascrizione le quali comporterebbero, a seguito della emanazione della sentenza di accoglimento, la prevalenza del promissario, che ha reso pubblica tempestivamente la propria domanda, sulla massa... Poiché l'effetto di prenotazione in tanto scatta in quanto alla domanda trascritta si venga a saldare una sentenza di accoglimento, ogni qualvolta l'ordinamento offra alla parte un controdiritto che impedisca di giungere ad una pronuncia siffatta, il meccanismo di salvaguardia a suo tempo innestato resta paralizzato se ed in quanto il curatore eserciti nel processo il potere di scioglimento»<sup>171</sup>. Insomma, questa è l'impostazione che noi conosciamo fin dallo studio di Andrioli, di vent'anni antecedente: la domanda *ex art. 2932* tempestivamente pubblicata può procedere ed essere accolta in pregiudizio del fallimento, tuttavia il curatore è dotato di un potere che (se esercitato) si riflette sul merito della pronuncia cambiandone il segno – da accoglimento in rigetto. Proseguiamo l'esposizione dei corollari distinguendo due piani: quello sostanziale e quello processuale.

---

<sup>170</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001 cit.

<sup>171</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001 cit.

A. Possiamo schematicamente rilevare differenti situazioni esistenti alla data della dichiarazione del fallimento del promittente venditore.

(i) Può accadere che il contratto preliminare è stato stipulato prima della dichiarazione del fallimento, ma l'azione di esecuzione specifica è stata trascritta successivamente a tale data. Ebbene, in tal caso il curatore «potrebbe paralizzare l'azione limitandosi ad eccepire l'inopponibilità *ex art. 45 l. fall.*, e non sarebbe tenuto ad esternare la sua volontà di sciogliere il contratto per impedire il formarsi di una sentenza opponibile al fallimento»<sup>172</sup>; potrebbe anche scegliere di dare continuazione al contratto inefficace nei confronti della massa, ma (come abbiamo accennato) «la facoltà del curatore di far valere i contratti inopponibili è, peraltro, indipendente da una applicazione, diretta od analogica, della normativa in esame [art. 72], tant'è vero che non è limitata ai soli contratti preesistenti inopponibili, ma si estende anche ai contratti postfallimentari»<sup>173</sup>.

Una precisazione: la domanda non tempestivamente resa pubblica permette al curatore di eccepire che il *processo* non lo riguardi; altro discorso concerne l'opponibilità dello stesso *contratto* alla massa. Il punto è reso particolarmente chiaro dal nuovo art. 2645-*bis*, che razionalizza il sistema permettendo al preliminare immobiliare in sé di essere trascritto senza dover iniziare un processo<sup>174</sup>.

(ii) Diversa fattispecie si configura qualora il promissario acquirente abbia trascritto tempestivamente la domanda ai sensi dell'art. 2932. È qui che si pone la novità dell'arresto giurisprudenziale: la legge fallimentare conosce tante deroghe alla cristallizzazione del patrimonio del fallito quante sono quelle permesse dall'art. 45, e nell'ampio richiamo alle «formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi» rientra anche quella descritta all'art. 2652 n. 2. Il promissario acquirente *in bonis* può dunque utilmente riassumere la causa contro il curatore, tuttavia, sempre in accoglimento della tesi di Andrioli, è stato ritenuto applicabile l'art. 72 sul rilievo che la facoltà di scioglimento accordata all'amministrazione fallimentare non incontrerebbe alcuna preclusione fino al verificarsi dell'effetto traslativo di proprietà. Insomma, sul piano sostanziale la Corte di legittimità apparentemente innova l'assetto dei rapporti tra promissario e curatore: la sentenza *ex art. 2932* può essere pronunciata in pregiudizio della massa se il curatore non esercita nel processo il suo potere, ed il giudice non potrà rilevare d'ufficio la «improcedibilità» del giudizio basandosi sul mero sopravvenuto fallimento del convenuto.

---

<sup>172</sup> MAFFEI ALBERTI, *Contratto preliminare e procedure concorsuali* cit., p. 616-617.

<sup>173</sup> V. *retro*, nota 65.

<sup>174</sup> V. *retro*, § 1.3.

(iii) È stata da tempo argomentata<sup>175</sup> l'esistenza di una tripartizione delle situazioni che possono presentarsi alla data del fallimento del promittente venditore convenuto: accanto alle due già viste, il terzo caso sarebbe quello in cui non solo sia stata tempestivamente prenotata la domanda di tutela ma risultino anche sussistenti tutte le condizioni di fondatezza dell'azione, e specificamente risulti assolto l'onere di cui al secondo comma dell'art. 2932. La possibilità di dare soddisfazione, in questo frangente, alle aspettative del promissario acquirente attore, è stata tuttavia sistematicamente esclusa fin dalla sentenza del 1982.

«Non [è] condivisibile l'opinione autorevole, ma assolutamente minoritaria, di chi contesta le conclusioni raggiunte dai giudici di merito ed avallate da questa Corte, dando essenziale rilievo alla circostanza che il promissario acquirente abbia eseguito interamente la propria obbligazione (di pagamento del prezzo), e sottolineando l'ambito di applicazione dell'art. 72, risultante nella rubrica, limitato alle ipotesi in cui la vendita sia rimasta ineseguita da entrambi i contraenti, esclude che possa invocarsi la relativa norma, mancando il presupposto di un rapporto ancora in fase di esecuzione da parte di entrambi i contraenti»<sup>176</sup>.

«Essendo stata costruita la norma nella prospettiva del contratto definitivo, l'esecuzione va riguardata con riferimento alle obbligazioni che scaturiscono dalla relativa stipula nel sinallagma che contrappone trasferimento del bene e prestazione del prezzo; se invece si resta sul piano del preliminare... proiettato verso il contratto definitivo è tipicamente un negozio ineseguito finché non si addiène nella stipula relativa... Come è stato rilevato in dottrina, alla stregua del ragionamento cardine che giustifica l'estensione della disciplina del contratto definitivo ad effetti obbligatori a quelli preliminari, se non esiste un diritto al soddisfacimento integrale di fronte ad un contratto definitivo, *a fortiori* tale diritto deve escludersi di fronte al preliminare»<sup>177</sup>.

Sulla tesi appena disattesa torneremo poi: basti per adesso notare l'utilizzo dell'argomento che pone in parallelo il contratto definitivo ad effetti obbligatori ed il contratto preliminare, affermazione a parer mio incompleta e le cui criticità sono già state accennate *retro* (§ 1.3.1 e § 2.1). Non sfugge certo che un conto sia svolgere questo passaggio per dimostrare l'astratta applicabilità dell'art. 72 al preliminare di vendita; un altro sia identificare i mezzi di tutela a disposizione del compratore (che pretende l'adempimento dell'obbligo in capo al venditore) con quelli a favore del promissario acquirente (quando chiede la semplice produzione giudiziale dell'effetto traslativo).

---

<sup>175</sup> V. la dottrina richiamata *infra*, § 2.3.2.

<sup>176</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001 cit.

<sup>177</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001 cit.

**B.** Continuiamo per adesso l'esame degli aspetti fisiologici di questa impostazione: se il curatore rimane inerte, il contraente *in bonis* può ottenere l'attuazione fuori concorso della sua pretesa entro un lasso di tempo coincidente con il procedimento giurisdizionale. Dunque gli stessi confini del patrimonio fallimentare dipendono dalla tempestiva apprensione del bene da parte del curatore, cosa che avviene assolvendo all'onere di sciogliere il contratto prima che la sua esecuzione si concluda. Da tali corollari si è inevitabilmente creato un dibattito nel dibattito: se il potere di scioglimento diventa uno «strumento diretto ad evitare che il trasferimento della proprietà non ancora attuato si realizzi», quali sono le preclusioni – in armonia con le cadenze proprie del rito – in cui può incorrere la proiezione processuale di questa facoltà?

Abbiamo già descritto il disposto dell'art. 43 l.fall. nel primo capitolo, pur nel ristretto lato visuale dello studio delle «formalità» rilevanti ai fini dell'art. 45: alla data della sentenza dichiarativa di fallimento l'esecutato perde la legittimazione processuale attiva e passiva rispetto ai rapporti patrimoniali compresi nella massa (pur mantenendo la titolarità di questi ultimi) ed il curatore partecipa ai relativi giudizi quale organo del fallimento. Questo meccanismo comporta l'estensione degli effetti della futura sentenza all'amministrazione fallimentare, pertanto se nell'espropriazione singolare il combinato degli artt. 2915 secondo comma e 2652 n. 2 risolve il conflitto tra aggiudicatario ed attore vittorioso legittimando quest'ultimo all'opposizione di terzo all'esecuzione ai sensi dell'art. 619 c.p.c., nell'esecuzione concorsuale il conflitto tra attore e creditori del convenuto va risolto all'interno di quel medesimo giudizio cognitivo riassunto e proseguito davanti al curatore; a quest'ultimo fanno capo i poteri ed oneri della “parte” processuale, ed è in questa sede che farà anche valere la sua qualità di “terzo” legittimato a prevalersi della mancata trascrizione tempestiva *ex art. 45 l.fall.* (potendo anche rinunciarvi)<sup>178</sup>.

La sentenza del 1982 approfondisce il rapporto tra l'esercizio dei poteri dell'amministrazione fallimentare e la dinamica del rito, ma con specifico riferimento all'art. 72. «Nonostante la sopravvenienza del fallimento, quel processo prosegue e porterebbe alla emanazione di una sentenza di merito di accoglimento della domanda dell'attore se il curatore medesimo non provvedesse ad esercitare il potere che gli è attribuito dalla norma dell'art. 72, legge fallimentare, da qualificare come eccezione in senso stretto, assoggettata alle regole all'uopo dettate dalle norme processuali... Per converso, se l'eccezione non viene tempestivamente formulata il giudice (non sussistendo alcuna ipotesi di improcedibilità) non può per certo pronunciare d'ufficio il rigetto della domanda del promissario se il curatore resta contumace, oppure, comparendo, si astiene dal far valere in via di eccezione il potere processuale... Si deve ammettere *a*

<sup>178</sup> Cfr. COLESANTI, *Fallimento e trascrizione* cit., p. 194 ss.

*contrario* che il curatore possa optare per la esecuzione, venendosi a manifestare tale scelta anche implicitamente rispetto ad un processo già pendente, e diretto alla esecuzione, attraverso l'adozione di un atteggiamento meramente passivo di disinteresse alla vicenda del rapporto confidando nel naturale esito del meccanismo già messo in moto proiettato verso una pronuncia che verrà ad attuare tale esecuzione, se non paralizzata dall'eccezione di scioglimento»<sup>179</sup>.

L'aspetto innovativo di questa pronuncia è riconoscere che il giudice non perda la propria *potestas iudicandi* sul rapporto patrimoniale solo perché questo viene ricompreso nel fallimento, con la conseguenza di porre in capo al curatore l'onere di esercitare i suoi poteri nel processo per impedire il formarsi di un giudicato a lui sfavorevole. Ma la sentenza non sembra limitarsi ad imporre l'allegazione in giudizio del fatto estintivo del diritto fatto valere dall'attore, perché richiama la categoria della «eccezione in senso stretto»<sup>180</sup>; è proprio sotto tale profilo che, nella giurisprudenza degli anni successivi, emergeranno difficoltà a ricordare l'esercizio del potere in esame con le preclusioni legate alle fasi processuali del giudizio promosso dal promissario acquirente. L'onere di proporre in giudizio l'eccezione «in senso proprio» ha posto ancora più problemi dopo l'introduzione del regime delle preclusioni con la l. 353/1990, ferma comunque la possibilità di ottenere la rimessione in termini per far valere i poteri derivanti dal fallimento sopravvenuto alla sentenza di primo grado<sup>181</sup>.

Dall'esame della giurisprudenza dal 1982 ad oggi emergono alcuni dati chiari. (i) Per questo orientamento l'unica preclusione sostanziale all'esercizio del potere *ex art. 72 l.fall.* è il verificarsi dell'effetto traslativo, momento che nel giudizio ai

<sup>179</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001 cit. Cass. 17 aprile 1992 n. 4723, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993 I, 39, con nota di PETTARIN e PONTI, rileva «un'eccezione in senso proprio perché si traduce nell'esercizio del potere dispositivo della parte», e parimenti: Cass. 29 novembre 1991 n. 12856, in *Fall.* 1992, 465; Cass. 11 novembre 1991, n. 12033, in *Mass. Foro it.*, 1991; Cass. 16 marzo 1990, n. 2274, in *Rep. Foro it.* 1990 voce *Fallimento* n. 440; Cass. 16 novembre 1989 n. 4887-4888-4890-4891-4893-4894, in *Fall.* 1990, 440; Cass. 29 marzo 1989, n. 1497, in *Rep. Foro it.*, voce *Fallimento* n. 432; Cass. 21 luglio 1988 n. 4731, in *Fall.* 1988, 1195.

<sup>180</sup> È noto che l'atteggiamento processuale del convenuto possa consistere nella c.d. mera difesa, vale a dire la contestazione dei fatti costitutivi del diritto dedotto dall'attore, oppure nell'avanzare «eccezioni in senso tecnico»: in quest'ultimo caso allega al giudizio fatti impeditivi, modificativi od estintivi di quello stesso diritto.

L'eccezione a sua volta può atteggiarsi in due modi diversi, che corrispondono alle c.d. eccezioni in senso lato (*exceptiones facti, Anwendungen*) ed alle c.d. eccezioni in senso stretto (*exceptiones iuris, Einreden*): nel primo caso i fatti i.m.e. possono essere valutati dal giudice ai fini del rigetto della domanda attrice semplicemente perché risultano dagli atti del processo; invece nel secondo caso è necessaria agli stessi fini una manifestazione di volontà del convenuto che dia rilevanza giuridica alle circostanze ad esso favorevoli, senza di che il giudice non potrà rilevare d'ufficio l'esistenza delle medesime (così PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 210).

<sup>181</sup> Quanto alle sentenze nel regime anteriore alla riforma dell'art. 345 c.p.c., rispetto al quale l'eccezione era pacificamente proponibile per la prima volta in grado di appello, v. Cass. 12 maggio 1997 n. 4105, in *Fall.* 1997, 1914; Cass. 8 marzo 1995 n. 2703, *ivi*, 1995, 1116; 26 agosto 1995, n. 7522, *ivi*, 1995, 712.

sensi dell'art. 2932 coincide col passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento; dunque il curatore ha l'onere di impugnare tutte le pronunce che non abbiano ancora prodotto il trasferimento di proprietà opponibile alla massa in forza dell'art. 45<sup>182</sup>. (ii) È comunque acquisito che il curatore possa prevenire l'uscita del bene dalla massa esercitando il suo diritto potestativo anche se il processo è ormai arrivato al giudizio di legittimità: la natura e i limiti di quest'ultimo rito non precludono che la dichiarazione di scioglimento possa essere fatta in via stragiudiziale<sup>183</sup>. (iii) Nessuna sentenza si è (quindi) spinta a trasformare il diritto potestativo *ex art. 72* in un potere che deve passare dal necessario controllo giudiziale per produrre i propri effetti, secondo cioè uno schema analogo a quello delle azioni costitutive.

Fermi i dati di cui sopra, rimane in generale aperto l'interrogativo se questa facoltà del curatore integri davvero una eccezione in senso stretto; una qualificazione che, per di più, rilevarebbe soltanto nel caso del giudizio tempestivamente prenotato dall'attore *in bonis* ai sensi dell'art. 2652 n. 2.

L'articolo 112 del codice di procedura civile, nella seconda parte, introduce un rapporto di regola ed eccezione fra le eccezioni in senso lato e quelle in senso stretto<sup>184</sup>: il compito dell'interprete è quello di individuare quali siano i casi in cui il giudice non può rigettare la domanda dell'attore se non a seguito dell'istanza del convenuto, ma «l'eterogeneità delle ipotesi espressamente previste non ha reso possibile individuare una *ratio* comune né nel criterio dell'ordine pubblico, la cui presenza imporrebbe il rilievo d'ufficio, né nella circostanza che con l'eccezione si deducano fatti che potrebbero costituire oggetto di un autonomo processo»<sup>185</sup>; anche in giurisprudenza sono assenti criteri discretivi di portata generale<sup>186</sup>. La

<sup>182</sup> V. da ultimo Cass. 24 luglio 2009, n. 17405, in *Foro it.* 2009, I, 2964; Cass. 7 gennaio 2008 n. 33 cit. Per ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza v. COMERCI-CHINAGLIA, *sub art. 72*, in *Commentario alla legge fallimentare* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2013.

<sup>183</sup> Cass. 16 maggio 1997 n. 4358 cit. fa un quadro di ampio respiro sulla giurisprudenza uniforme sul punto, e rimane il diretto riferimento delle sentenze più recenti.

<sup>184</sup> Così ad esempio ORIANI, *Eccezione*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, sez. civile, Torino, 1991, 262 ss.; ID, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, in *Corr. giur.* 2005, p. 1011 ss.: secondo l'Autore la regola che l'eccezione sia normalmente rilevabile d'ufficio trova conferma in altri elementi, come ad esempio l'analisi dei lavori preparatori del codice di rito. «Nell'ambito delle eccezioni in senso stretto rientrano unicamente quelle per le quali la legge richiede espressamente che sia soltanto la parte a rilevare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi, oltre a quelle che corrispondono alla titolarità di un'azione costitutiva; tutte le altre ragioni, invece, che possono portare al rigetto della domanda per difetto delle sue condizioni di fondatezza (o per la successiva caducazione del diritto con essa fatto valere) possono essere rilevate anche d'ufficio; in questo secondo caso il fatto estintivo sopravvenuto deve naturalmente emergere dalle risultanze processuali ritualmente acquisite» (Cass. 12 gennaio 2006 n. 421).

<sup>185</sup> PAGNI, *Le azioni* cit., p. 212; parimenti ORIANI, *Eccezione* cit., p. 270; e già PUGLIATTI, voce *Eccezione* (teoria generale), in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 163.

<sup>186</sup> Per esempio, non è ancora chiaro se la risoluzione consensuale del contratto (art. 1372 c.c.) sia inquadrabile nella categoria delle eccezioni in senso lato (Cass. 25 maggio 2007 n. 12075, in *Giust. civ. mass.* 2007 1017; Cass. 22 novembre 2006 n. 24802 n. 24802, *ivi*, 2006, 2696) oppure

legge invero prevede che molti fatti, aventi rilievo impeditivo o modificativo o estintivo del diritto dedotto in giudizio, non possono essere assunti dal giudice a fondamento della decisione in assenza di una qualificata istanza a ciò diretta della parte interessata; di volta in volta la disposizione può essere formulata in negativo, facendo divieto al giudicante di rilevare quel fatto d'ufficio, o in forma positiva, riservando alla parte la facoltà di avvalersi del fatto<sup>187</sup>. Il fenomeno è stato ricostruito ora in chiave sostanziale<sup>188</sup>, ora in prospettiva esclusivamente processuale<sup>189</sup>, ma il dibattito riguarda essenzialmente l'ambito oggettivo del giudizio (e del giudicato).

In sintesi accogliendo la tesi sostanziale tali fatti i.m.e., a differenza di quelli oggetto delle eccezioni in senso lato, non operano *ipso iure* perché risulta necessaria l'intermediazione di un potere sostanziale diretto a produrre l'effetto; finché il convenuto non lo esercita, il diritto fatto valere dall'attore esiste e la domanda è fondata. Questa impostazione mostra una particolare artificiosità se

fra le eccezioni in senso stretto (Cass. 12 aprile 2000 n. 4717 in *Giust. civ. mass.* 2000, 793): cfr. la casistica in FINOCCHIARO-POLI, *sub* Art. 112, *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella,.

<sup>187</sup> V. le esemplificazioni di PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, p. 173-174: formulato in negativo è ad esempio l'art. 2938 c.c., mentre in positivo gli artt. 1442 e 1449 c.c.; il che vale per artt. come 2969, 1460, 1495 etc. È opinione condivisa che l'eccezione di annullabilità del contratto e l'eccezione del fideiussore di beneficio di escussione siano riservate alla parte: così ad esempio PAGNI, *loc. cit.*, GIUSTI, *Le fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1998, 3, 180; per altri richiami in generale v. MOTTO, *op. cit.*, p. 217, nt. 34.

<sup>188</sup> La c.d. teoria sostanziale dell'eccezione in senso stretto ha configurato un diritto potestativo in capo al convenuto: questi può produrre unilateralmente effetti a contenuto impeditivo o modificativo o estintivo nella sfera altrui, e il divieto di rilevazione officiosa nel processo del fatto è posto in relazione alla necessaria dipendenza con la conformazione di diritto materiale della fattispecie costitutiva dell'effetto. Il nucleo fondamentale di questa costruzione è nel pensiero di CHIOVENDA (*Sulla «eccezione»*, in *Saggi cit.*, p. 149 ss.), che tuttavia vedeva l'eccezione come «controdiritto» tendente ad impugnare ed annullare il diritto d'azione (per cui, senza istanza di annullamento, l'azione esiste ed è efficace); con l'abbandono della concezione concreta dell'azione (vale a dire che l'azione esiste anche quando la domanda è dichiarata infondata, dunque l'eccezione non può annullare l'azione) la teoria sostanziale ha visto semplicemente mutare l'oggetto su cui incide l'effetto giuridico – il diritto sostanziale dedotto in giudizio dall'attore con la domanda. Per queste ed altre considerazioni v. MOTTO, *op. cit.*, p. 206-208 e ss., cui si rinvia anche per riferimenti.

Argomenti a favore di questa tesi si leggono già in BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico cit.*, p. 78, nt. 114; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione* (postilla), in *Riv. dir. proc.*, 1960, 451; CAPPELLETTI, *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1611 ss.; DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 22 ss.; per un recupero ragionato di questa tesi v. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 230 ss., oltre a PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 205 nt. 19.

<sup>189</sup> Nel secondo senso v. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, 414 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 267 ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 270 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, Milano, 1991, 206 ss.; per altri richiami v. di nuovo PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 215 ss., *spec. nt.* 45.

applicata al nostro caso: lo scioglimento del rapporto *ex art. 72* avviene in via stragiudiziale, ma nel processo pendente risulta duplicato in un'altra facoltà sostanziale da esercitare nella veste dell'atto processuale (l'eccezione). Altro che cadenze del rito – qui il vero enigma sembra capire quali effetti scaturiscano da quale atto, una volta immaginata simile sostanza ancipite di cui non c'è traccia né nell'art. 72 né nell'art. 43 della legge fallimentare.

La teoria che configura l'eccezione in chiave esclusivamente processuale, dal canto suo, valorizza allo stesso modo il dettato normativo<sup>190</sup>: la legge configura l'istanza del convenuto come presupposto necessario a condizionare il potere decisorio nel merito del giudice all'accertamento e qualificazione di fatti i.m.e. del diritto fatto valere, l'eccezione in senso stretto è insomma una delle situazioni processuali che «si snodano dalla proposizione della domanda introduttiva alla emanazione della sentenza finale» e da cui conseguono effetti processuali<sup>191</sup>.

Da questo dibattito, in ultima analisi estraneo al problema che qui rileva, possiamo comunque trarre un dato fondamentale: al centro si pone sempre la fisionomia positiva dell'istituto, l'attribuzione da parte del legislatore di una facoltà funzionale a condizionare il potere decisorio nel merito del giudice. Il che è esattamente quanto manca nel nostro caso, perché il diritto potestativo *ex art. 72* agisce sul rapporto pendente indipendentemente dal processo; e, soprattutto, il meccanismo di sostituzione ai sensi dell'art. 43 l.fall. non aggiunge in capo al curatore qualcosa di diverso dagli oneri della “parte” processuale come quello di allegazione dei fatti i.m.e. (cui è correlato il divieto per il giudice di utilizzare il suo sapere privato, potendo decidere soltanto sulla base di fatti notori o emergenti dagli atti). Sembra particolarmente arduo argomentare il contrario, ovvero leggere in questa legittimazione straordinaria anche la trasformazione di qualsiasi potere dell'amministrazione fallimentare in eccezione in senso stretto, soltanto in virtù del suo coinvolgimento in un processo.

In altre parole non è dato rilevare, a fronte del generale schema *norma-fatto-effetto* che abbiamo visto nel secondo capitolo, nessuna specifica disposizione di legge la quale affianchi allo scioglimento del rapporto ai sensi dell'art. 72 l.fall. un potere riservato alla parte di attribuire rilevanza processuale alle medesime modifiche (a loro volta frutto dell'esercizio di un diritto potestativo); è pacifico, del resto, che il processo non potrà fare qualcosa di diverso dall'*accertare* tali

---

<sup>190</sup> «Per la verità le ipotesi di eccezione in senso stretto considerate nel codice civile sono configurate con riguardo all'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio determinati fatti. È il momento del giudizio, del processo che balza in primo piano... L'interprete, cioè, non può non tenere conto del fatto che il legislatore ha configurato l'eccezione esclusivamente in chiave processuale, come opposizione all'accoglimento della domanda sul presupposto di particolari fatti i.m.e.»: così ORIANI, *Eccezione* cit., p. 273.

<sup>191</sup> FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 334; ID, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 721 ss.; entrambi oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, rispettivamente a pp. 333 ss. e 405 ss.

effetti (essendo escluso quel necessario controllo insito nella tutela descritta all'art. 2908), elemento che non viene messo in discussione dal meccanismo dell'art. 43 in quanto inidoneo a trasformare il regime sostanziale del potere esercitato. «Orbene, se si tiene presente che una cosa è l'atto di scioglimento... ed altro è la rappresentazione in giudizio dell'avvenuta manifestazione di volontà diretta allo scioglimento, appare chiaro che, avendo la manifestazione di volontà di sciogliersi prodotto di per sé l'effetto dello scioglimento, la rappresentazione in giudizio di questo effetto non integra affatto una eccezione in senso stretto»<sup>192</sup>.

In conclusione, a maggior ragione alla luce della giurisprudenza nel ventennio successivo al *revirement*, non sembra escluso che sia sufficiente l'allegazione nel processo dell'avvenuto scioglimento del rapporto affinché il giudice rilevi, anche d'ufficio, la «infondatezza» (sopravvenuta) della domanda ai sensi dell'art. 2932. Nella prassi le cose non sembrano quindi cambiate molto rispetto al precedente indirizzo: la tesi oggi dominante si limita a dare rilievo al caso eccezionale in cui la completa inerzia del curatore possa valere come indice di un interesse della massa fallimentare alla stessa pronuncia di accoglimento. In concreto quindi il giudice, la cui decisione non è influenzata dal sopravvenuto fallimento in sé, può erogare il rimedio prenotato dall'attore non tanto a seguito del mancato esercizio tempestivo del potere di scioglimento, quanto per una tacita “rinuncia” da parte dell'amministrazione fallimentare.

C. Il filone giurisprudenziale che rileva la sopravvenuta «infondatezza» della domanda di tutela avanzata dal promissario acquirente – a seguito dell'esercizio del potere di scioglimento attribuito al curatore – è comunque un importante passo avanti sul piano ricostruttivo: il richiamo congiunto alla «improcedibilità» sia ai sensi dell'art. 45 che dell'art. 72, vera e propria commistione, appiattiva la realtà del processo pendente sulla sola fattispecie traslativa complessa (incompiuta perché) rimasta allo stadio di contratto preliminare. Il corretto significato del combinato dei due articoli si sostanzia dunque nel circoscrivere l'ambito del potere di scelta del curatore ai contratti “opponibili” alla massa, perché altrimenti sarà sufficiente che l'amministrazione fallimentare faccia valere l'inefficacia del negozio nei confronti dei creditori. A questo punto non si potrà non notare, tuttavia, che anche in questi termini l'azione trascritta *ex art. 2652 n. 2* rileva innanzitutto come un mezzo per rendere opponibile il contratto alla massa; la dinamica del processo pendente di per sé rimane completamente ignorata, almeno finché non sia trascritta la sentenza di accoglimento.

In quale misura l'impostazione in analisi considera il processo pendente? In sostanza, mi pare, lo fa mettendo da parte la quiescenza del rapporto disposta

---

<sup>192</sup> BOZZA, *Relazione conclusiva della seconda sessione*, in *I rapporti giuridici pendenti* cit., p. 176.

all'art. 72: il potere di scioglimento del curatore è elevato a «controdiritto» esiziale ad evitare il trasferimento della proprietà, che nell'inerzia dell'amministrazione fallimentare ben potrebbe verificarsi in pregiudizio alla massa. Il potere di scioglimento impedisce il completamento della fattispecie traslativa, senza che questa sia sospesa in base alla regola che contraddistingue (oggi in generale) la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Sorge però un interrogativo: se la sospensione del rapporto (aspetto della disciplina) smette di essere rilevante, è corretto anche tralasciare la verifica in concreto della sussistenza di quelle obbligazioni ancora inadempite (aspetto della fattispecie) che caratterizzano il concetto di «rapporto pendente»? In altre parole, cosa succede se mancano le stesse prestazioni ancora ineseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti al momento della dichiarazione di fallimento?

L'impostazione in discorso rischia infatti di cadere nella semplificazione suggerita dal testo previgente dell'art. 72 quarto comma, che come abbiamo accennato (§ 1.2.3) offriva un dato letterale così forte da poter essere scambiato per un regime speciale indipendente dalla fattispecie di rapporto «pendente». La dottrina più attenta lo aveva comunque letto come espressione del principio dell'intangibilità delle pretese reali, inserito all'interno di una più vasta fattispecie generale; ma il dato positivo ancora non permetteva di escludere che, in caso di fallimento del venditore, l'amministrazione fallimentare potesse esercitare lo scioglimento in qualsiasi momento, con l'unica preclusione dovuta al verificarsi dell'effetto traslativo. Ecco il presupposto tacito nell'impostazione da molti ancora difesa oggi: il concetto di esecuzione del contratto traslativo è assorbito in quello di passaggio della proprietà, identificazione che per taluni<sup>193</sup> è diretta conseguenza del fatto che il contratto preliminare sia ontologicamente «ineseguito» fino alla stipula del definitivo. Abbiamo già rilevato la piccola forzatura di questo ragionamento; con l'introduzione del processo *ex art. 2932* il nuovo accordo tra le parti mancherà per sempre, dunque l'azione di esecuzione specifica del preliminare non si pone davvero nell'ottica di un *adempimento* portato a compimento con la pronuncia del giudice<sup>194</sup>.

Non è un mistero che il passaggio (spesso implicito) della dottrina dominante sia stato dunque quello di equiparare il completamento «alternativo» della fattispecie traslativa (cioè il passaggio in giudicato della sentenza) alla «esecuzione» del contratto preliminare, quasi come se il giudice «volesse» in luogo dell'obbligato. Ma risulta tuttora indimostrato come l'attuazione giudiziale

<sup>193</sup> A cominciare dalla sentenza del 1982; per alcune ricostruzioni alternative v. *infra*, § 2.3.2.

<sup>194</sup> Anzi, l'errore sul punto contenuto in una sentenza passata in giudicato ha generato la controversia conclusasi con la decisione n. 1 del 1975, su cui v. *retro*, § 2.1.1. La distinzione tra azione di adempimento e domanda ai sensi dell'art. 2932 è stata affrontata nel secondo capitolo, § 3.3.2.

del diritto al mutamento giuridico possa essere sempre – *a priori* – assimilabile ad una lunghissima fase di trattative negoziali tra attore e giudice; di conseguenza risulta a mio avviso aggirato lo studio dell'incidenza del processo *ex art. 2932* sugli stessi presupposti di applicabilità dell'*art. 72*.

In conclusione, l'indirizzo giurisprudenziale descritto in questo paragrafo non fa molti passi avanti oltre alla (importante) presa di coscienza circa le «formalità» richiamate dall'*art. 45 l.fall.*; non è un caso che nei decenni successivi controversie analoghe si siano ripresentate innumerevoli volte, un contenzioso che ha sottolineato a più riprese come non sia solo processuale il dilemma generato dall'articolo 72 «considerato nel dinamismo del suo innestarsi nel processo pendente»<sup>195</sup>.

### 2.3. *L'accoglimento.*

Con la sentenza del 7 luglio 2004 n. 12505, la Corte di cassazione a sezioni unite si trova a decidere su una controversia più complessa di quelle accennate sinora: in adempimento di un preliminare di permuta di cosa futura, l'attore aveva trasferito (con successivi atti) la proprietà del suo terreno, sul quale il convenuto aveva successivamente costruito degli edifici; ma quest'ultimo si era poi rifiutato di stipulare il contratto definitivo – che avrebbe prodotto il trasferimento di una delle palazzine a pagamento dell'immobile già ricevuto – ed era fallito nelle more del processo di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932*. L'interesse della curatela allo scioglimento del rapporto si era così scontrato con tutta una serie di problemi applicativi rispetto l'*art. 72 l.fall.*, che nella vecchia formulazione ancora si riferiva alla vendita e differenziava la disciplina tra fallimento del compratore e del venditore. Da qui il primo passaggio da analizzare.

«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'inevitabile 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

---

<sup>195</sup> Cass. 13 maggio 1982, n. 3001 cit.

parziale inesecuzione del contratto “da entrambe le parti” riveste, rispetto all’altro criterio previsto dalla stessa norma, carattere di generalità»<sup>196</sup>.

«Il citato art. 72 l. fall. 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 di fallimento saranno quindi regolati, sia nell’una che nell’altra ipotesi, in modo uniforme secondo un criterio... fondato sulla mancata o incompleta esecuzione del contratto “da entrambe le parti” »<sup>197</sup>.

I supremi giudici, questa volta, non sono quindi confinati nella distinzione disposta dalla lettera dell’art. 72 quarto comma. Per arrivare a questo risultato non si basano su tesi particolarmente innovative, anzi: proprio la particolarità del caso permette loro di partire dall’interpretazione più rigida e letterale – l’antenato della tesi dell’assorbimento, che riteneva il fallimento del venditore regolato da principi autonomi – per dimostrare che, nel caso della permuta, si deve in ogni caso guardare alla bilaterale incompiuta esecuzione del rapporto. La sentenza del 2004 risulta così un’applicazione di quella regola generale che sarà esplicitata dalle riforme del 2006 e 2007; saranno questi ultimi interventi, poi, a rimuovere l’ultimo ostacolo letterale che sembrava ancora suggerire la specialità della fattispecie di fallimento del venditore.

Anche il passaggio successivo della sentenza riguarda specificamente il contratto preliminare di permuta: richiamata una serie di precedenti a testimonianza dell’effettività della tutela che il negozio preliminare ha conquistato con l’evolversi del diritto vivente, la Corte Suprema arriva a sminuire il ruolo del mancato «scambio dei consensi» nel caso di specie. «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... E non può esservi dubbio che, in detta ipotesi, 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»<sup>198</sup>. Sul punto torneremo a breve, soprattutto per chiederci se questo sia un argomento decisivo rispetto l’effettiva posizione ricoperta dal promissario acquirente in questo regolamento negoziale.

---

<sup>196</sup> Cass. 7 luglio 2004 n. 12505 cit.

<sup>197</sup> Cass. 7 luglio 2004 n. 12505 cit.

<sup>198</sup> Cass. 7 luglio 2004 n. 12505 cit.

Nell'ultimo passaggio, invece, il giudicante affronta in generale il tema di questo studio. Innanzitutto esclude, come la giurisprudenza precedente, che la domanda di esecuzione specifica del contratto preliminare possa ricadere sotto il divieto *ex art. 51 l. fall.*; dopodiché, richiamata la c.d. tesi dell'improcedibilità della domanda in virtù della «cristallizzazione» del patrimonio fallimentare al momento dell'apertura della procedura concorsuale, se ne distanzia (ricollegandosi persino alla sopracitata sentenza n. 1/1975).

«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 stato esposto durante il tempo necessario per il riconoscimento, e nel caso dell'art. 2932 per l'attuazione, del suo diritto... L'art. 45 l. fall. non si pone in antitesi con la disciplina appena illustrata, ma la integra»<sup>199</sup>. A sostegno viene anche richiamato il meccanismo dell'art. 2915 secondo comma e la giurisprudenza sulla domanda di risoluzione tempestivamente trascritta contro il fallimento, nei medesimi termini che abbiamo visto nel primo capitolo.

Nel passo appena richiamato sono invero già poste le basi per il rovesciamento della giurisprudenza consolidata. Ma è solo nel punto successivo che la Corte mostra di porsi in forte soluzione di continuità con l'indirizzo invalso dal 1982<sup>200</sup>, in base al quale sarebbe stata comunque salva la facoltà della curatela di sciogliersi dal contratto preliminare: i giudici affermano infatti che l'art. 72 «deve essere coordinato con quanto stabilito dall'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,

---

<sup>199</sup> Cass. 7 luglio 2004 n. 12505 cit. (corsivi aggiunti).

<sup>200</sup> Pur con quella importante eccezione costituita dalla sentenza a Sez. Un. del 1999, n. 239 cit. Sul precedente ci siamo soffermati nel § 1.1 perché risolve varie importanti questioni circa gli effetti dello scioglimento, con particolare attenzione al negozio ineseguito con parte venditrice soggettivamente complessa (qualora sia fallito uno dei venditori ed il bene non sia scindibile); ma rispetto alla problematica che più qui interessa, e cioè l'applicabilità o meno dell'art. 72, accoglie enunciazioni di principio molto generiche riprese direttamente dalla sentenza del 1958. L'intervento a Sezioni Unite del 2004 guarda *anzitutto* alla pronuncia di cinque anni prima (pur senza mai citarla) perché ancora sente di dover ripercorrere esaustivamente le argomentazioni che spingono al superamento della tesi dell'improcedibilità.

dall'art. 72 l.fall... gli effetti derivanti dalla sentenza di accoglimento della domanda trascritta, pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c., retroagiscono alla data della trascrizione della domanda... integrando gli estremi della situazione considerata dallo stesso art. 72, quarto comma, come ostativa all'esercizio della facoltà di recesso da parte del curatore»<sup>201</sup>. Come dire: mancano i presupposti di applicabilità dell'art. 72 comma 4 perché il rapporto non è più pendente; e non lo è perché la rilevazione del trasferimento di proprietà non può prescindere dal riferimento al numero d'ordine nei registri immobiliari dell'atto di citazione pubblicato.

Le sezioni semplici hanno successivamente mostrato una certa resistenza all'orientamento, ribadendo piuttosto l'impostazione precedente<sup>202</sup>; peraltro tre più recenti decisioni sul punto hanno ripreso la tesi delle Sezioni Unite accogliendola, dando particolare peso ai principi del giusto processo e della sua durata ragionevole<sup>203</sup>. Il contrasto nella giurisprudenza è stato rilevato da ultimo con l'ordinanza n. 27111/2013, che lo ha portato all'attenzione del Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite sulla base di rilievi che possiamo riassumere così:

- la decisione del 2004 sembra dare per scontata l'efficacia retroattiva della sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932, mentre al contrario il prevalente indirizzo di legittimità indica il momento della produzione dell'effetto traslativo del bene col passaggio in giudicato (efficacia costitutiva *ex nunc*);
- «né il potere di scioglimento può confondersi con i “diritti contrari o incompatibili” contemplati dall'art. 2652 n. 2, che sono quelli (vantati dai terzi) attinenti alla proprietà (o ad altri diritti reali) del bene oggetto della domanda trascritta... la norma attribuisce prevalenza alla trascrizione della sentenza che accoglie la domanda ex art. 2932 rispetto alle trascrizioni ed iscrizioni eseguite

---

<sup>201</sup> Cass. 7 luglio 2004 n. 12505 cit. In particolare, «non varrebbe osservare che la facoltà di recesso del curatore, ai sensi dell'art. 72, quarto comma, 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... retroagiscono alla data della trascrizione della domanda».

<sup>202</sup> Cass. 22 dicembre 2005, n. 28480, in *Fall.* 2006, 7, 801; Cass. 1 marzo 2007 n. 4888, in *Foro it.* 2008, I, 909 con nota di Fabiani; Cass. 7 gennaio 2008 n. 33, in *Fall.* 2008 p. 767; Cass. 24 luglio 2009 n. 17405, in *Foro it.* 2009, I, 2964; Cass. 1 dicembre 2010 n. 24596. Fra le sentenze immediatamente precedenti il *revirement* si segnalano: Cass. 14 aprile 2004 n. 7070, cit.; Cass. 13 maggio 1999 n. 4747, in *Fall.* 2000, 727.

<sup>203</sup> Cass. 23 giugno 2010, n. 15218, in *Dir. fall.* 2011, II, 185, con nota di Murino; in *Giur. comm.* 2011, II, 1112, con nota di Arcidiacono; in *Fall.* 2010, 124, con nota di Montanari; Cass. 8 luglio 2010 n. 16100; Cass. 15 dicembre 2011 n. 27093 in *Giust. civ.* 2012, I, 1487 con nota di DIDONE, *Note minime su contratto preliminare di vendita, fallimento e trascrizione della domanda.*

(contro il convenuto) dopo la trascrizione della domanda»; in altre parole, l'impostazione del 2004 «finisce per riconoscere alla mera trascrizione della domanda *ex art. 2932* un impedimento all'esercizio della facoltà [ai sensi dell'art. 72] che la legge non contempla affatto»;

- «la facoltà riconosciuta al curatore dalla l. fall., art. 72 comma 4, prescinde dalle questioni che attengono l'opponibilità alla massa degli atti per i quali è necessaria la trascrizione, ed anzi a ben vedere detta opponibilità presuppone... la questione sulla quale interrogarsi deve essere spostata in avanti, non essendo in discussione se la trascrizione della domanda giudiziale sia o meno opponibile al curatore, ma se, nonostante la sua opponibilità, questi possa ugualmente esercitare la facoltà di scioglimento dal contratto preliminare».

### 2.3.1. *Le reazioni.*

Gli argomenti elencati dall'ordinanza del 2013, alla luce della giurisprudenza che abbiamo esaminato, possono essere raccolti attorno ad un'unica problematica: cosa impedisce al curatore di sciogliersi dal contratto? Vale a dire, la trascrizione della domanda giudiziale «vincola» l'amministrazione fallimentare anche nell'esercizio del suo diritto potestativo di scioglimento? Ed in base a quale dato normativo?

La discussione in dottrina sembra invece arricchita di altri ostacoli, che dovremo specificamente affrontare nei prossimi capoversi. Una prima considerazione è stata velocemente superata: alcuni argomentavano che, poiché la sentenza del 2004 riguardava un preliminare di permuta, allora non ci sarebbe stato alcun bisogno di riconoscerle un'influenza rispetto alla generale tutela del promissario acquirente. Rientra nel medesimo gruppo di tesi anche quella che riteneva non più «pendente» quel particolare rapporto negoziale sulla semplice considerazione che un effetto reale si fosse già verificato (lett. A).

Un'altra considerazione diffusa consiste nel richiamare uno degli aspetti del coordinamento tra artt. 45 e 72 l. fall.: le Sezioni Unite hanno detto che le due disposizioni vanno lette in combinato, e molti hanno risposto lamentandosi di averlo sempre fatto. Ora, è vero che i giudici potevano essere più chiari e che questo sia senza dubbio l'aspetto più criptico di quella motivazione; ma la sfida per l'interprete in questa ipotesi consiste nel capire *cosa* ricavare dalle due disposizioni, senza fermarsi al dato pacifico che l'amministrazione fallimentare non abbia l'onere di sciogliersi dal contratto inopponibile alla massa (lett. B).

Diverso argomento fa piuttosto risaltare l'identità degli effetti prenotativi riconnessi alla trascrizione del preliminare ed alla pubblicità della domanda giudiziale, così da ritenere irragionevole un loro trattamento differenziato davanti al diritto potestativo del curatore (lett. C).

Taluni sembrano infine suggerire che, poiché la sentenza *ex art. 2932* non produce effetti retroattivi bensì *ex nunc*, allora i giudici abbiano necessariamente sbagliato a rinvenire un possibile impedimento nella semplice trascrizione della domanda giudiziale. Questa è l'applicazione di quella che abbiamo chiamato tesi dell'assorbimento: poiché la ricostruzione è piuttosto diffusa in dottrina e le critiche mosse (§ 1.2.3) potrebbero non essere percepite come decisive dai giudici di legittimità, avremo cura di trarne i dovuti corollari (*infra* § 2.3.2 nn. 4-5).

Per completezza, rinvio alle pagine precedenti per la trattazione di un tema che alcune voci sembrano reclamare con una sorta di nostalgia; la stessa ordinanza del 2013 lamenta che l'indirizzo del 2004 «trascura ogni considerazione in ordine alla natura della predetta facoltà ed ai limiti entro i quali può essere esercitata (se cioè essa debba costituire oggetto di un'eccezione in senso lato o in senso stretto)». Questo è il c.d. problema processuale tracciato nel § 2.2, sul quale la giurisprudenza più recente si è misurata: con riferimento alla soluzione data nel 2004, è abbastanza facile capire che se viene individuata una risposta più radicale («il potere non può essere esercitato») allora non si può lamentare la mancata considerazione delle complicazioni della tesi precedente («secondo quali cadenze processuali il potere può essere esercitato?»). Insomma, i giudici di legittimità non si sono certo dimenticati dell'ambiguo riferimento della nozione di eccezione «in senso stretto» che si è protratto per anni; piuttosto hanno colto la centralità di un unico quesito che rimaneva irrisolto, e cioè se potesse effettivamente esserci un impedimento sostanziale per l'esercizio della facoltà *ex art. 72*.

A. Come accennato, un primo tentativo della dottrina e della giurisprudenza, è stato quello di ridimensionare la portata del precedente del 2004. In una sentenza subito successiva si legge infatti che «il principio [stabilito dalle sezioni unite] non è applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio, essendo pacifico in causa che la domanda di esecuzione specifica del preliminare proposta [dalla ricorrente] non ha trovato accoglimento nel giudizio nel merito»<sup>204</sup>: dunque il rigetto da parte del giudice di merito della domanda *ex art. 2932*, con sentenza non definitiva, basato sulla dichiarazione di scioglimento del curatore, impediva ai giudici di legittimità di rilevare la mancata applicazione del principio stabilito dalle sezioni unite? «La sentenza, pur facendo mostra di allinearsi alle sezioni unite, ne sconfessa invece l'insegnamento», è stato spiegato da uno dei più autorevoli sostenitori della tesi dell'assorbimento<sup>205</sup>; e la giustificazione dell'oblio in cui è caduta la pronuncia del 2004 negli anni immediatamente successivi «non può essere il fatto che fosse

---

<sup>204</sup> Cass. 22 dicembre 2005, n. 28480, in *Fall.* 2006, 7, 801, con nota di DI MARZIO, *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile*.

<sup>205</sup> DI MARZIO, loc. ult. cit., cui si rinvia per l'esposizione di varie criticità dell'argomentazione richiamata.

stata pronunciata nel contesto di un contratto di permuta anziché di vendita, visto che il *decisum* di rilievo e cioè l'opponibilità della domanda giudiziale ex art. 2932 trascritta anteriormente al fallimento è questione comune a tutti i contratti di scambio»<sup>206</sup>.

In particolare, scorrendo i numerosi commenti, è diffusa l'affermazione per cui le Sezioni Unite avrebbero «potuto arrestarsi» subito dopo aver rilevato che, poiché la parte *in bonis* aveva già provveduto a dare esecuzione alla sua prestazione (trasferendo la proprietà del terreno), giammai il curatore avrebbe potuto esercitare il potere a lui attribuito dall'art. 72 (che appunto presuppone un contratto ineseguito da entrambe le parti)<sup>207</sup>. Ora, se le parti avessero scelto di stipulare una permuta *definitiva* di bene esistente contro bene futuro, la proprietà di quest'ultimo sarebbe stata automaticamente trasferita al momento del suo venire in essere<sup>208</sup>; invece, a mio avviso, la scelta di racchiudere il complesso programma negoziale nello schema del preliminare avrebbe in ogni caso dovuto escludere la possibilità dell'esaurimento unilaterale degli obblighi in capo ad una parte. È vero che nel caso deciso nel 2004 l'attore aveva trasferito la proprietà del suo bene ed aspettava soltanto che il convenuto si decidesse a fare la sua parte; ma questo avrebbe richiesto comunque la stipula del contratto definitivo, un impegno bilaterale funzionale alla produzione dell'effetto reale. Insomma: se al momento del fallimento non ci fosse stato un processo pendente volto ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo e la preclusione ex art. 72 quarto comma non fosse stata ritenuta operante per la permuta, è chiaro che il negozio preliminare avrebbe potuto essere tranquillamente sciolto.

Queste tesi, essenzialmente volte a sminuire il ruolo del processo, risultano comunque superate alla luce del nuovo articolo 72, che nell'ultima parte del primo comma preclude lo scioglimento del contratto traslativo in base al quale si sia già prodotto l'effetto reale. Il preliminare di permuta in questione programmava un'operazione complessa, e nell'adempimento di questa un trasferimento di proprietà si era già compiuto – la stabilità di quest'ultimo non sarebbe potuta venire meno in base al diritto potestativo attribuito al curatore. Di nuovo però: senza un processo pendente ex art. 2932 il principio dell'intangibilità delle pretese reali avrebbe posto il problema del subentro c.d. automatico (o meno) nel contratto, dibattito molto diverso di cui si è dato conto altrove<sup>209</sup>.

Concludendo sul punto: la pronuncia a sezioni unite del 2004 intende dare una

---

<sup>206</sup> FABIANI, in *Foro it.* 2008 p. 910, in nota alla sentenza Cass. 4888/2007 che ha lasciato impregiudicata la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare.

<sup>207</sup> Così BETTAZZI, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita*, in *Fall.* 2005, 7, p. 763; ROCCHIO, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.* 2004, p. 1457.

<sup>208</sup> Cfr. Cass. 12 aprile 2001 n. 5494, *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 250.

<sup>209</sup> V. *retro*, § 1.1 nota 34, e § 1.2.2.

tutela generale e più effettiva al promissario acquirente, e lo fa con una soluzione insuscettibile di essere circoscritta al particolare regolamento negoziale che aveva dato luogo alla controversia. Piuttosto la particolarità del preliminare di permuta ha permesso di applicare senza problemi il regime generale dei rapporti pendenti, operazione che sarebbe stata meno agevole per il fallimento del venditore – ancora bloccato nelle strettoie della lettera del vecchio articolo 72 quarto comma.

**B.** I giudici supremi hanno avuto cura di precisare che l'art. 72 vada coordinato con l'art. 45 l.fall., ma questo argomento ha «in parte il sapore della tautologia» perché «l'opponibilità dell'atto non solo non osta, ma funge invece da presupposto stesso dell'esercizio della facoltà di scioglimento»<sup>210</sup>. Questo un argomento non sembra invero sostenuto con molto vigore: se il contraente *in bonis* vanta un contratto opponibile alla massa ma ancora in corso di esecuzione, il curatore potrà sciogliersene; se invece è un contratto postfallimentare o equiparabile (ovvero non siano state tempestivamente compiute le formalità per renderlo efficace nei confronti della massa), l'amministrazione fallimentare potrà limitarsi ad eccepirne l'inopponibilità, a meno che non le interessi rinunciare a detta inefficacia (c.d. relativa). Come si vede, il ragionamento si ferma prima di affrontare il problema centrale: avere un contratto opponibile alla massa non è esattamente la stessa cosa di aver compiuto le formalità necessarie per iniziare un processo, in cui tra l'altro il curatore dovrà partecipare con tutti gli oneri e poteri di parte processuale. Se il creditore agisce per la risoluzione prima che l'inadempiente sia dichiarato fallito, tale azione «spiega i suoi effetti» nei confronti della massa in coerenza con l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali e l'art. 45<sup>211</sup>; come abbiamo visto la stessa cosa, ormai da decenni, è affermata per la domanda *ex art.* 2932 tempestivamente resa pubblica, ma con una significativa divaricazione tra procedura esecutiva concorsuale e quella singolare – il curatore può avvalersi della facoltà *ex art.* 72 quale «controdiritto» che, se tempestivamente esercitato, è idoneo ad impedire la soddisfazione fuori concorso della pretesa avanzata dall'attore.

Per essere ancora più chiari: se l'attore ha tempestivamente trascritto la domanda di *resolutio* ai sensi dell'art. 2652 n. 1, è da tempo acquisito che egli abbia qualcosa di più rispetto ad un “contratto” opponibile alla massa; ed anche ammesso che quest'ultimo rapporto sia ancora «pendente» (qualificazione che non mi sento di condividere) il curatore non avrà comunque possibilità di dare continuazione al contratto in forza della preclusione *ex art.* 1453 terzo comma. Il sospetto, dunque, è che le cose potrebbero non essere così diverse per la domanda trascritta *ex art.* 2652 n. 2: per questo l'ultima ordinanza afferma che «la questione

<sup>210</sup> Le due citazioni sono, rispettivamente, di FABIANI e BETTAZZI, locc. ultt. citt.

<sup>211</sup> Per i richiami alla dottrina v. *retro*, § 1.1.

sulla quale interrogarsi deve essere spostata in avanti», chiedendosi se la trascrizione della domanda giudiziale sia (anche) idonea o meno ad impedire che il curatore possa esercitare la facoltà di scioglimento dal contratto preliminare. La pronuncia a Sezioni Unite è stata un'importante frattura che ha offerto l'occasione di ristudiare i presupposti di applicabilità del regime dei rapporti pendenti, sì da valutare se sia corretto – sempre, *a priori* – riconoscere al curatore la facoltà di porre nel nulla il processo tempestivamente prenotato nei confronti della massa.

C. Dobbiamo però ancora terminare l'analisi degli elementi del dibattito sopracitato: è arrivato il turno di quello più interessante.

Come studiato *retro*, l'introduzione dell'istituto della trascrivibilità del preliminare ha incrementato la razionalità del sistema: in sintesi, il promittente può avvalersi dell'efficacia prenotativa (in senso lato) del sistema pubblicitario senza necessariamente iniziare il processo ai sensi dell'art. 2932. Abbiamo esaminato i meccanismi pubblicitari *ex artt.* 2645-*bis* e 2652 n. 2 (ed anche dell'art. 2659 comma 2) esaltandone gli aspetti di continuità: ed è proprio quello che fa la dottrina quando sottolinea la loro «efficacia prenotativa di analogo contenuto e [la] identità degli effetti della trascrizione prenotata (che sono quelli previsti nell'art. 2644)... Il legislatore mostra di considerare equivalenti e in un certo senso interscambiabili tra loro le ipotesi quanto agli effetti della trascrizione, come è fatto palese dalla norma dell'art. 2645-*bis* comma 3, la quale consente che la trascrizione del preliminare di vendita possa produrre la sua efficacia anticipatrice rispetto alla trascrizione non soltanto del successivo contratto definitivo ma anche della sentenza che accolga la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica»<sup>212</sup>. Peccato che il ragionamento sia da taluni concluso così: «non potrebbe giustificarsi la differenza di trattamento tra la trascrizione della domanda giudiziale ed il regime della trascrizione dello stesso contratto preliminare: in virtù del medesimo effetto prenotativo attribuito dalla legge ad entrambe le ipotesi (artt. 2652 n. 2 e 2645-*bis*), non risulterebbe coerente un sistema che, da un lato, conservi espressamente la facoltà di scelta del curatore in caso di trascrizione del contratto preliminare... attribuendo invece efficacia preclusiva del potere di scioglimento alla trascrizione della domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c.»<sup>213</sup>.

Il dato normativo preso in analisi è l'art. 72 settimo comma della legge fallimentare: poiché questa disposizione sancisce la facoltà di scioglimento dal contratto preliminare opponibile alla massa, viene argomentato che al curatore

<sup>212</sup> LUMINOSO, *Vendita cit.*, p. 242, nt. 126.

<sup>213</sup> PAOLINI, *Commento alla riforma delle procedure fallimentare*, in *Quaderni*, Milano, 2008, p. 141; parimenti PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 351 ss.; e lo stesso LUMINOSO, loc. ult. cit.

sarebbe sempre riconosciuto il potere di porre nel nulla il processo avente ad oggetto il medesimo rapporto; la conclusione regge sul ferreo rilievo che il preliminare e la domanda giudiziale sono resi pubblici allo stesso modo.

Sul rapporto tra le due ipotesi di trascrizione ci siamo già soffermati<sup>214</sup>: in quell'occasione si è sostenuto che la specificità di ciascuna non vada cercata tanto negli *effetti* dei meccanismi pubblicitari quanto nel fatto che sia ogni volta trascritto un *atto* diverso; e la diversità tra questi ultimi non è certo in discussione – il preliminare opponibile al fallimento è semplicemente una fattispecie traslativa arrestata nella sua evoluzione, laddove la domanda giudiziale tempestivamente trascritta attiva (anche) il meccanismo di sostituzione processuale *ex art. 43 l.fall.* e permette (a determinate condizioni) di ottenere con sentenza la soddisfazione fuori concorso del diritto al mutamento giuridico fatto valere.

A me pare che l'esaltazione della identità degli effetti prenotativi tra le due fattispecie, ammesso che sussista, dica davvero poco rispetto ai problemi portati all'attenzione delle Sezioni Unite: qual è la rilevanza del giudizio pendente? Su quali basi questo può essere equiparato al preliminare trascritto, oltre che rispetto agli effetti di prenotazione? Senza contare che, se davvero l'esercizio dell'azione *ex art. 2932* rilevasse soltanto sotto l'aspetto di rendere opponibile la pretesa fatta valere con l'atto di citazione, la tempestiva prenotazione del giudizio avrebbe addirittura effetti deteriori rispetto al privilegio garantito dall'*art. 72, comma 7*, in caso di scioglimento<sup>215</sup>; un dato positivo che esalta proprio quell'autonomia dei beni della vita attribuiti dagli *artt. 2645-bis e 2932* su cui difficilmente si potrebbero sollevare obiezioni.

Questa tesi, che quando viene messa prima di fronte ad un'azione di esecuzione specifica *ex art. 2932* e poi davanti al solo negozio preliminare nega qualsiasi differenza, non è riuscita a ritagliarsi uno spazio tra le argomentazioni dell'ultima ordinanza dei giudici di legittimità. Ma ci rivela un dato importante: non è soltanto in base agli *effetti* della trascrizione che possiamo rinvenire un ostacolo all'esercizio del potere del curatore. Se infatti ricordiamo le passate discussioni sollevate rispetto alla domanda di risoluzione opponibile al fallimento, notiamo che la giurisprudenza non si sia limitata certo a risolvere i problemi soltanto in base agli effetti della trascrizione *ex art. 2652 n. 1*; ebbene, allo stesso modo non può tenere conto solo del numero successivo nel medesimo articolo,

---

<sup>214</sup> Il parallelo fra la trascrizione *ex art. 2645-bis e 2652 n. 2* è già stato affrontato *retro*, § 1.3; il diritto del promissario acquirente è in astratto suscettibile di essere soddisfatto fuori concorso sin dalla giurisprudenza degli anni '80 (§ 2.2).

<sup>215</sup> Per quest'ultimo spunto v. anche GAZZONI, loc. ult. cit. Una prima soluzione pratica potrebbe essere cumulare la domanda di tutela costitutiva (trascritta ai sensi dell'*art. 2652 n. 2*) con quella di accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private *ex art. 2652 n. 3*; stratagemma forse non necessario, ma che ben sottolinea l'autonomia degli interessi perseguiti dalle due domande.

senza rilevare gli altri dati positivi inerenti il giudizio ai sensi dell'art. 2932<sup>216</sup>. Il meccanismo pubblicitario coinvolge il curatore in un processo: bisogna vedere in quali casi sussistano i presupposti per l'esercizio della facoltà *ex art. 72*, in quali situazioni lui possa considerarsi ancora amministratore di un rapporto *in corso di esecuzione* tra le parti.

**D.** Abbiamo detto della apparente enigmaticità della sentenza a sezioni unite del 2004 rispetto quale sia l'impedimento per quella facoltà che, negli ultimi decenni, è stata costruita come «controdiritto» del curatore funzionale ad impedire l'attuazione giudiziale della pretesa fondata sul contratto preliminare. I giudici non sembrano cioè rivelare per quali motivi il meccanismo che si apre con la trascrizione ai sensi dell'art. 2652 n. 2, richiamato dall'art. 45 l.fall. e volto a «prenotare» il termine di risoluzione del conflitto tra avente causa e creditori del medesimo soggetto, sia anche idoneo ad incidere sulla facoltà attribuita all'amministrazione fallimentare. Gli unici riferimenti espliciti dei supremi giudici sono alla *retroattività* degli effetti della sentenza di accoglimento (alla data della trascrizione della domanda) ed alla *insensibilità* della situazione controversa (al momento dell'atto di citazione) rispetto a mutamenti sopravvenuti nel corso del processo. Tuttavia, come ricordavamo nei primi due capitoli, da tempo in dottrina è stata raggiunta una soluzione negativa rispetto ad entrambi i volti della problematica chiovendiana secondo cui la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione<sup>217</sup>: è necessario quindi di volta in volta analizzare il diritto positivo e vedere se questa esigenza di giustizia sia stata accolta ed in quale misura, valorizzando le singole norme di diritto positivo. Non sfugge che, se l'unico riferimento normativo fosse il meccanismo pubblicitario nell'articolazione che emerge dall'art. 2652 n. 2, sentiremmo di più la stretta dei critici citati *retro* (lett. C).

«Nella decisione [del 2004] si dà per scontata l'efficacia retroattiva della sentenza *ex art. 2932* in funzione di garantire la posizione del promissario acquirente, figurativamente compratore a titolo definitivo sin dalla trascrizione della domanda, quando l'affermazione è recisamente negata in diversi precedenti»<sup>218</sup> conferma l'ordinanza del 2013, confezionando così la critica più forte rispetto alla tesi delle Sezioni Unite. L'efficacia costitutiva, alla luce del diritto vigente, si produce *ex nunc* dal momento del passaggio in giudicato della

<sup>216</sup> Questo non vuol dire che gli effetti prenotativi non possano essere, in certe ipotesi ricostruttive, decisivi di per sé: v. *infra*, § 2.3.2, nn. 1-2.

<sup>217</sup> Vale a dire l'esistenza o di un principio generale secondo il quale il processo sarebbe insensibile ai mutamenti di fatto e di diritto verificatisi nel corso del medesimo, o di una regola immanente da cui deriverebbe la retroattività degli effetti della sentenza al momento dell'atto introduttivo. Così VERDE *Profili del processo civile*, II, Napoli, 2000, p. 184; sulla retroattività cfr. quanto detto nel primo capitolo.

<sup>218</sup> FABIANI, in *Foro it.* 2004, p. 3040.

sentenza e tali effetti non vengono retrodatati<sup>219</sup>; il fallimento del promittente non sorprende certo il promissario acquirente già “proprietario” in forza della mera trascrizione della citazione.

In compenso questa osservazione è decisiva fintanto che sia accolta la c.d. tesi dell’assorbimento; in altre parole, finché l’unica concepibile preclusione alla facoltà di scioglimento *ex art. 72 l.fall.* sia soltanto il trasferimento di proprietà. Una ricostruzione di cui abbiamo indicato aspetti che ben potrebbero essere considerati limiti, sia alla luce del diritto comune che nella disciplina concorsuale (§ 1.2.3); senza contare che non ce ne sia davvero bisogno per rilevare la «mancata esecuzione» del contratto preliminare oggetto dell’azione di esecuzione in forma specifica (nella quale l’inadempimento negoziale è una delle condizioni di accoglimento della pretesa). Poiché è comunque un importante elemento del dibattito, a breve ne esporremo altre conseguenze applicative (§ 2.3.2 nn. 4-5).

Riconoscere al convenuto un potere più o meno ampio, in virtù del fallimento sopravvenuto, di nullificare svariati anni di attività processuali, equivale a porre in capo all’attore un rischio direttamente proporzionale di pregiudizi derivanti dalla durata del processo. Questi a loro volta coincidono (esattamente) con quanto emerge dal combinato tra gli articoli 45, 2932 c.c., e 72 l. fall.: il loro numero e la loro gravità dipende da una questione oggi irrisolta, la stessa che ha portato alla nostra attenzione il concetto fallimentare di «rapporto pendente» sotto un profilo che mette in gioco lo stesso ruolo del processo civile. Il nostro obiettivo fin dall’inizio è stato quello di scoprire in quale misura il principio chiovendiano sia attuato nel diritto positivo, tenendo presente che la componente non sacrificabile della direttiva sia la stessa *giuridicità* dell’ordinamento e che per salvaguardarla l’interprete sia investito del compito di valorizzare nella legge ogni possibile stratagemma idoneo a sterilizzare i pregiudizi da durata del processo; da ciascuna delle risposte che vedremo adesso dipende quanta parte del diritto sostanziale si perda nelle previsioni del legislatore processuale.

### 2.3.2. Alcune risposte.

1. *Premessa: la posizione del curatore.* «La retroattività degli effetti della sentenza che venga trascritta *ex art. 2643, n. 14, codice civile* al momento della trascrizione della domanda vale (come si desume dall’art. 2652 n. 2) solo ai fini di regolare il conflitto tra più trascrizioni o iscrizioni eseguite contro il convenuto... ma non anche per far venir meno il potere del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare»<sup>220</sup>. L’argomento si fonda su quanto detto *retro* (lett. C), che si può

<sup>219</sup> V. *retro*, secondo capitolo, § 4.

<sup>220</sup> D’AMICO, *La vendita dell’immobile da costruire*, testo della relazione svolta a Verona il 20 maggio 2006 nell’ambito del convegno su *Contratto e crisi di impresa*.

riassumere così: se la disciplina delle trascrizioni è indirizzata alla vicenda circolatoria del diritto, allora non opera tra le parti del rapporto. Ecco perché gli effetti del meccanismo pubblicitario, chiaramente delineato dagli artt. 2915 secondo comma e 2652-2653 per le esecuzioni singolari, parimenti valido nel sistema dell'art. 45 l.fall., non avrebbe niente a che vedere con i poteri inerenti la posizione del curatore-*parte* del rapporto ai sensi dell'art. 72.

Ma siamo così sicuri che la decisione *ex art. 72* sia presa dal curatore mentre riveste un ruolo diverso da quello di «terzo legittimato a prevalersi del mancato tempestivo compimento delle formalità» (area coperta dall'art. 45)<sup>221</sup>, e cioè fuori dai momenti di «apprensione ed appurazione» dei beni? Invero, la critica più forte alla pronuncia del 2004 regge «nei limiti in cui l'ambigua posizione del curatore fallimentare, che per lo più si pone come terzo rispetto ai rapporti instaurati dal fallito, possa considerarsi assimilabile a quella del fallito parte del contratto»<sup>222</sup>; «parte» del rapporto in cui non ha ancora scelto se subentrare o no, si sottolinea.

«Con la dichiarazione di fallimento, i beni che si trovano nel patrimonio del fallito non vengono acquistati da nessuno, né in buona né in mala fede: essi sono e restano di proprietà del fallito e semplicemente vengono destinati all'esecuzione per il soddisfacimento dei soli creditori anteriori»; poiché il fallimento è una «organizzazione processuale della liquidazione esecutiva del patrimonio, come tale deve disporre in luogo del fallito dei rapporti giuridici che trova nel patrimonio stesso»<sup>223</sup>. Come abbiamo visto, è stato l'allontanamento dell'impostazione dall'ente-fallimento bonelliano che ha fatto nascere la problematica accennata – la necessità di definire caso per caso l'atteggiamento dell'organo fallimentare in base alla specifica attività processuale svolta, posizione che può essere quella ora di “terzo” ora di “parte” rispetto al rapporto stipulato dal fallito. In generale si può dire che, quando il curatore opera come terzo, esercita «poteri-doveri inerenti all'ufficio pubblico ovvero attiva ragioni di tutela in favore della massa dei creditori»; negli altri casi «esercita un diritto trovato nel fallimento ed in cui è subentrato, [o] agisce chiedendo l'adempimento o invocando la risoluzione»; ma è proprio con riferimento agli artt. 72 ss. che vari autori riscontrano particolari difficoltà, poiché ivi il fallimento rileva come «evento ostativo alla regolare attuazione del contratto» introducendo «un momentaneo distanziamento dalla qualità successoria di parte-curatore, il quale sarà spesso configurabile come terzo rispetto agli impegni negoziali assunti dal fallito»<sup>224</sup>.

<sup>221</sup> Sul tema v. diffusamente *retro*, capitolo primo, §§ 4 e seguenti.

<sup>222</sup> DI MARZIO, *Tutela del promissario acquirente* cit., p. 813, nt. 40, cui si deve anche il richiamo al testo del D'Amico appena citato.

<sup>223</sup> Le due citazioni sono rispettivamente di VASSALLI, op. cit., p. 135, e PROVINCIALI, *Manuale* cit., p. 1054.

<sup>224</sup> Le citazioni sono prese da FERRO, op. cit., p. 14 ss., cui si rinvia per richiami alla dottrina.

Insomma, opporre al curatore la domanda giudiziale trascritta potrebbe avere un significato più penetrante di quello in cui è stato circoscritto: ritenere «terzo» il curatore anche nella disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti potrebbe essere il contenuto implicito della sentenza del 2004, ed è difficile trovare argomenti (fondati sulle disposizioni espresse) per sostenere il contrario.

Ma proprio per questo, a mio avviso, c'è un po' di misticismo nella risposta: i supremi giudici hanno ragione (o torto) in base ad un aspetto che non è possibile dimostrare. È strano dire che il curatore sia «parte» di un rapporto in cui deve ancora decidere se subentrare o no; ma nulla esclude che la scelta *ex art. 72* sia uno dei tanti atti di amministrazione dei beni in luogo del fallito<sup>225</sup>. Come pura scelta di metodo è meglio proseguire nella ricerca di una soluzione più tangibile; basti qui notare che c'è – almeno – un limite intrinseco alle costruzioni che sminuiscono il dato del meccanismo pubblicitario.

2. *La sistemazione del Guglielmucci*. Uno dei presupposti di applicabilità dell'art. 72 è stato riassunto nel concetto di intangibilità delle pretese reali (§ 1.2.2). «La facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto è limitata al caso in cui la proprietà non sia passata al compratore prima della dichiarazione di fallimento perché l'amministrazione fallimentare può acquisire i beni del fallito, non beni di terzi, ed è quindi tenuta a rispettare i diritti reali acquistati in base a contratti stipulati prima della dichiarazione di fallimento»<sup>226</sup>: così scriveva il Guglielmucci nella vigenza del vecchio art. 72 comma quarto, tesi che ha trovato ampia risonanza ed è stata elevata a regola generale dal decreto correttivo del 2007 (in forza del quale nessun contratto ad effetti reali può essere sciolto se il trasferimento del diritto è già avvenuto alla data del – ed in modo opponibile al – fallimento).

Visto da un differente lato visuale, il concetto si traduce così: il regime dei contratti pendenti è fondato «sulla soggezione a regolazione concorsuale del diritto del contraente *in bonis*, che non consente a quest'ultimo di reclamarne il soddisfacimento integrale»; requisito che è stato affiancato a quello della «esclusione, per effetto del sinallagma, di un diritto del curatore di pretendere la prestazione dovuta dal contraente *in bonis* se non assicurati nel contempo

---

<sup>225</sup> Ancora, si potrebbe dire che l'art. 2645-*bis* sia opponibile ai terzi e (proprio per questo) il curatore abbia il potere di scioglierlo; ma l'argomento è inconfidente (non solo per gli aspetti già detti sopra ma anche) perché davanti ad una fattispecie traslativa incompiuta residua in ogni caso il potere dell'amministratore di optare per il suo completamento o meno; il che non si può dire per la soggezione in cui versa il convenuto nel processo *ex art. 2932*. Sul punto torneremo a breve.

<sup>226</sup> GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento* cit., p. 152 ss. La letteratura in materia è stata citata nel § 1.2.

l'esecuzione integrale e non in moneta fallimentare della controprestazione»<sup>227</sup>.

Entrambe queste affermazioni sono diffuse nella letteratura che nota la continuità degli artt. 72 ss. rispetto ai rimedi garantiti dal diritto comune dei contratti a tutela del sinallagma negoziale, e servono (se non altro) per descrivere la posizione di questo particolare contraente non fallito rispetto a quella di tutti i creditori concorrenti nel fallimento. È evidente che questo tipo di premessa abbia perso di utilità per individuare la disciplina generale applicabile ai rapporti «pendenti», in quanto oggi positivamente espressa, tuttavia rimane ancora un riferimento convincente per capire i caratteri della medesima fattispecie. In sintesi, il contratto non è posto nella quiescenza (che può essere interrotta solo con la scelta del curatore) se il contraente *in bonis* ha diritto alla soddisfazione della sua pretesa fuori concorso; in quest'ultimo caso non c'è uno stallo contrattuale da risolvere in un senso o nell'altro, bensì soltanto una questione di determinazione del patrimonio del fallito (artt. 42 ss).

Qualche volta ho ammesso di ritenere più rigorosa la tesi che pone l'art. 2932 sotto la scure del divieto di azioni esecutive *ex art. 51 l.fall.*: questo perché, linearmente in base alla disciplina degli effetti del fallimento per i creditori, o il rimedio in corso di attuazione viene bloccato dalla semplice dichiarazione di fallimento (ed il diritto di credito fatto valere è falcidiato), o la pretesa viene soddisfatta fuori dal concorso oggettivo e soggettivo. Questa tesi non è mai stata accolta dalla giurisprudenza ed in dottrina è quasi scomparsa: il che è comprensibile, visto che (tra l'altro) solleva una serie di problemi dogmatici ed assimila l'art. 2652 n. 2 a «irragionevole causa di prelazione» nell'esecuzione singolare<sup>228</sup>. Nelle sentenze dal 1982 fino al 2004 è solitamente prevalsa una soluzione più peculiare: il curatore ha una facoltà-controdiritto (se tempestivamente attivato) funzionale ad evitare la soddisfazione fuori concorso della pretesa; così la tempestiva dichiarazione del curatore è tutto quel che rileva per risolvere un problema di determinazione della massa. La distanza tra esecuzioni singolare e concorsuale è stata così rinvenuta nella gestione liquidatoria del curatore; questo ha permesso (quasi) di parificare il promissario rispetto a tutti gli altri creditori, e da tale punto di vista ha fatto giocare alla stessa intangibilità delle pretese reali il ruolo di «illogico trattamento di favore»<sup>229</sup>.

Ecco dunque che le Sezioni Unite, con sentenza n. 12505/2004, «hanno ripristinato il parallelismo tra esecuzione individuale e concorsuale... Una pretesa reale del contraente *in bonis* si deve quindi considerare acquisita anche in caso di trascrizione, anteriormente al fallimento, della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare, sempreché

<sup>227</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 117 ss.

<sup>228</sup> Cfr. con la dottrina richiamata nel secondo capitolo, §§ 3.3.1-3.

<sup>229</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Fallimento* cit., p. 568 ss.

ovviamente... risulti fondata»<sup>230</sup>. Il passaggio è fondamentale: non più una pretesa ibrida, suscettibile in astratto di essere attuata fuori concorso (ma in pratica no), bensì una «pretesa reale» che (pertanto) non ha niente a che vedere con gli artt. 72 ss. l.fall. Il regime dei rapporti pendenti non può ragionevolmente attivarsi se il diritto può trovare soddisfazione per altre vie, cioè autonomamente rispetto alle determinazioni dell'amministrazione fallimentare; e questo si pone in perfetta armonia con le costruzioni di teoria generale che abbiamo utilizzato per escludere che l'art. 2932 rientrasse nell'ordinaria tutela del diritto di credito. Oltre, appunto, a rispettare la continuità con i beni garantiti dall'esecuzione singolare.

Questa soluzione individua in modo convincente i presupposti di applicabilità degli artt. 72 ss. (laddove alle Sezioni Unite non risultava «affatto chiara» l'asimmetria del vecchio 72 quarto comma); attua nel fallimento, in linea con una tradizione che si spinge fino al codice di commercio, i principi di diritto comune a tutela del sinallagma; riscopre il parallelismo tra esecuzioni; e non ha bisogno di scontrarsi con la c.d. tesi dell'assorbimento. L'illustre Autore ha conferito una sistemazione alla sentenza del 2004 cui molti altri hanno rinunciato.

Tutto ciò che viene urtato da questa spiegazione sono i limiti metodologici che ci siamo imposti. Il parallelismo tra esecuzioni (principio) è riaffermato nonostante l'art. 72, e la tesi si fonda non tanto sull'intangibilità delle pretese reali in senso proprio (72, comma 1, ultima parte) quanto su una sua versione più estesa alla luce dei principi del diritto comune dei contratti, intesi anche a fondamento della disciplina fallimentare dei rapporti pendenti. Le rifrazioni dei molti principi si proiettano così su un unico dato positivo – l'articolo 2652 n. 2 del codice civile.

In altre parole, poiché si basa sui soli effetti del meccanismo pubblicitario, questa tesi presuppone necessariamente che il curatore sia “terzo” e non “parte” ai sensi della disciplina *ex artt. 72 ss.*; cioè ritiene che lo scioglimento sia ostacolato soltanto perché vige il meccanismo dell'art. 45 l.fall., in parallelo con l'art. 2915 secondo comma per l'esecuzione singolare. Questa seconda più articolata risposta, in conclusione, vale soltanto finché sia esatta quella esposta al paragrafo precedente.

3. *La tesi di Colesanti.* In base all'art. 45, l'antiorità della trascrizione dell'atto di citazione assicura la prevalenza dell'attore che ha ragione quante volte non vi siano disposizioni proprie della materia fallimentare ad apportare deroghe a questa regola generale; l'eccezione, in accoglimento dell'orientamento delineato da Andrioli, è stata rinvenuta nell'art. 72 l.fall. e nei poteri che detta norma attribuisce al curatore<sup>231</sup>. Una tesi autorevolmente sostenuta ha tuttavia rinvenuto

<sup>230</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* cit., p. 120.

<sup>231</sup> Si rinvia al primo capitolo, anche per riferimenti. Per un'efficace descrizione dello stato

nell'art. 2932 un controlimite al diritto potestativo del curatore: l'avvenuto deposito del prezzo o dell'offerta reale sarebbero in concreto idonei ad impedire di considerare «pendente» il rapporto oggetto del processo.

L'introduzione dell'art. 2932 nel codice civile ha risolto le dispute sulla fungibilità del consenso contrapposta alla libertà del volere; tuttavia il secondo comma si affretta a porre un'importante limitazione, vale a dire che – se si tratta di un impegno preliminare a stipulare un definitivo a effetti reali – «la domanda non può essere accolta se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile». Come abbiamo visto nel secondo capitolo, questa disposizione rafforza il vincolo di dipendenza tra le prestazioni corrispettive trasformando il fatto impeditivo, solitamente oggetto della c.d. *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, in elemento costitutivo della pretesa: di conseguenza l'Autore sottolinea che, se col fallimento il contratto ineseguito entra in una fase di arresto nell'attesa che il curatore decida se subentrarvi o scioglierlo, al contrario la tempestiva prenotazione dell'azione ex art. 2932 unita all'adempimento dell'*onere* di eseguire la prestazione dovuta permette all'attore di ottenere il soddisfacimento della sua pretesa.

Il Colesanti prende dunque le mosse dalla funzionalità del sinallagma e ne mette in luce quella particolare espressione normativa contenuta nell'articolo sulla esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre. Se il promissario acquirente ha prenotato la domanda di giustizia e (sempre tempestivamente) adempiuto a tutti gli oneri necessari per l'accoglimento della domanda, allora lo stesso potere di scioglimento del curatore è fuori luogo. Il presupposto essenziale per l'applicabilità dell'art. 72 è la presenza di un contratto ancora in fase di esecuzione da parte di entrambi i contraenti; ebbene, non è «pendente» il rapporto in cui una delle parti abbia adempiuto a «tutto quanto la legge richieda ai fini della sua liberazione»<sup>232</sup>.

---

della *querelle* negli anni Ottanta cfr. BONSIGNORI, *Fallimento* cit., p. 304 ss. La discussione è stata recentemente inquadrata in uno schema di pensiero analogo (a quello che seguiremo nel presente capoverso) da GABOARDI, *Fallimento e contratto preliminare di compravendita*, in *Fall.* 2012, p. 999, senza peraltro novità particolari se non quelle che abbiamo circoscritto nel secondo capitolo, al § 4.

<sup>232</sup> Va innanzitutto precisato che questa sia stata una delle voci dottrinarie tanto attente da cogliere, pur nella rigida distinzione delineata nella lettera del previgente art. 72 quarto comma, l'esistenza di una fattispecie generale di rapporto pendente: «l'area coperta dalla norma è quella del rapporto “ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti”, talché è ad essa estranea la vicenda in cui uno dei contraenti abbia invece eseguito proprio tutto quello che è a suo carico... Il già attuato effetto traslativo si presenta come il limite all'esercizio del potere di scioglimento; ma ciò allorché esso possa dirsi sussistente, mentre se si fuoriesce dall'ambito dell'art. 72 non è più questione di limiti, ma semplicemente quel potere *non c'è*». Il che, si aggiunge, risulta ancora più chiaro nella formulazione dell'articolo che apre oggi la sezione IV (cfr. *retro*, § 1.2).

La tesi è attentamente costruita sul dato positivo. Innanzitutto il richiamo alla disciplina *ex artt.* 2652 n. 2 c.c. e 45 l.fall. è circoscritto all'esigenza di rispettare gli effetti assicurati dal compimento della pubblicità prima dell'apertura del concorso; come sappiamo, il loro unico punto di contatto con l'art. 72 riguarda il caso della trascrizione intempestiva, ipotesi in cui il curatore potrebbe limitarsi ad invocare l'inefficacia della formalità nei confronti della massa senza doversi sciogliere *ex art.* 72 dal contratto "pendente" (ma inopponibile). La concreta preclusione al diritto potestativo del curatore è ricavata invece dall'adempimento dell'onere disposto dall'art. 2932 secondo comma; a riprova «basta riflettere sugli effetti attribuiti dalla legge all'offerta, valutata come l'atto iniziale di un procedimento preordinato alla "liberazione coattiva del debitore", ed in particolare proprio all'effetto liberatorio conseguente all'effettuato deposito, una volta che esso sia convalidato, per concludere che in simili casi si è fuori dall'ambito dei rapporti "pendenti"»<sup>233</sup>. Il riferimento, in altre parole, è agli effetti sostanziali degli atti *ex artt.* 1210 e 1214 c.c.; laddove invece l'offerta non formale «pur essendo idonea a consentire l'emanazione della sentenza *ex art.* 2932, non può giovare nel caso di fallimento del promittente, perché gli effetti di una tale offerta sono limitati dall'art. 1220 alla sola esclusione della mora, senza che ad essa possa riallacciarsi il procedimento di liberazione coattiva»<sup>234</sup>.

Abbiamo già criticato a più riprese (ad esempio nel § 1.3.1) la lettura diametralmente opposta, un tempo molto diffusa, esemplificabile parafrasando un passo dell'esaminata sentenza di legittimità del 1958: il promissario acquirente che abbia già pagato il prezzo non può essere trattato meglio del compratore che ha già adempiuto al suo obbligo, perché se non esiste un diritto al soddisfacimento integrale a fronte di un contratto definitivo ad effetti obbligatori, *a maggior ragione* non esiste di fronte al preliminare. È chiaro che simile argomentazione dica davvero poco nel diritto vigente: il promissario vanta una pretesa che, se tempestivamente prenotata, è (almeno in astratto) suscettibile di soddisfacimento integrale; la stessa cosa non può dirsi per chi è parte di un contratto definitivo ad effetti obbligatori, in cui ha ancora rilievo la volontà delle parti anche in ordine a quel che sarà oggetto del trasferimento (obbligazione in capo al venditore che non potrà certo essere eseguita a spese del fallimento). Casomai questo storico argomento *a fortiori* (che in realtà poggia sulla equiparazione di termini eterogenei) aveva forse una sua utilità per affermare l'applicabilità dell'art. 72 al

<sup>233</sup> COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali* (1972) cit, p. 265 ss.; ID, *Fallimento e sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 494 ss.; ID, *Fallimento del compratore e simulazione del prezzo: e gli artt. 2915 comma 2° c.c. e 45 l.fall.?* in *Riv. dir. civ.* 1978, 345 ss.; ID, *Fallimento del promittente* (2005) cit.; ID, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 93 ss.;

<sup>234</sup> COLESANTI, *Fallimento e trascrizione* cit, p. 266, nt. 145. Ivi l'Autore approfondisce anche il parallelo con l'azione di risoluzione, oltre a richiamare il regime della domanda *ex art.* 2932 in caso di fallimento del mandatario (in accordo al vecchio articolo 79 l.fall).

preliminare, ma di questo passaggio da tempo non c'è più davvero bisogno.

Dunque «il punto di partenza del ragionamento deve essere capovolto, perché non si può muovere dal diniego di un diritto al soddisfacimento integrale di fronte a un contratto definitivo ad effetti obbligatori per arrivare a una conclusione *a fortiori* riguardo ad una fattispecie come quella in esame, già disciplinata dagli artt. 2652 n. 2 e 2932», spiegava Bonsignori, accogliendo prontamente la tesi in analisi: «il pagamento anticipato del prezzo o l'offerta reale non costituiscono i soli elementi caratterizzanti dell'ipotesi all'esame, bensì rappresentano singoli fatti componenti una fattispecie complessa, i quali unitamente alla tempestività della trascrizione della domanda del promissario paralizzano nel merito l'efficacia dell'eccezione in senso sostanziale del curatore, che dichiarava voler sciogliersi dal contratto preliminare»<sup>235</sup>.

Mettiamo un punto fermo: è *ius receptum* che l'esercizio da parte del curatore della facoltà di scioglimento non sia impedita dalla «circostanza che sia già avvenuto il pagamento del prezzo e l'immissione del promissario acquirente nel possesso del bene, trattandosi di effetti soltanto prodromici ed anticipatori dell'assetto di interessi ma non già realizzatori di un effetto traslativo»<sup>236</sup>. In coerenza con la dominante configurazione del negozio preliminare, illustrata *retro* nel secondo capitolo, sembra davvero inoppugnabile il rilievo che pagare o anticipare il prezzo voglia dire qualcosa di diverso se tra le parti c'è un contratto preliminare oppure definitivo. Ma la tesi in analisi non mette in discussione propriamente questo aspetto.

Le critiche alla soluzione di Colesanti si sono dunque spinte oltre, arrivando a richiedere il necessario incontro di volontà per il completamento della fattispecie traslativa complessa; ma, di nuovo, questo dato risulta difforme dall'interpretazione consolidata dell'art. 2932<sup>237</sup>. Abbiamo infatti prestato attenzione, nel secondo capitolo, alla distinzione tra azione di adempimento ed azione di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre; è piuttosto arduo confondere la seconda per la prima, cioè negare che il giudizio *ex art. 2932* sia direttamente preordinato alla produzione *ope iudicis* dell'effetto traslativo

---

<sup>235</sup> BONSIGNORI, loc. ult. cit. Su linee diverse ma convergenti v. ad esempio AULETTA, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1973, p. 718; VIGO, op. cit., p. 185 ss. e 214 ss.; soltanto fino all'introduzione della trascrizione del contratto preliminare anche LUMINOSO, *Sulle interferenze* (1988) cit., p. 80. Recentemente GABOARDI, loc. ult. cit.

<sup>236</sup> Così, tra le tante, Cass. n. 7070/2004 cit.

<sup>237</sup> Se rilevasse soltanto l'espressione della volontà di concludere il definitivo, avrebbe senso ribattere con le (già citate) parole del VIGO: «il promittente acquirente potrebbe fare la sua dichiarazione negoziale prima di convenire in giudizio la controparte, giacché per il rispetto della forma scritta non è necessaria l'unicità del documento... né la contestualità diviene necessaria se si vuol rendere la dichiarazione per atto pubblico, come dimostra l'art. 782 comma 2 c.c.». Abbiamo già escluso che il problema possa porsi nei termini della tutela esecutiva di un diritto di credito residuo in capo all'attore dopo l'adempimento *ex uno latere* il preliminare: si rinvia al secondo capitolo, § 3.3.3.

(analogo a quello cui le parti si erano reciprocamente impegnate) senza passare per una condanna alla prestazione di consenso da parte del convenuto. E nessuno è ancora riuscito a dimostrare che il giudice “voglia” in luogo dell’obbligato, come se i generosi tempi del processo ricalcassero lunghe trattative tra l’attore e l’organo statale.

Questa tesi, rigorosamente fondata sul dato positivo, basa il suo funzionamento sugli effetti liberatori di atti sostanziali (*rectius* a rilevanza non esclusivamente processuale) che non possono non incidere sul rapporto (supposto «pendente») che intercorre tra le parti al momento del fallimento del promittente venditore; in altre parole (non solo nella pratica ma) già nella realtà giuridica il promissario in questi casi ha esaurito il suo ruolo nella fattispecie traslativa all’art. 2932. Eppure questa tesi è rimasta minoritaria.

A mio avviso questo è dipeso essenzialmente dal successivo sviluppo del diritto vivente: questa tesi era piuttosto sfuggente su un dato che, nella prassi applicativa del preliminare immobiliare, ha via via assunto importanza preponderante; il che non poteva essere anticipato nel testo del 1972, in cui l’illustre Autore sembrava ancora scettico sulla stessa correttezza del meccanismo della sentenza costitutiva c.d. condizionata<sup>238</sup>.

Nell’elaborazione più antica del Colesanti (a differenza che, ad esempio, nella recente rilettura del Gaboardi) viene infatti protetto l’attore che abbia fatto tutto quanto doveva fare *anche* qualora il deposito del prezzo manchi perché «non ancora esigibile». La tesi quindi impone all’attore di pagare il prima possibile, nonostante siano diverse le tempistiche delineate dal diritto vivente sull’art. 2932; ma in altri casi considera comunque “adempito” il negozio nonostante il pagamento non sia stato fatto (perché non compatibile con l’operazione economica programmata dalle parti). Insomma, nella maggior parte delle concrete controversie (quelle che sono definite con sentenza condizionata) si argomenta la mancata «pendenza» del rapporto pur ancora in corso di esecuzione da parte del promissario acquirente; mentre come regola generale, qualora il pagamento sia in effetti esigibile, viene indicata una soluzione divergente dai caratteri del rimedio come si evincono dalla successiva giurisprudenza sull’art. 2932, dal canto suo estremamente attenta a seguire le cadenze processuali delle c.d. condizioni dell’azione (vale a dire che, se l’attore deve pagare prima della decisione, almeno può aspettare fino al deposito delle memorie conclusive).

È mio convincimento che questa impostazione otterrà nuovo risalto, nella letteratura come nel *Richterrecht*, una volta riscoperti i suoi pregi alla luce delle norme oggi vigenti: viene data infatti una lettura rigorosa dell’attuazione giudiziale – e non pseudonegoziale – del diritto sottesa all’art. 2932; si realizza un intento già espresso dal citato arresto del 1982, cioè quello di trasfondere «la

<sup>238</sup> Cfr. COLESANTI, *Fallimento e trascrizione* cit., p. 255 ss. nt. 130; e p. 261 ss.

normativa statica... nella dinamica del processo in corso», all'interno del quale l'attore che ha proposto e trascritto la domanda «gode di un'aspettativa precisa senza che possa aver rilievo la circostanza che il fallito non sia più in condizione di addivenire alla stipula del definitivo»<sup>239</sup>; si dà infine peso al fatto che se sono «votate all'insuccesso le iniziative giudiziali del promissario (che abbia tempestivamente trascritto la domanda) sol perché nel corso del giudizio è sopravvenuto il fallimento della controparte, significa non altro che proclamare l'insufficienza del processo ad accordare tutela a chi la richiede... il mero fatto della *durata del processo* costituisce un ostacolo alla realizzazione della piena tutela»<sup>240</sup>. Un'elaborazione che nei passaggi anteriori aveva già dato un contributo inestimabile per il superamento della «superstizione» dell'intangibilità in senso assoluto della massa attiva (l'estensione al fallimento degli artt. 2652-3 c.c. era infatti ancora discussa); e che arrivava a tutti questi risultati pur muovendosi sul terreno sconnesso dei vecchi artt. 72 ss., la cui disposizione dedicata al fallimento del venditore poteva ancora essere letta come autonoma dal concetto di «vendita ineseguita» accolto per il fallimento del compratore. Senza dimenticare che la stessa tutela del sinallagma era allora soltanto un'illusione ai margini del frammentario dato normativo, dal canto suo silente sull'esistenza di una fattispecie generale di «rapporto pendente».

Tutte queste considerazioni non potranno essere obliterate nell'imminente pronuncia a sezioni unite, chiamata a fare chiarezza su una materia da sempre origine di un copioso contenzioso: occorre un approccio al sistema richiamato dall'art. 45 l.fall. che non faccia debordare la sua disciplina in altre sezioni della legge fallimentare, dando al contempo attenzione all'evoluzione in giurisprudenza del rimedio *ex art.* 2932. Aspetti che in linea di principio sembrano essere stati colti dalle più recenti sentenze sul punto, la cui critica più dura proveniente dalla dottrina tradizionale è stata di aver «nutrito [l']elenco delle vittime sacrificali offerte, in questi anni, dalla giurisprudenza di legittimità sull'altare del principio, costituzionalmente presidiato, di ragionevole durata del processo»<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Così Cass. 13 maggio 1982 n. 3001 cit. Peccato che – critica Colesanti – nel proseguire la sentenza sia ricaduta nella visione statica dapprima censurata. Se il promissario ha prestato ossequio a quanto stabilito a suo carico dall'art. 2932 e dal combinato disposto dagli artt. 2652 n. 2 c.c. e 45 l. fall., assicurandosi il «diritto alla sentenza» e la sua opponibilità ai terzi ed esercitando il suo diritto potestativo ad ottenere l'equivalente giudiziale del definitivo, cosa altro avrebbe ancora da eseguire? «Pendente è il processo, e quel che resta da poter pretendere sarebbe la immediatezza della risposta all'esperita richiesta di tutela» (COLESANTI, *Durata del processo* cit., p. 99).

<sup>240</sup> COLESANTI, *Fallimento e trascrizione* cit., p. 270.

<sup>241</sup> MONTANARI, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*, in *Fall.* 2010, 11, 1249 ss.

4. *L'ultimo paradigma dell'assorbimento*. La tesi dell'assorbimento ci ha accompagnato per tutto questo capitolo e prevedibilmente reclamerà attenzione anche davanti ai giudici supremi. Dopotutto molte sentenze non hanno rinvenuto alcun impedimento per l'esercizio della facoltà *ex art. 72* salvo il trasferimento della proprietà del bene promesso: il che, nello schema del preliminare immobiliare, accade generalmente solo con la stipula del definitivo od il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva. È arrivato il momento di studiare fin dove possa portare l'assimilazione, senza distinzioni, del mutamento giuridico disposto dal giudice alla esecuzione bilaterale del negozio: per farlo partiamo da un dato ormai noto, il fatto che l'effetto traslativo della sentenza ai sensi dell'art. 2932 sia necessariamente subordinato alla condizione del pagamento del prezzo ove le parti abbiano pattuito che tale versamento debba avvenire all'atto della stipulazione del negozio definitivo.

Premesso che la pronuncia il cui disposto effetto reale sia subordinato ad un ulteriore adempimento dell'attore vittorioso<sup>242</sup> forse non si possa configurare come vera e propria sentenza «condizionata»<sup>243</sup>, è chiaro il concreto funzionamento del meccanismo che insieme attua la condizione *ex art. 2932* secondo comma e salvaguarda il vincolo di dipendenza tra prestazioni corrispettive. Ebbene, in armonia con quanto sostenuto dai fautori della tesi dell'assorbimento, *quid iuris* nell'ipotesi in cui la sentenza sia passata in giudicato ma sopravvenga il fallimento del venditore (e con esso l'esercizio del potere *ex art. 72*) prima che sia pagato il residuo prezzo?

«La circostanza ostativa all'esercizio della facoltà di scioglimento del preliminare di compravendita consiste nell'unico fatto che il bene promesso in vendita sia già passato in proprietà del compratore [non fallito]... Si può convenire che il mancato avveramento della condizione cui è subordinato l'effetto traslativo della sentenza permette al curatore di poter ancora optare per lo

<sup>242</sup> Abbiamo trattato della sentenza c.d. condizionata nel secondo capitolo, § 3.

<sup>243</sup> Secondo autori come il FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionata da eventi successivi alla pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1393 ss., questa tecnica di differimento degli effetti non si qualifica in termini di condizione in senso proprio, bensì l'adempimento si limita a completare una fattispecie già accertata nella sentenza: dopotutto è difficile ridurre un elemento essenziale ad un evento condizionante del contratto, senza contare che le condizioni meramente potestative sono rese inefficaci dall'art. 1355 c.c. Per l'Autore la particolarità delle sentenze pronunciate *ex art. 2932* (*rectius*: dell'operare dei loro effetti condizionati) sta solo nell'oggetto proprio dell'accertamento della fattispecie sostanziale: il pagamento del prezzo completa la fattispecie sono posteriormente e per comando del giudice, e questa è anche la chiave per risolvere problemi quali le conseguenze della mancata esecuzione di questo.

Invece il SAGNA, in *Giust. civ.* 2003, I, p. 2570, argomenta che «non si tratterebbe di condizione meramente potestativa, posto che il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico è, anzi, l'essenza medesima del contratto con prestazioni corrispettive»; e che «nessuna incompatibilità di principio può ritenersi sussistente fra condizione ed esecuzione di una prestazione essenziale, quale è il pagamento del prezzo rispetto al contratto di compravendita, talché è bene ammissibile la deducibilità di quest'ultima come evento condizionante».

scioglimento del contratto preliminare, seppure attraverso il ricorso ad un'autonoma azione giudiziaria»<sup>244</sup>. Dopotutto, non è in discussione il rilievo che «una siffatta sentenza costitutiva degli effetti del contratto definitivo non divent[ ] definitiva in termini di trasferimento del diritto dominicale sino a quando non si avvera la condizione cui è subordinato l'effetto traslativo»<sup>245</sup>; e conosciamo il postulato secondo cui l'unico dato rilevante ai sensi dell'art. 72, nei contratti ad effetti reali, sia il trasferimento del diritto, a prescindere dal concetto generale di rapporto pendente. Da qui il corollario che l'amministrazione fallimentare possa sciogliersi anche dalla situazione disposta con sentenza divenuta immutabile; del resto «è ben distinta l'efficacia del giudicato della sentenza dalla concreta esecuzione della stessa»<sup>246</sup>.

Ora secondo la tesi dominante, se il promissario ha ottenuto la sentenza di accoglimento in primo grado, il curatore ha l'onere di impugnarla per impedirne il passaggio in giudicato ed il realizzarsi della condizione ostativa all'esercizio del suo potere. Ma l'immutabilità della pronuncia di per sé non è certo il dato rilevante: se l'irrevocabilità della sentenza di accoglimento spinge ancora in avanti il realizzarsi della situazione propriamente «reale», allora il «rimedio volto comunque a paralizzare la pretesa del contraente *in bonis*» continua a non incontrare preclusioni di sorta. In altre parole ancora, il diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale *ex art. 72* permette che la semplice dichiarazione unilaterale recettizia faccia venir meno la fattispecie traslativa (ancora) in corso di esecuzione; casomai servirà un nuovo processo per accertare gli effetti dell'esercizio del potere, così da acquisire certezza nella prospettiva della circolazione del bene. La conclusione rimane stabile qualunque sia la ricostruzione della «condizione» della sentenza: in ogni caso anche quest'ultima, finché non produce l'effetto reale, è pronta a cadere nella «resiliazione» al cenno del curatore.

Eppure la soluzione sembra cozzare con tutta la giurisprudenza che, a partire dalla sentenza Cass. n. 1/1975 (§ 2.1.1), si è rifiutata proprio di riconoscere l'indisponibilità del patrimonio fallimentare fino a questo punto: in armonia col sistema richiamato dall'art. 45 qui la sentenza è arrivata ed è divenuta irrevocabile, vincolando tanto la massa di creditori quanto il curatore.

Vorrei fosse chiaro: mentre fra un arresto e l'altro è ancora oggi impossibile riscontrare accordo su un dato sistema nella giurisprudenza di legittimità, quelle sopra esposte sono le conclusioni rigorose di chi (in maggioranza) ridimensiona il riferimento dell'art. 72 al rapporto in corso di esecuzione da entrambe le parti<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> SAGNA, *op. cit.*, p. 2568. I suoi approfondimenti sulla questione sono puntualmente richiamati dagli autori il cui pensiero è stato esposto (e criticato) *retro*, § 1.2.3.

<sup>245</sup> Così Cass. 30 marzo 2000, n. 3867.

<sup>246</sup> SAGNA, *loc. ult. cit.*

<sup>247</sup> Per richiami a questo eterogeneo quadro dottrinale v. *retro*, § 1.2.3.

Si potrebbe persino dire che, quando una sentenza dispone la produzione in modo irrevocabile di effetti entro un dato termine, non conti più tanto l'utilizzo dell'art. 72 per rendere infondata la *domanda* di tutela, quanto la possibilità che detto potere impedisca alla *sentenza* di porre in essere gli stessi effetti del rapporto che ha (pur) delineato in modo irrevocabile. Tutto questo è pienamente valido finché si continua a ritenere il sopravvenuto fallimento e l'esercizio del diritto potestativo di scioglimento come idonei ad interrompere qualunque fattispecie traslativa incompiuta, ponendo nell'irrelevanza il processo pendente e quindi in generale l'intervento del giudice, considerato il rapporto *a priori* «non compiutamente eseguito da entrambe le parti».

Il pregio di questa ricostruzione – oltre alla simmetria – è che non le serve leggere nel meccanismo della trascrizione delle domande giudiziali qualcosa di ulteriore rispetto ai caratteri che abbiamo studiato, in altre parole la pubblicità rende il giudicato pienamente opponibile al curatore (quale effettivo destinatario della statuizione *ex art.* 111 c.p.c. ultimo comma); è poi il *proprium* di questa tesi che impone a questi autori, sul distinto piano degli artt. 72 ss., di rilevare sempre e soltanto un'operazione incompiuta. Riesce anche facile immaginare la scena: dopo svariati anni di litigi il promissario ha vinto e sta per ottenere il bene, salvo poi essere battuto sul tempo dalla raccomandata del curatore al momento di pagare l'ultima rata; «sono i dettami dell'assorbimento» - spiegherebbe serafico l'avvocato, per poi condividere il dettaglio più importante - «almeno abbiamo vinto le spese».

Esposto anche quest'ultimo paradigma, la tesi dell'assorbimento si espone a mio avviso come l'unica spiegazione (tra quelle esaminate) che si fonda soltanto su principi, l'erede più maturo di quella cristallizzazione in senso assoluto del patrimonio fallimentare così forte da disapplicare l'art. 2652 n. 2. In questo schema con l'inizio del processo *ex art.* 2932 l'attore non solo accetta il rischio di pregiudizi derivanti da sopravvenienze giuridicamente rilevanti per la sequenza preliminare-definitivo; ma accoglie anche la possibilità che l'eventuale fallimento del convenuto sterilizzi anni di processi, ieri in virtù delle linee direttive cui fondamentalmente s'ispira la procedura concorsuale, oggi perché viene invocato un potere di scioglimento indipendente dai suoi stessi presupposti d'esercizio. La costruzione arriva a rivendicare le sue estreme conseguenze: se tutto ciò che conta è il trasferimento del diritto reale, anche il giudicato si rivela impotente contro il vero e proprio detentore dell'*imperium* entro la massa fallimentare.

5. *Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 febbraio 2014*. La tendenza sopraesposta ha cominciato ad urtare il nostro stesso Paese: il pensiero va alla condanna da ultimo emessa dalla Corte di Strasburgo, che ha deciso sul ricorso<sup>248</sup> iniziato dal promissario acquirente soccombente nella citata sentenza di legittimità del 22 dicembre 2005 – che a sua volta aveva disatteso l'indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2004 – per la pretesa violazione (in particolare) del diritto protetto dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione<sup>249</sup>.

Il primo aspetto d'interesse della pronuncia del 2014 è nella modalità con cui sia stato tradotto, davanti ai giudici strasburghesi, uno degli argomenti più comuni nel diritto vivente italiano: dal preliminare nasce soltanto l'obbligo delle parti a firmare il definitivo, dunque l'eventuale inadempimento del promittente non ha niente a che fare con un «bene» del promissario acquirente. La risposta è stata decisamente pragmatica: a parte la necessità di una interpretazione «autonoma» della nozione dibattuta<sup>250</sup>, qui è indubbio che la ricorrente si fosse attivata per ottenere il trasferimento di proprietà in via giudiziaria e che sia «soltanto a causa di una serie di eventi che sfuggono interamente al controllo della ricorrente (ossia il fallimento dell'impresa X e le decisioni prese dal curatore fallimentare) che quest'ultima si è trovata nell'impossibilità di divenire la proprietaria del bene che aveva pagato e per il quale aveva firmato il contratto preliminare di vendita»<sup>251</sup>; insomma, esisteva un interesse sostanziale rilevante ai sensi della disposizione invocata.

Rilevata la perdita del diritto di ottenere il trasferimento di proprietà e le possibilità minime di recuperare le somme già versate (a pagamento integrale del prezzo), la Corte ha controllato il rispetto da parte dello Stato<sup>252</sup> degli obblighi

---

<sup>248</sup> Ricorso n. 25376/06, *Ceni vs. Italia*. La sentenza del febbraio 2014 può essere letta sul sito internet del Ministero della giustizia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (sub Strumenti » Sentenze Corte europea diritti dell'Uomo); v. anche il commento di DIDONE, *La facoltà del curatore di sciogliersi da un preliminare di vendita tra Sezioni semplici, Sezioni unite della S.C. e Corte europea dei diritti dell'uomo, ne Il Fallimentarista*.

<sup>249</sup> «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

<sup>250</sup> «La nozione di “beni” può riguardare sia «beni effettivamente esistenti» che valori patrimoniali, compresi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può aspirare ad avere almeno una “aspettativa legittima” di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà (...)» spiega la sentenza al § 39, richiamando la costante interpretazione della Convenzione nella giurisprudenza più recente. Per il concetto di interpretazione «autonoma» nella giurisprudenza delle corti europee v., anche per riferimenti, MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2011, II, 96 ss.

<sup>251</sup> Cfr. Corte EDU 4 febbraio 2014 cit., §§ 42-44.

<sup>252</sup> Va premesso che ivi l'ingerenza nel diritto della ricorrente (al rispetto dei suoi beni) non sia stata direttamente ascrivibile allo Stato: in estrema sintesi, alla luce delle medesime considerazioni

positivi<sup>253</sup> posti a suo carico dall'art. 1; dalla copiosa giurisprudenza richiamata risulta esaltata la necessità di misure a tutela del diritto di proprietà anche nel caso in cui vi sia una controversia tra persone fisiche o giuridiche, specialmente nel contesto delle procedure esecutive a carico di debitori privati<sup>254</sup>. «Lo Stato era tenuto ad instaurare un quadro legislativo adeguato, che prevedesse una protezione minima degli interessi degli acquirenti in buona fede», afferma la Corte sul caso concreto: la violazione della Convenzione si è sostanziata nella mancata predisposizione di «un procedimento giudiziario che offrisse le garanzie procedurali necessarie e permettesse quindi ai giudici nazionali di dirimere efficacemente ed equamente qualsiasi eventuale controversia tra privati cittadini»<sup>255</sup>.

Ed ecco che, tra le pieghe del giudizio di ammissibilità del ricorso (la definizione di «bene») e il giudizio sul merito degli obblighi positivi violati, i giudici richiamano quello che per loro è un dato (decisivo ma soprattutto) evidente: il potere discrezionale di scioglimento attribuito al curatore è spesso fonte di danni economici molto importanti, che diventano un «onere eccessivo ed esorbitante» quando gli acquirenti *in bonis* «rischiano di perdere non soltanto i loro beni, ma anche le somme da loro versate». Alla base dell'intera decisione è posta la rilevazione di un *abuso* nella procedura di liquidazione, quasi come nel precedente caso *Kotov*<sup>256</sup>, e l'infrazione italiana è consistita nel privare la ricorrente di qualsiasi «ricorso per poter far esaminare l'opportunità e la proporzionalità della scelta del curatore... potere discrezionale che non poteva

---

già espresse nella sentenza *Kotov c. Russia* ([GC] n. 54522/00, 3 aprile 2012) ai §§ 91-107, la «indipendenza operativa ed istituzionale» del curatore impediscono di ritenerlo un «agente dello Stato», e l'Italia non può essere considerata direttamente responsabile delle azioni dell'amministrazione fallimentare.

<sup>253</sup> «La Corte ha dichiarato più volte che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 contiene anche alcuni obblighi positivi. Così, nella sentenza *Öneriyıldız c. Turchia* ([GC], n. 48939/99, § 134, CEDU 2004-XII)... *Broniowski c. Polonia* ([GC], n. 31443/96, § 143, CEDU 2004-V)... Che la causa sia analizzata dal punto di vista di un obbligo positivo dello Stato o da quello di una ingerenza dei poteri pubblici che deve essere giustificata, i criteri da applicare non sono sostanzialmente diversi. Sia in un caso che nell'altro occorre tener conto del giusto equilibrio da mantenere tra gli interessi concorrenti dell'individuo e quelli dell'intera società... La natura e l'estensione degli obblighi positivi dello Stato variano secondo le circostanze. Ad esempio, nella causa *Öneriyıldız* sopra citata, la privazione di proprietà subita dal ricorrente aveva ad origine una evidente negligenza delle autorità in una situazione particolarmente pericolosa; al contrario, quando sono in causa relazioni commerciali ordinarie tra privati cittadini, questi obblighi positivi sono ben più limitati» (così *Kotov* cit., §§ 109-111).

<sup>254</sup> Oltre al caso *Kotov* cit., v. tra tante *Sovtransavto Holding c. Ucraina* (n. 48553/99, 2002) § 96; *Fuklev c. Ucraina* (n. 71186/01, 7 giugno 2005) §§ 89-91; *Kesyan c. Russia* (n. 36496/02, 19 ottobre 2006) §§ 79-80; *Kin-Stib e Majkić c. Serbia* (n. 12312/05, 20 aprile 2010); *Marčić e altri c. Serbia* (n. 17556/05 30 ottobre 2007).

<sup>255</sup> Le considerazioni immediatamente precedenti e successive sono tratte da Corte EDU 4 febbraio 2014 cit., §§ 68-75.

<sup>256</sup> In cui, tuttavia, venivano in rilievo piuttosto le *irregolarità* dell'operato del curatore russo; l'aspetto verrà posto in luce nell'opinione dissenziente del giudice Sajó, su cui torneremo a breve.

essere soggetto al controllo giurisdizionale».

«La Corte constata che, di fronte al rifiuto del rappresentante dell'impresa X di firmare l'atto notarile definitivo di vendita, la ricorrente ha avviato l'unica azione legale che aveva a disposizione, ossia un'azione volta ad ottenere il trasferimento di proprietà per via giudiziaria conformemente all'articolo 2932 c.c... L'iniziativa della ricorrente è stata resa inefficace dalla scelta del curatore fallimentare di sciogliere il contratto preliminare di compravendita, dal momento che i giudici italiani hanno dichiarato che tale scelta poteva essere fatta ed era vincolante anche quando, come nel caso di specie, era pendente un'azione volta ad ottenere il trasferimento di proprietà per via giudiziaria. La Corte ne deduce che la ricorrente è stata privata di qualsiasi tutela effettiva».

In ultima analisi risulta leso il diritto di proprietà: la violazione statale abbraccia la mancata predisposizione sia di misure per impedirlo (un quadro legislativo appropriato), sia di un sistema di impugnazioni idonee a configurare un «ricorso effettivo» a garanzia dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Il profilo sostanziale si intreccia dunque a quello processuale: il successivo richiamo all'articolo 13<sup>257</sup> serve di conseguenza a censurare il mero controllo di legalità formale portato avanti dai nostri giudici, che hanno riconosciuto al curatore un potere così esteso da trascurare se la scelta discrezionale «avesse comportato un onere eccessivo ed esorbitante per la ricorrente e se nel caso di specie vi fosse stato un bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco»<sup>258</sup>.

«Il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l'arbitrio» affermano i giudici europei; più specificamente, almeno fino alla nascita dell'indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite del 2004<sup>259</sup>, è stata la stessa

---

<sup>257</sup> «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Per una mirabile ricostruzione del «diritto processuale europeo» nel dialogo tra Corti sopranazionali, con attenzione a quel «profilo rimediale» che si evince anche nell'art. 47 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (il diritto ad un *effective remedy*, il diritto ad un *wirksamen Rechtsbehelf*) si rinvia a TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, spec. p. 221 ss. e 256 ss.

<sup>258</sup> Cfr. Corte EDU 4 febbraio 2014 cit., §§ 90-100.

<sup>259</sup> La decisione è stata presa con sei voti favorevoli ed un voto contrario: particolarmente significativo il fatto che l'unico punto focale dell'opinione dissenziente, firmata dal giudice Sajó, sia il rilievo della sussistenza di una tutela idonea a riparare la lesione subita nella procedura liquidatoria in questione. Mentre nel citato caso *Kotov* il curatore aveva commesso «irregolarità che avevano causato al ricorrente un danno illecito» in assenza (nell'ordinamento russo) di mezzi d'impugnazione appropriati, il giudice rileva che l'Italia in astratto «avrebbe potuto offrire una tutela di diritto adeguata»: il riferimento esplicito è al rimedio *ex art. 2932* come configurato dalla sentenza Cass. S.U. 7 luglio 2004 n. 12505 cit., reso in concreto poco utile per la scarsa tempestività della trascrizione effettuata dall'attrice (prima del fallimento, ma dopo l'ipoteca iscritta dalla banca).

Il giudice non ha certo torto, ma non tiene conto del fatto che nella controversia la Corte di legittimità avesse giustappunto disatteso il medesimo indirizzo: per la risposta che aveva dato il

giurisprudenza a configurare un diritto potestativo “assoluto” tramite una particolare lettura dell’art. 72 l.fall. A mio avviso la pronuncia non implica tanto la necessità di configurare un controllo di opportunità in capo a qualsiasi scelta del curatore, quanto quella di attribuirgli dei poteri «proporzionati» che non siano completamente autonomi dai rispettivi presupposti applicativi: la Corte europea si è limitata a dire che, in situazioni analoghe, l’amministrazione fallimentare non può porre nel nulla la pretesa avanzata dall’acquirente non inadempiente; sta in definitiva all’interprete, prima ancora che al legislatore<sup>260</sup>, indicare il sistema più coerente per realizzare questa esigenza.

### 3. Osservazioni conclusive.

In ultima analisi il concreto operare della pronuncia emanata ai sensi dell’art. 2932 cod. civ., nella ricorrente evenienza che i suoi effetti siano subordinati ad un evento ancora successivo il suo passaggio in giudicato, ha creato una serie di peculiari corollari per entrambe le ultime teorie richiamate. La tesi dell’assorbimento, in coerenza con i suoi presupposti, rileva il potere di scioglimento in capo all’amministrazione fallimentare anche davanti alla sentenza passata in giudicato; la tesi del Colesanti invece ammette la possibilità che il rapporto oggetto del processo non sia più «pendente» (ponendolo così fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 72 l.fall.) ma compie tale valutazione considerando soltanto a quanto sia *esigibile* dall’attore. Ancora, da un punto di vista più generale nelle scorse pagine si è cercato di dimostrare che una soluzione (da poco orfana della sua unica base di diritto positivo) assimili negozi tra loro divergenti e si difenda qualificando come assoluti alcuni principi della procedura concorsuale, oltre ad avere conseguenze considerate esorbitanti anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo; mentre l’altra finisca in sostanza per consigliare all’attore di pagare prima di quanto dovrebbe, scontando così l’obsolescenza rispetto a come il rimedio sia venuto a delinearsi nella giurisprudenza successiva.

Eppure quest’ultima ricostruzione, con riferimento alla fattispecie sottesa all’art. 72, è stata l’unica che abbia ricondotto all’attivazione del rimedio *ex art.*

---

nostro ordinamento nello specifico caso era invero assente quel «ricorso effettivo» da cui il Sajó ha fatto dipendere il suo convincimento.

<sup>260</sup> Va notato che nella controversia in questione non fossero ancora applicabili le disposizioni introdotte con le recenti riforme di cui abbiamo parlato *retro* nel § 1.3; è quindi ragionevole immaginare che un identico problema non si porrà più davanti alla Corte di Strasburgo, stante soprattutto l’impossibilità di sciogliere i contratti funzionali all’acquisto dell’abitazione principale.

Ciò non toglie che il nuovo articolo 72 l.fall. sia ancora suscettibile di provocare i medesimi pregiudizi: il nuovo regime speciale semplicemente riduce la platea del promissari acquirenti incisi dal potere di scioglimento del curatore, cioè gravati da quell’onere «eccessivo ed esorbitante» che rimane il *proprium* della c.d. tesi dell’assorbimento.

2932 effetti sostanziali sul rapporto controverso: in altre parole, pur attraverso il richiamo agli articoli 1210 e 1214 c.c., ha spiegato ai civilisti che il processo incide sulla realtà. Ora, come nel primo capitolo lo studio dell'art. 45 l.fall. è passato dal parallelo con l'art. 2915 (impalcatura di cui ad un certo punto non c'è stato più bisogno), così è mio convincimento che il regime degli effetti del fallimento sui rapporti preesistenti abbia ricevuto abbastanza attenzione (anche dal legislatore) da giustificare un passo più avanti; giusto l'indispensabile per allontanarsi da una soluzione che rischia di implicare un'esecuzione *ex uno latere* del preliminare mediante il pagamento del prezzo<sup>261</sup>. A dover essere riconsiderata è l'individuazione degli aspetti della realtà influenzati dal rito; non è necessario richiamare gli effetti del deposito del prezzo o dell'offerta reale per notare che l'esercizio del potere d'azione abbia risvolti nei rapporti tra le parti della controversia.

Il completamento di questa tesi, insomma, deve guardare proprio al dichiarato obiettivo della trasfusione della normativa «statica» dell'art. 72 nella «dinamica» del processo in corso: perché fermarsi al dato dell'avvenuto deposito (od offerta), una semplice condizione che deve sussistere al momento della pronuncia di accoglimento *ex art. 2932*? Non è forse anche questo un modo per attribuire rilevanza al mero stato di avanzamento della sequenza di atti singolarmente considerati?

Procedendo sulla strada spianata dal Colesanti, secondo me uno sguardo al giudizio nella sua effettiva accezione dinamica dovrebbe focalizzarsi sul rapporto tra le parti di potere-soggezione instauratosi con la richiesta di attuazione giudiziale del diritto dell'attore alla modificazione giuridica. Se l'inizio del processo incide su quello che le parti possono e *non* possono più fare, il dato statico dell'essersi avverata o meno la condizione disposta nel secondo comma dell'art. 2932 alla data della dichiarazione di fallimento non cambia i termini del problema; così come non acquisisce particolare rilevanza il diffuso ricorso alla sentenza condizionale come tecnica di differimento degli effetti, dato che è lo stesso regime civilistico di questi ultimi a non essere «assorbente» ai fini della Sezione IV.

Colesanti, Bonsignori, Vigo, Fabbrini e pochi altri hanno cercato di fornire la difficile dimostrazione che l'attore, con l'esercizio dell'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, possa avere in concreto esaurito la sua parte del rapporto. Ma il diritto oggi vigente esalta un aspetto più immediato: ai sensi della fattispecie presupposta dall'art. 72 l.fall. è possibile che sia lo stesso

---

<sup>261</sup> Vorrei precisare che, a mio avviso, questo elemento non ci sia mai stato nella costruzione del Colesanti: v. *supra*, § 2.3.2 (n. 3). Ciò non toglie che molte sentenze di legittimità dal 1982 ad oggi abbiano rilevato un rapporto in corso di esecuzione tra le parti perché il pagamento del prezzo – nel contratto preliminare – corrisponde sempre e comunque all'adempimento di una clausola accessoria, indipendentemente dall'introduzione del processo di esecuzione in forma specifica.

*convenuto* fallito ad aver in concreto esaurito il proprio ruolo, bloccato com'è nella sua posizione di soggezione al potere della controparte. Gli sforzi di ridimensionare il pagamento ancora dovuto dal promissario acquirente, le difficoltà di leggere il fenomeno della sentenza c.d. condizionata: sono problemi che a mio avviso scompaiono una volta considerati i poteri che rimangono alle parti qualora una eserciti nei confronti dell'altra l'azione ai sensi dell'art. 2932.

Riassumiamo alcuni aspetti emersi nel presente studio.

- È oggi pacifico che il sistema richiamato dall'art. 45 l.fall., in cui è ricompreso l'art. 2652 n. 2 c.c., permetta al promissario acquirente di ottenere la soddisfazione fuori concorso della propria pretesa se ha tempestivamente proposto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare immobiliare (primo capitolo, §§ 4 e seguenti).

- La tesi tradizionale configura la facoltà di scioglimento attribuita al curatore *ex art. 72* come «controdiritto» da esercitare nel processo per impedire l'accoglimento della domanda dell'attore *in bonis* (§ 2.2); questo potere non sembra poter essere precluso dai semplici effetti prenotativi riconnessi alla trascrizione della domanda giudiziale (§ 2.3), una volta superata la risalente tesi che ricostruiva l'istituto sul meccanismo della retrodatazione (primo e secondo capitolo, § 1 e § 4).

- Tuttavia la trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2652 n. 2* ha un significato visibilmente diverso dalla pubblicità del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis*: la similitudine nel modo in cui risolvono le controversie sulla circolazione del bene promesso non esclude che, in ciascun caso, sia reso pubblico un atto diverso con i propri effetti processuali e sostanziali; in particolare l'eventuale scelta dell'amministrazione fallimentare di subentrare nel preliminare, in quanto oggetto del processo pendente, non le permetterebbe in ogni caso di dare esecuzione al contratto facendo venir meno la materia del contendere (§ 1.3).

- Dal contratto preliminare sorge l'obbligo di emanare una futura dichiarazione di volontà; in sede di stipula del negozio definitivo non verrà dunque esercitata un'autonomia negoziale assoluta, bensì ci sarà sempre un profilo più o meno ampio di adempimento all'operazione economica programmata fra le parti. Il contratto preliminare è un accordo perfetto e vincolante come qualsiasi altro (secondo capitolo, § 2).

- Attivando il processo *ex art. 2932* viene chiesta l'attuazione giudiziale del diritto fondato sul negozio preliminare: in questa sede dunque la residua (limitata) autonomia negoziale che avrebbe caratterizzato la stipula del definitivo scompare nel controllo giudiziale dei presupposti di accoglimento dell'azione (secondo capitolo, § 3).

- D'altra parte, la pronuncia costitutiva deve essere ancora «possibile» al momento della decisione: il giudice non ha il potere di disporre un mutamento giuridico incompatibile con lo stadio di avanzamento del programma pattuito dalle parti, quando cioè vi siano obbligazioni principali inadempite in capo al convenuto ulteriori alla prestazione del consenso – che invece mancherà per sempre.

- Poiché i presupposti di applicabilità dell'art. 72 l.fall. sono legati alla sussistenza di un «rapporto pendente», ovvero in corso di esecuzione da entrambe le parti, la chiave di volta per comprendere il regime dei rapporti giuridici preesistenti è la verifica in concreto se residuino ancora obbligazioni (principali) ineseguite in capo ad entrambi i contraenti: in caso affermativo, è in questa situazione di stallo che l'amministrazione fallimentare può scegliere di dare continuazione oppure di liberarsi dagli impegni residui.

In conclusione, allora, qual è la posizione in cui versa il promissario acquirente immobiliare in caso di fallimento di chi ha convenuto nel processo *ex art. 2932*? La pendenza del giudizio permette di configurare sempre e comunque il controdiritto dell'amministrazione fallimentare di sciogliere il rapporto?

La risposta prende le mosse e si conclude su un dato che non sembra essere mai stato messo in discussione, e cioè che gli effetti del fallimento abbiano «incidenza diretta sui rapporti giuridici derivati dal contratto»<sup>262</sup>: il rapporto giuridico preesistente non è l'*atto* bensì la situazione obbligatoria scaturita dal contratto, rispetto alla quale la valutazione della pendenza non si esaurisce certo alla considerazione del pezzo di carta firmato dalle parti. Proprio in questo senso abbiamo rilevato (§ 1.3) come la posizione del contraente *in bonis* possa essere molto diversa a seconda di cosa possa opporre al fallimento, prendendo ad esempio le ipotesi – in ordine crescente di forza – ai sensi degli artt. 2645-*bis*, 2659 secondo comma, e 2932 cod. civ. Sotto tale aspetto l'introduzione del processo non può certo essere ignorata, perché è da tempo acquisito che l'art. 45 l.fall. richiami gli istituti *ex artt. 2652-2653 c.c.* (si pensi alle vicende dottrinali e giurisprudenziali dell'azione di risoluzione tempestivamente trascritta): in particolare con l'esercizio dell'azione *ex art. 2932* viene esercitato un potere (qualunque sia la sua qualificazione) che non può non incidere sulla posizione delle parti del negozio.

*I.* Per avere una riprova di quanto appena detto non serve spingersi a richiamare l'eterogeneo insieme degli effetti della domanda giudiziale: basta rimanere nel campo degli effetti della trascrizione *ex art. 2652 n. 2* per notare che, proprio per il loro compito di prenotare il termine per la risoluzione di conflitti con i terzi, anche la posizione della controparte processuale finisca per esserne

---

<sup>262</sup> FERRO, op. cit., p. 15.

direttamente influenzata. Come abbiamo visto, il convenuto non ha alcuna possibilità di accettare l'offerta e far venir meno la materia del contendere, almeno finché l'attore abbia interesse ad ottenere una sentenza di accoglimento opponibile ai terzi con riferimento al numero d'ordine della trascrizione dell'atto di citazione. Né il convenuto, né il curatore in caso di fallimento di quest'ultimo, possono dunque scegliere di dare continuazione al contratto a prescindere dal processo: come quando l'amministrazione fallimentare si vede opporre un'azione di risoluzione (art. 2652 n. 1), anche nel nostro caso (art. 2652 n. 2) esprimere la volontà di subentro si concretizzerebbe nella mera soggezione alla futura sentenza di accoglimento. Insomma, come «il sistema della trascrizione finisce con l'incidere sul libero esercizio dei diritti, imponendo a chi abbia trascritto una domanda giudiziale, ove voglia evitare il rischio di perdere gli effetti conservativi ricollegati unicamente a tale trascrizione, di rifuggire da qualsiasi composizione amichevole della controversia» (concludeva diversi anni fa Proto Pisani), così a maggior ragione il convenuto perde la facoltà sostanziale di adempiere; almeno da questo punto di vista non ha modo per sottrarsi al processo prenotato contro di lui.

*II. Cambiamo piano.* Più in generale, in accordo allo studio portato avanti nel secondo capitolo, il ruolo del convenuto parte del rapporto non può essere valutato senza tener conto della sua posizione di concreta *soggezione* davanti all'esercizio dell'azione costitutiva; in sintesi, durante il processo *ex art. 2932* ovvero l'attuazione giudiziale del diritto sorto dal preliminare, la residua (limitata) autonomia negoziale che avrebbe caratterizzato la stipula del definitivo scompare nel controllo giudiziale dei presupposti di accoglimento dell'azione. Dunque la verifica portata avanti dal giudice, se si vuole, potrebbe ancora essere ascritta al c.d. controllo delle sopravvenienze che caratterizza la fattispecie traslativa complessa; ma sarebbe assurdo spingere l'affermazione fino a rinvenire un «adempimento» dell'obbligo da parte dell'organo pubblico. L'unico modo affinché il curatore possa impedire l'accoglimento della domanda tempestivamente prenotata è dimostrare che vi siano i presupposti per esercitare il diritto ai sensi dell'art. 72, ma nel preliminare immobiliare “semplice” il convenuto ha oggettivamente esaurito tutto quanto dovesse ancora fare: pendente è solo l'attuazione del diritto, lo svolgimento del processo che porterà al mutamento giuridico della titolarità del bene promesso, e nessuna norma di legge qualifica qualcosa di simile come «esecuzione» negoziale. Dunque non solo sul piano processuale il convenuto non ha alcuna possibilità di far venir meno la materia del contendere; ma è soprattutto sul piano sostanziale che l'apertura della procedura di esecuzione in forma specifica può – a seconda dei casi – escludere la sussistenza di residue obbligazioni principali inadempite in capo al promittente venditore.

*III. Ancora.* In quest'ultimo capitolo sono stati citati molti studiosi che hanno

descritto la disciplina e la stessa fattispecie di «rapporto pendente» alla luce dei rimedi stabiliti dal diritto comune a tutela del sinallagma, per arrivare uniformemente alla conclusione che «il principio della sospensione [sia] aderente al sistema dei rimedi sinallagmatici... e questo permette di individuare i limiti del nesso di interdipendenza e di corrispettività tra le prestazioni, che opera anche nell'esecuzione concorsuale»<sup>263</sup>. Il Di Marzio in particolare verifica la configurabilità del meccanismo di autotutela civilistica nel caso del contratto preliminare, e conclude in favore dell'applicazione dell'art. 72 proprio perché in questa situazione «ciascun contraente potrebbe ancora rifiutarsi di stipulare il negozio definitivo».

A me sembra che così sia posto in ombra l'intero giudizio pendente, opponibile (*latu sensu*) al fallimento ai sensi dell'art. 45: poiché la firma del contratto definitivo è in larga parte un adempimento ciascun promittente ha (a certe condizioni) il diritto di ottenere l'effetto traslativo, e quando sceglie di esercitare l'azione ai sensi dell'art. 2932 inizia un processo che espressamente sterilizza qualsiasi possibilità di autotutela negoziale. Proprio sul piano dei principi (come disegnati da questi autorevoli autori) la soluzione tradizionale esige a gran voce di essere completata: la nuova forma assunta dall'autotutela nell'art. 2932 secondo comma, come evidenziato dal Colesanti (e dalla dottrina civilistica pacifica sul punto), sottolinea meglio di qualsiasi altro elemento che il convenuto sia privato anche di quest'arma davanti all'esecuzione in forma specifica avanzata contro di lui<sup>264</sup>.

Tiriamo le fila su questo passaggio: finché la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti è ricostruita per principi, ovvero in continuità con le disposizioni di diritto comune (artt. 1460 e 1461 soprattutto), risulta evidente che il convenuto non abbia alcuna possibilità di opporsi all'attuazione giudiziale del promesso trasferimento di proprietà; l'autotutela civilistica non trova alcuno spazio nel giudizio *ex art. 2932* proprio perché il suo secondo comma sposta nella sfera dell'attore quella che sarebbe stata l'ordinaria eccezione in questo senso, sottraendolo ai poteri sostanziali del convenuto e rendendo in concreto vuoto il richiamo al c.d. stallo contrattuale in questo tipo di processo (salvo che residuino ulteriori obblighi principali ineseguiti).

*IV.* L'unica strada rimasta agli avvocati dei curatori fallimentari, dagli anni Ottanta in avanti, è stata dunque quella di invocare il dato positivo su cui si fonda il diritto potestativo di scioglimento, anche a costo di scinderlo dalla fattispecie

---

<sup>263</sup> Questa specifica citazione è di GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, in *Scritti in onore di G. Lo Cascio*, Milano, 2006, 150 ss.; per altri riferimenti v. *retro*, § 1.2.1.

<sup>264</sup> A meno che non riesca a dimostrare l'operatività del divieto *ex art. 51 l.fall.*, possibilità puntualmente esclusa dalla giurisprudenza di legittimità sin dagli anni Cinquanta (v. *retro*, § 2.1; e, nel capitolo secondo, §3).

generale di vendita ineseguita. Il che era forse possibile nella vigenza del vecchio articolo 72 quarto comma; ma la possibilità che l'interprete di volta in volta forgiasse la sua regola generale trattando autonomamente l'ipotesi di fallimento del venditore è definitivamente scomparsa con gli interventi del legislatore delegato nel 2006 e nel 2007. Oggi l'art. 72 primo comma chiarisce la necessità, prima di applicare al rapporto la disciplina prescritta alla sezione IV, di valutare la persistente inesecuzione bilaterale rapporto: nel sistema in cui la stessa "sospensione" del rapporto oggetto del giudizio *ex art. 2932* è stata da tempo messa da parte (§ 2.3) e l'astratta possibilità di "subentro" nella posizione di soggezione del convenuto non ha alcun senso pratico (né logico), il richiamo al potere di scioglimento (dalle prestazioni ancora ineseguite) risulta mero veicolo per riaffermare vuoti principi attinenti la massa senza essere sicuri che il bene promesso faccia parte della stessa.

Quello che si è tentato di esporre è un dibattito aperto, multiforme, che coinvolge un ampio insieme di istituti eterogenei cui in questa sede è stato possibile solo accennare: *quid iuris* se domani fossero ammessi effetti costitutivi precari prodotti già dalla sentenza di accoglimento in primo grado? E se finisse per prevalere una diversa costruzione dogmatica del contratto preliminare, come quella del Montesano? O ancora, cosa potremmo mai ribattere ai giudici che qualificassero il divieto di azioni esecutive *ex art. 51 l.fall.* in senso lato, sì da ricomprendervi anche il rimedio ai sensi dell'art. 2932? Senza dimenticare che, semplicemente, il curatore potrebbe essere dichiarato «terzo» quando esercita il potere di scioglimento. Ecco perché nei paragrafi precedenti abbiamo riportato solo «alcune risposte», con l'obiettivo di dare un contributo allo studio di un problema che – forse – si chiuderà con la terza pronuncia a sezioni unite in materia negli ultimi quindici anni.

I dati qui acquisiti permettono di guardare con una certa criticità alla tesi c.d. tradizionale, che si fonda essenzialmente su due postulati. Il primo è l'assorbimento del concetto di esecuzione in quello di trasferimento del diritto; il secondo è la conseguente irrilevanza del processo pendente sui presupposti di applicabilità dell'art. 72 legge fallimentare. Da qui un diritto potestativo di scioglimento immune da qualsiasi controllo e sempre più distante dalla lettera dell'articolo che lo istituisce; ma soprattutto la negazione (in base a considerazioni di principio) di una direttiva fondamentale dell'ordinamento processuale, la stessa che assicura la *giuridicità* delle disposizioni di diritto sostanziale che dovrebbero trovare attuazione attraverso il rito predisposto dallo Stato.

Affrontando i limiti della ricostruzione ora dal punto di vista del regolamento negoziale sotteso (il contratto preliminare), ora dal punto di vista del rimedio

giudiziale (l'art. 2932 c.c.), ora nella normativa fallimentare (il combinato degli artt. 45 e 72 l.fall.), abbiamo trovato diverse aperture alla possibilità che con riferimento alla fattispecie in analisi, in concreto, non sussista per forza un rapporto in corso di esecuzione da entrambe le parti.

Nel giudizio di esecuzione in forma specifica del preliminare immobiliare "semplice", infatti, soltanto particolari clausole negoziali potrebbero capovolgere un dato altrimenti evidente: se l'attore promissario acquirente ha ragione, il convenuto promittente venditore non può far altro che attendere il mutamento (giuridico) della titolarità del bene promesso; neanche il sopravvenuto fallimento può cambiare la situazione sostanziale e processuale configuratasi (a meno che questa sia inopponibile all'amministrazione fallimentare ai sensi dell'art. 45).

Il coordinamento tra le diverse sezioni coinvolte della legge fallimentare si traduce in ciò: la dichiarazione di fallimento fotografa una situazione, e soltanto in caso di concreta sussistenza dei suoi presupposti la disciplina degli effetti «sui rapporti giuridici preesistenti» può essere richiamata. L'azione *ex art. 2932*, tempestivamente prenotata ai sensi dell'art. 45, può arrivare a conclusione finché il curatore non pretenda di sciogliere il rapporto cui, oggettivamente, non ha intenzione di adempiere; ma questo non vuol dire che l'art. 72 l.fall. sia una via d'uscita segreta da una situazione (altrimenti) unilateralmente esaurita già all'inizio della procedura concorsuale.

Si potrebbe replicare che la trascrizione *ex art. 2652 n. 2* possa essere curata anche senza l'inadempimento della controparte (poi fallita): in questo caso il processo comporterebbe la «ingessazione» del contratto preliminare<sup>265</sup> ed il diritto potestativo di scioglimento nonostante la temporanea inesigibilità della prestazione del consenso, dato che questa deve essere valutata secondo le scadenze processuali delle condizioni di fondatezza della domanda. Il rilievo in realtà permette di ribadire quanto appena affermato: proprio perché la pendenza del rapporto va verificata in concreto, senza fermarsi agli effetti di prenotazione propri del meccanismo pubblicitario, è ben possibile che la trascrizione della domanda *ex art. 2932* non ponga in completa «soggezione» il convenuto – che proprio in questo caso può ancora eccepire l'inesigibilità della prestazione<sup>266</sup>.

«La conclusione allora è la seguente... vorremmo sapere in nome di quale principio decentemente difendibile si possa dire ad un cittadino: tu avevi diritto; ma dato che il tuo avversario te lo ha contestato tenacemente e che il giudice ha

---

<sup>265</sup> Distinta ma forse non troppo distante dalla «normalizzazione» lamentata dal DI MAJO, loc. ult. cit.

<sup>266</sup> Già FABBRINI, op. cit., p. 541-542, affermava che una maggiore tutela del promissario acquirente «non sembra precludere all'interprete la possibilità di tenere fra loro distinte due situazioni: che l'obiettivo stato di "non esecuzione" esistente al momento del fallimento fosse *lecito*; o che invece fosse *illecito*, dipendendo in concreto dalla già avvenuta violazione del dovere di adempiere gravante sul venditore».

impiegato molti anni a riconoscertelo, non posso più tutelartelo, perché nel frattempo (leggi, 10 anni) la situazione economica del tuo avversario è peggiorata quel tanto da determinarne il fallimento»<sup>267</sup>. Il processo è secondario rispetto ai rapporti interindividuali: ponendosi al loro servizio li presuppone; si limita a ristabilirli ed a restaurarli. Ma, proprio per questo, quanto più rigorosa è la struttura interindividuale del diritto, tanto più il mezzo centrale, se non unico, di porre autoritativamente il diritto è per l'appunto il processo<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> FABBRINI, *op. cit.*, p. 537-538.

<sup>268</sup> LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist., Milano, 1975, p. 13.



### Bibliografia.

- ABATE, *Il contratto preliminare*, in *I rapporti giuridici pendenti, Atti del convegno nazionale di studi delle procedure concorsuali* (Bologna 5-6 giugno), Milano, 1998.
- ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* a cura di Roppo, Milano, 2006
- ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957
- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I
- ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1967
- ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 553
- ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1961
- APPIANI, *Effetti del fallimento sul contratto di compravendita*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti* a cura di Sanzo, Bologna, 2009
- ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi del giudicato*, in *Studi per A. Cerino Canova*, Bologna, 1992, II
- AULETTA, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 718
- AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942
- AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.* 1939, I, 557
- AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961
- AZZOLINA, *Gli effetti del fallimento sui contatti bilaterali ineseguiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 367
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- BETTAZZI, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di compravendita*, in *Fall.* 2005, 7, 763
- BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936
- BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993
- BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1987
- BIBOLINI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare* coordinato da Lo Cascio, Milano, 1996
- BIGLIAZZI GERI, *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988
- BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971
- BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936
- BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario del codice di commercio* redatto da Bensa, Bonelli e altri, VIII, 1
- BONFANTE, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, Milano, 1989
- BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di Galgano, IX, Padova, 1986
- BONSIGNORI, *Gli effetti del pignoramento*, in *Codice civile commentato* diretto da Schlesinger
- BONSIGNORI, NARDO LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992
- BOZZA, *Relazione conclusiva della seconda sessione*, in *I rapporti giuridici pendenti cit.*
- BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932
- BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, nel *Commentario del codice civile*, Torino, 1980
- CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936
- CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, IX, Napoli, 1983
- CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, ora in *Opere cit.*
- CANDIAN, *Processo di fallimento*, Padova, 1939
- CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.* 2009, 381
- CAPONI, *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*, in *Foro it.* 2009, I, 3104
- CAPPELLETTI, *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1611

- CAPPONI, *Autonoma esecutorietà dei capi condannatori non di merito*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2005, 757
- CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, II
- CARNELUTTI, *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II
- CARPI, *La provvisoria esecutività della sentenza*, Milano, 1979
- CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1989
- CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977
- CASALI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali cit.*
- CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.* 2006, 402
- CENSONI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Le riforme della legge fallimentare* a cura di DIDONE, 2009, Milano
- CENSONI, *I vizi della merce e fallimento del venditore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 851
- CERINO CANOVA, *Sulla esecutività di una sentenza riformata in appello*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 177
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist., III ed, Napoli, 1965
- CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, I
- CHIOVENDA *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Saggi cit.*
- CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi cit.*
- CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi cit.*
- CHIOVENDA, *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, ora in *Saggi cit.*
- CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997
- CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. proc.*, 2003
- COLESANTI, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 93
- COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una «svolta» nella giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 334
- COLESANTI, *Fallimento del compratore e simulazione del prezzo: e gli artt. 2915 comma 2° c.c. e 45 l. fall.?* in *Riv. dir. civ.* 1978, 345
- COLESANTI, *Fallimento e sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 494
- COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972
- COMERCI-CHINAGLIA, *sub art. 72*, in *Commentario alla legge fallimentare* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2013
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2012, II
- CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.*, in *Corr. giur.* 2009, 741
- CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 47
- CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Studi in memoria di A. Cerino Canova*, Bologna, 1992, II
- CONTE, *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo avanti della Suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)*, in *Giur. it.* 2008, 949
- COTTINO, in *Dir. fall.*, 1964, I, 362
- D'ADAMO, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di Consolo, II, *sub art. 282*
- D'AMICO, *La vendita dell'immobile da costruire*, testo della relazione svolta a Verona il 20 maggio 2006 nell'ambito del convegno su *Contratto e crisi di impresa*
- DALLA CORTIGLIA, *Le modifiche del decreto correttivo*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 757
- DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962
- DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989
- DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953
- DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956
- DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991

- DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, in *Contratti*, 1997, 5
- DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 22
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003
- DI MAJO, *La «normalizzazione» del contratto preliminare*, in *Corr. giur.* 1997, 2, 132
- DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, 1985, 1639
- DI MARZIO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da Fauceglia e Panzani, Milano, 2009, II
- DI MARZIO, *Tutela del promissario acquirente nel fallimento del promittente venditore di bene immobile*, in *Fall.* 2006, 7, 801
- DIDONE, *La facoltà del curatore di sciogliersi da un preliminare di vendita tra Sezioni semplici, Sezioni unite della S.C. e Corte europea dei diritti dell'uomo*, ne *Il Fallimentarista*
- DIDONE, *Note minime su contratto preliminare di vendita, fallimento e trascrizione della domanda*, in *Giust. civ.* 2012, I, 1487
- DIMUNDO, *sub Art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da Lo Cascio, Milano, 2008
- DONZELLI, *Sulla condizione di adempimento nella sentenza ex art. 2932*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, II, 815
- FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 721 ss.; in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, 405
- FABBRINI, *Fallimento e trascrizione della domanda di cui al n. 2 dell'art. 2652*, in *Riv. dir. proc.*; 1975, 520
- FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973; ora in *Scritti giuridici cit.*, 333
- FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011
- FABIANI, in *Foro it.* 2008, 910
- FABIANI, in *Foro it.* 2004, 3040
- FABIANI-PANZANI, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Padova, 1994
- FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, *Enc. dir.*, 1965
- FERRARA JR, *Il fallimento*, Milano, 1974
- FERRARA JR-BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995
- FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989
- FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionati da eventi successivi alla pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1396
- FERRI, *In tema di esecutorietà della sentenza e inhibitoria*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 559
- FERRI, voce *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988
- FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970
- FERRO, *La disciplina dei rapporti giuridici pendenti tra vocazione liquidatoria e capacità di gestione contrattuale degli organi concorsuali*, in *I rapporti giuridici pendenti, Atti del convegno nazionale di studi delle procedure concorsuali* (Bologna 5-6 giugno), Milano, 1998
- FINARDI, *Facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare e aspetti innovativi dell'art. 72 lfall.*, in *Fall.*, 2008, 772
- FINOCCHIARO-POLI, *sub Art. 112*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella
- GABOARDI, *Fallimento e contratto preliminare di compravendita*, in *Fall.* 2012, p. 999
- GABOARDI, *La provvisoria esecutorietà dei (soli) capi condannatori della sentenza revocatoria fallimentare*, *ivi*, 2011, 1400
- GABOARDI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, *ivi*, 2010, p. 633 ss.
- GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, Torino, 2014, III
- GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.* 1997, I, 534
- GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970
- GABRIELLI-FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare (I) Diritto civile*, in *Enc. giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988
- GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988

- GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* a cura di Gabrielli e Gazzoni, Torino, 2012, I, 1
- GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino 2010
- GENOVESE, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1133
- GIUDICI, in *Codice del fallimento Pajardi* a cura di Bocchiola e Paluchowski, sub art. 72
- GIUSTI, *Le fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1998
- GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967
- GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Torino, 2013
- GUGLIELMUCCI, *Commento all'art. 72 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006
- GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca sulla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1986
- GUIZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*, in *Corr. giur.* 2008, 353
- IMPAGNATIELLO, *Esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e provvisoria esecutività della sentenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 515
- IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010
- IMPAGNATIELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, p. 767
- INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali* a cura di Guglielmucci, Padova, 2006
- JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2000
- JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, XI, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2009
- L. COVIELLO SENIOR, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, *Enc. Giur. It.* vol. III, parte 3<sup>a</sup>, Milano, 1896
- LA ROCCA, *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, in *Foro it.*, 1996, I, 882
- LA ROCCA, *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. e giur.*, 1984, 299
- LENER, voce *Potere* (diritto privato), in *Enc. dir.*, Milano, 1985
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile* a cura di Colesanti e Merlin, Milano, 2012
- LIEBMAN, *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980
- LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione* (postilla), in *Riv. dir. proc.*, 1960, 451
- LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931
- LO CASCIO, *Scioglimento del preliminare di vendita nel fallimento ed obblighi delle parti*, in *Giust. civ.* 1993, 2648
- LUGANESI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Quadrimestre*, 1989
- LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Milano, 2012
- LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist., Milano, 1975
- LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 1999
- LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in *Trattato di diritto fallimentare* a cura di Vassalli, Luiso e Gabrielli (cit.)
- LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità e garanzie*, in *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi* (Luminoso-Palermo), Padova, 1998
- LUMINOSO, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, in *Giur. comm.* 1988, II, 73
- MACARIO, *Rapporti giuridici preesistenti*, in *Il correttivo della riforma fallimentare* a cura di Di Marzio, Milano, 2008
- MACARIO, *I rapporti pendenti*, in *Foro it.*, 2006, V, 183

- MACARIO, in *Foro it.* 1985, I, 1698
- MAFFEI ALBERTI, *Contratto preliminare e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 619
- MANDRIOLI, *Condanna a eseguire un contratto preliminare?*, in *Riv. dir. civ.* 1964, II
- MANNA, *Provvisoria esecutorietà e sentenze di accertamento alla luce del nuovo testo dell'art. 282 c.p.c.*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 847
- MARELLI, *Un passo indietro nella direzione della tutela giurisdizionale effettiva: la condanna accessoria ad una pronuncia costitutiva non è provvisoriamente esecutiva*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 171
- MARELLI, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 1095
- MARICONDA, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.* 1997, 129
- MASCARELLO, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (artt. 72 e 72-bis l.fall.)*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 289
- MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae Juris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, I
- MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, *Tutela dei diritti*, Torino, 1998
- MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, *Tutela dei diritti*, tomo II, Torino, 1985
- MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Monaco di Baviera, 1994
- MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987
- MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da Buonocore e Bassi, II, Padova, 2010
- MERLIN, *Compensazione e processo*, Milano, 1991
- MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960
- MESSINEO, voce «*Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962
- MICCOLIS, *Giudizi sull'appartenenza e pignoramento: contributo allo studio delle vicende della res litigiosa e pignorata*, Bari, 1995
- MICHELI, *Esecuzione forzata*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977
- MICHELI, *Art. 2907-2909*, in *Commentario al cod. civ. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943.
- MIGNOLI, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 355
- MONTANARI, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*, in *Fall.* 2010, 11, 1249
- MONTELEONE, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2000
- MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 1178
- MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965
- MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001
- MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2011, II
- MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012
- NARDO, *sub art. 72*, in *La legge fallimentare. Commentario* a cura di Ferro, Padova, 2007
- NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Bologna, 1939
- NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297
- ORIANI, *Eccezione*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, sez. civile, Torino, 1991, 262
- ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, in *Corr. giur.* 2005, 1011
- PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, *ivi*, 2009, 10, 1309.
- PAGNI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore*
- PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998
- PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976
- PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008
- PALERMO, *Sulla trascrivibilità della promessa unilaterale di rinuncia*, in *Temi romana*, 1999
- PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991

- PAOLINI, *Commento alla riforma delle procedure fallimentare*, in *Quaderni*, Milano, 2008
- PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 875
- PAVANINI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957
- PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005
- PETRILLO, *Da un' apprezzabile premessa (l' esecutività di tutti i capi condannatori) un benvenuto ripensamento sulla esecutività della condanna alle spese*, in *Corr. giur.*, 2005, 1230
- PETTARIN e PONTI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993 I, 39
- PEZZANO, *Fallimento del promittente di contratto preliminare di compravendita*, in *Foro it.* 1973, I, 2527
- PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012
- PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60
- PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991
- PROTO PISANI, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, 446
- PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881
- PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982
- PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974
- PROVINCIALI, in *Dir. fall.* 1972, II, 807, e *ivi*, 1973, II, 432
- PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970
- PUGLIATTI, voce *Eccezione* (teoria generale), in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 163
- RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994
- RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.* 1997, II, 310
- RISTORI, *Fallimento e domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro It.* 1995, I, 300
- ROCCHIO, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.* 2004, 1457
- ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906
- ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001
- ROTH, *Der Vorvertrag*, Berna, 1928
- RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da Cicu e Messineo, Milano, 1972
- RUISI, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il fallimento* (Ruisi, Jorio, Maffei Alberti, Tedeschi), in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Bigiavi, Torino, 1979
- SACCO, *Il contratto*, Milano, 2004, II
- SACCO, *Il contratto*, nel *Trattato civile italiano* diretto da Vassalli, vol. VI, tomo II, Torino, 1975
- SAGNA, in *Giust. civ.* 2003, I, 2563
- SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947
- SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1965, III
- SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963
- SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, IV, 1950, 75
- SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948
- SATTA, *Azioni popolari e perpetuatio jurisdictionis*, Roma, 1938
- SCARSELLI, *La provvisoria esecuzione della condanna alle spese del giudizio (ovvero l'attore che ha ragione non recupera le spese fino al passaggio in giudicato della sentenza?)*, in *Foro. it.*, I, 163

- SECKEL, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, in *Festgabe für Koch*, Berlino, 1903
- SEMIANI BIGNARDI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e fallimento*, in *Giur. it.* 1958, 1006
- SICCHIERO, *La trascrizione del preliminare*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, III, Milano, 2006
- TARZIA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 12, 1389
- TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.* 1997, V, 278
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* a cura di Giuseppe Trabucchi, Padova, 2013
- TRIOLA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IX, *Della tutela dei diritti*, Torino, 2012
- TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011
- VASSALLI, *Diritto fallimentare*, II, 1, Torino, 1997
- VATTERMOLI, *Il contratto di licenza del marchio nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 132
- VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964
- VERDE, *Profili del processo civile*, parte generale, Napoli, 2002
- VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, Milano, 1989
- VISALLI, in *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995
- VITALONE, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005
- ZACCARIA, *sub art. 1470*, in *Commentario al codice civile* a cura di Cian, Padova, 2014
- ZANARONE, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970
- ZUFFI, *Sull'incerto operare del fenomeno condizionale nelle sentenze di accertamento e di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 1002