

ODCEC PISTOIA - IL GIOVEDÌ DEL CURATORE

Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - art. 72 e 72 bis L.F.

Federico Guidi - ODCEC PISTOIA.

Nel momento in cui viene dichiarato il fallimento di un soggetto, può accadere che pendano e non siano ancora esauriti alcuni rapporti contrattuali tra il fallito ed una o più controparti (così detti contraenti in bonis).

Per disciplinare i contratti pendenti (o in corso di esecuzione), la legge fallimentare prevede:

- a) una disciplina generale applicabile a tutti i contratti non diversamente ed appositamente regolati;
- b) delle norme speciali destinate a specifici contratti molto utilizzati nella pratica (come ad esempio i contratti relativi ad immobili da costruire, i contratti di locazione finanziaria ecc.).

È, quindi, necessario distinguere i rapporti che, dichiarato il fallimento, si considerano ancora pendenti da quelli già integralmente eseguiti.

Quando un contratto si intende in corso di esecuzione

Si considerano in corso di esecuzione (o pendenti) alla data del fallimento, i contratti che hanno tre caratteristiche:

1. riguardano l'attività dell'imprenditore fallito;
2. sono già «conclusi», ossia già perfezionati nella loro formazione al momento della dichiarazione di fallimento;
3. non sono ancora stati eseguiti o del tutto eseguiti da entrambi i contraenti.

Le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto in corso dal fallimento di una delle parti sono inefficaci (art. 72 c. 6 L.Fall.).

È quindi inefficace la clausola risolutiva espressa, ma anche qualsiasi altra clausola che abbia il medesimo scopo (si pensi ad esempio alla possibilità, riservata ad uno dei contraenti, di recedere dal contratto qualora l'altro fallisca).

Rapporto con l'attività del fallito.

I contratti devono riguardare l'attività imprenditoriale del soggetto fallito. Sono esclusi quindi i contratti relativi a beni strettamente personali del fallito o che soddisfano esigenze primarie sue o della sua famiglia. Ad esempio, è escluso il contratto di locazione immobiliare relativo alla casa di abitazione del fallito, essendo rilevante solo quello che riguarda i locali ove si esercita l'attività di impresa (Cass. 19 giugno 2008 n. 16668, Cass. 9 giugno 1993 n. 6424) oppure il contratto di lavoro domestico.

In questi casi il fallimento può avere rilevanza unicamente in quanto costituisce giusta causa che legittima l'altro contraente a recedere dal contratto.

Avvenuto perfezionamento.

Il contratto deve risultare concluso, cioè già perfezionato: le parti dunque devono aver raggiunto tra

loro un accordo definito.

In generale, il contratto è concluso nel momento in cui la parte che ha fatto la proposta ha notizia dell'accettazione della controparte (art. 1326 c.c.). Esistono tuttavia altre

modalità valide per la conclusione del contratto: l'offerta al pubblico, il contratto di fatto, la conclusione mediante comportamento concludente.

Non vengono pertanto trattati i contratti ancora in via di perfezionamento al momento del fallimento. In questo caso il curatore può scegliere di perfezionare il contratto a favore della massa, purché non si tratti di contratto nel quale non è ammissibile la sostituzione del curatore.

Ad esempio, se fallisce il destinatario di una proposta o di un'opzione, il curatore può accettare l'una o esercitare l'altra perfezionando così il contratto a favore della massa fallimentare; allo stesso modo può anche stipulare il contratto definitivo (in adempimento di un precedente preliminare) o costringere il promettente a dare esecuzione al preliminare stesso. Il fallito non può da solo compiere alcuna attività perfezionativa, in quanto sarebbe inefficace nei confronti della massa dei creditori.

Mancanza di esecuzione.

In generale, il contratto s'intende eseguito quando le prestazioni reciproche sono state totalmente adempiute ed è stato raggiunto lo scopo prefissato. Nella pratica, però non è sempre facile individuare tale momento. Occorre pertanto distinguere i contratti:

a) di natura continuativa o di durata, che si caratterizzano, per l'appunto, per il carattere continuativo e duraturo delle prestazioni (ad esempio, il contratto di somministrazione o di appalto di servizi). Tali contratti non pongono particolari problemi perché, anche se conclusi prima della data del fallimento, si considerano tuttavia esauriti decorso il termine di durata del contratto (termine finale oppure derivante dal recesso anticipato di una delle parti). Fino a tale momento, essi si considerano «in corso di esecuzione» (

in tal senso anche Cass. 21 marzo 1985 n. 2069);

b) ad esecuzione istantanea (ad esempio il comodato o il deposito). La dottrina considera il contratto come:

- non eseguito quando, alla data del fallimento, non sono state adempiute in tutto o in parte le prestazioni dovute e non è stato raggiunto lo scopo prefissato (in tal senso anche Bianca - Diritto Civile -). È necessario quindi che le obbligazioni nate dal contratto siano ancora pendenti in tutto o in parte per le parti contrattuali (in tal senso Ferrara-Borgioli);

- eseguito se devono essere adempiute solo talune prestazioni accessorie (come, ad esempio, la riproduzione del contratto per atto pubblico o la consegna di documenti o titoli relativi al diritto trasferito);

c) aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale (c.d. contratti con effetti reali, come ad esempio la vendita): il contratto è concluso ed eseguito nel momento in cui si trasferisce il diritto oggetto del contratto (ossia, quando le parti si scambiano il consenso legittimamente manifestato), indipendentemente dal fatto che le prestazioni reciproche (versamento del prezzo o consegna della cosa) non siano ancora state adempiute.

Per quanto riguarda i contratti sottoposti a condizione, occorre distinguere se la condizione è:

- risolutiva: si considerano come contratti non condizionati;
- sospensiva: si considerano non interamente eseguiti.

Disciplina generale.

Ogni contratto in corso di esecuzione alla data della dichiarazione di fallimento entra in sospensione nel momento in cui viene emessa la sentenza di fallimento (art. 72 c. 1 L.Fall.).

Tale regola generale, tuttavia non si applica ad alcuni contratti, per i quali esiste una apposita disciplina (Affitto di azienda - a rt. 79 l.f. - Agenzia; Appalto - art. 81 l.f. - ;Assicurazione - art. 82 l.f. - ; Associazione in partecipazione - art. 77 l.f. - ; Commissione; conto corrente -art. 78 l.f. -)

Il periodo di sospensione ha lo scopo di permettere al curatore fallimentare di valutare, previa autorizzazione del comitato dei creditori, se subentrare nel contratto in luogo del fallito oppure sciogliersi dal vincolo.

Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a 60 giorni per effettuare la scelta. Trascorso inutilmente il termine concesso senza che il curatore abbia manifestato alcuna scelta, il contratto si intende sciolto (art. 72 c. 2 L.Fall.).

Nel caso in cui sia disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa si applica ai contratti pendenti la regola particolare prevista dall'art. 104 c. 6° l.f.

In sintesi, durante l'esercizio provvisorio i contratti in corso di esecuzione proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

Se il curatore ne sospende l'esecuzione, il terzo contraente può chiedere al giudice delegato la fissazione del termine di sessanta giorni (ai sensi dell'art. 72 c. 2 L.Fall.) decorso il quale il contratto si intende sciolto. La dottrina ritiene in ogni caso che il curatore non possa invocare la sospensione o lo scioglimento ove di fatto il contratto

abbia avuto esecuzione nel corso dell'esercizio provvisorio (in tasl senso si segnala L. Panzani - Il fallimento e le altre procedure concorsuali -)

Effetti dello scioglimento.

Quando il curatore decide di sciogliere il rapporto pendente (o quando lo scioglimento deriva dall'inosservanza del termine entro cui il curatore stesso deve decidere), il contraente non fallito ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento del contratto (art. 72 c. 4 L.Fall.). Tale credito è quello che nasce dall'obbligo di restituzione di quanto indebitamente ricevuto dal fallito e che il curatore non ha più titolo per trattenere.

Al contraente in bonis non spetta alcun risarcimento del danno per l'intervenuto scioglimento del contratto (art. 72 c. 4 L.Fall.).

Effetti del subentro.

Se il curatore decide di subentrare nel contratto in luogo del fallito, deve assumersi tutti i relativi obblighi (art. 72 c. 1 L.Fall.).

In questo caso il contraente in bonis assume la posizione di creditore della massa: ha diritto al soddisfacimento delle sue pretese secondo le regole dei crediti prededucibili.

Contratto preliminare.

Il contratto preliminare obbliga le parti che lo hanno sottoscritto a concludere un futuro contratto (c.d. contratto definitivo), di cui è predeterminato il contenuto essenziale.

Pur applicandosi al contratto preliminare la disciplina generale, vi sono alcuni aspetti caratteristici che meritano di essere approfonditi.

La trattazione che segue è prevalentemente incentrata sul preliminare di vendita immobiliare (l'ipotesi più frequente e rilevante nella pratica), ma la disciplina vale anche per il preliminare relativo ad altri contratti. Sopraggiunto il fallimento, l'esecuzione del contratto preliminare è sospesa fino a quando il curatore sceglie se:

- subentrare, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, nel preliminare in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi e accordandosi per concludere il definitivo;
- sciogliersi dal preliminare, evitando così la stipulazione del contratto definitivo (art. 72 c. 3 L.Fall. che richiama l'art. 72 c. 1 L.Fall.).

Non si applica al preliminare la regola che consente al contraente di mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a 60 giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto (art. 72 c. 3 L.Fall.).

Quanto agli effetti del fallimento sul contratto preliminare, questi si differenziano a seconda che a fallire sia il promissario acquirente o il promittente venditore, oppure entrambi.

Fallimento del promissario acquirente

Il fallimento del promissario acquirente comporta effetti che variano a seconda che il curatore scelga di subentrare o sciogliere il contratto preliminare.

Decisione del curatore di sciogliere il contratto

Se il contratto preliminare è sciolto dal curatore:

- al fallimento devono essere restituiti eventuali acconti e caparre versati (in tal senso tra le altre Cass. 7 marzo 1992 n. 2772, Trib. Trani 21 marzo 2008). Se, a tal fine, il curatore intraprende un'azione giudiziale, la competenza è del tribunale fallimentare (in tal senso tra le altre Cass. 8 giugno 2002 n. 8238);

- se il fallimento aveva ricevuto il possesso immediato del bene e lo aveva trasferito ad un terzo, il curatore deve restituire il bene o risarcire il danno determinato dall'impossibilità di restituirlo (in tal senso tra le altre Cass. 25 marzo 1995 n. 3575).

In caso di perdita del possesso anteriore alla dichiarazione di fallimento, il credito risarcitorio ha natura concorsuale. Se la dismissione è stata successiva, il credito si ritiene che diventi prededucibile.

In ogni caso, i crediti del fallito e del promissario venditore sono compensabili (in tal senso tra le altre Cass. SU 2 novembre 1999 n. 755).

Il curatore può decidere di sciogliere il contratto anche se pende il giudizio:

- di risoluzione del preliminare promosso dall'altro contraente prima dell'apertura della procedura concorsuale (in tal senso tra le altre Cass. 23 settembre 1995 n. 10101);

- di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo prima della dichiarazione di fallimento e fino al passaggio in giudicato della sentenza che ha pronunciato sull'esecuzione in forma specifica (in tal senso tra le altre Cass. 10 febbraio 2001 n. 1920, Cass. 16 maggio 1997 n. 4358).

Decisione del curatore di subentrare nel contratto.

Con il subentro nel preliminare, il curatore acconsente a stipulare il contratto definitivo e pagare il corrispettivo come debito della massa.

In presenza di eventuali clausole incompatibili con le finalità della procedura (ad esempio nei contratti di durata dove l'arco temporale di esecuzione del contratto sia incompatibile con la durata della procedura) la dottrina maggioritaria ritiene che sia comunque necessario rispettare integralmente il regolamento pattizio: la presenza di tali clausole dovrebbe essere valutata in sede di scelta quale ragione giustificatrice dello scioglimento (in tal senso Andrioli, Ferrara, Guglielmucci).

Una opinione minoritaria sostiene invece che la incompatibilità delle clausole ne comporti la inefficacia sopravvenuta (Provinciali).

Fallimento del promittente venditore.

Il fallimento del promittente venditore provoca degli effetti, che variano a seconda della decisione del curatore di subentrare o sciogliere il contratto preliminare.

Decisione del curatore di sciogliere il contratto.

Se il curatore opta per lo scioglimento del contratto (art. 72 L.Fall.), la promessa di vendita viene meno fin dall'origine, con effetti retroattivi e definitivi, equiparabili alle ipotesi di nullità o di risoluzione del preliminare (in tal senso tra le altre Cass. 12 aprile 2001 n. 5494).

Se la controparte ha agito in giudizio per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo prima della dichiarazione di fallimento del promittente, trascrivendo la relativa domanda, la sentenza che l'accoglie, anche se

trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli in via generale (in tal senso tra le altre Cass. SU 7 luglio 2004 n. 12505, Cass. 8 luglio 2010 n. 16160).

Altra giurisprudenza ha ammesso che la facoltà del curatore di sciogliersi possa essere esercitata fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino alla stipula del contratto definitivo o fino al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva (art. 2932 c.c.) resa in difetto di adempimento del preliminare. Pertanto, si potrà eccepire l'avvenuto scioglimento del contratto anche nel giudizio di appello, ad esempio, nella comparsa di costituzione o in altro scritto difensivo, anche non sottoscritto dal curatore (come la comparsa conclusionale e le successive repliche del procuratore) e la cui sussistenza sia rilevabile d'ufficio ai fini della decisione (Cass. 7 gennaio 2008 n. 33; nello stesso senso Cass. 1° marzo 2007 n. 4888, che ha ammesso che il curatore possa chiedere comunque lo scioglimento, nonostante il promissario acquirente abbia agito per l'adempimento in forma specifica ed abbia trascritto la domanda stessa). Contro la decisione di scioglimento del contratto è ammissibile reclamo al tribunale fallimentare (ai sensi dell'art. 26 L.Fall.).

Il decreto con cui il tribunale respinge tale reclamo non ha natura decisoria, in quanto non risolve una controversia su diritti soggettivi, ma rientra tra i provvedimenti che attengono all'esercizio della funzione di controllo circa l'utilizzo, da parte del curatore, del potere di amministrazione del patrimonio del fallito.

Tale decreto non è dunque impugnabile con ricorso per cassazione (ai sensi dell'art. 111 Cost.) (in tal senso tra le altre Cass. 11 agosto 2010 n. 18622).

Il curatore può decidere di sciogliersi anche se l'immobile è già stato consegnato, è nel godimento del promissario acquirente e si è avuto l'integrale versamento del prezzo convenuto (Cass. 8 febbraio 2000 n. 1376, App. Milano 5 dicembre 1997).

In tal caso il curatore ha diritto a riottenere l'immobile dal promissario acquirente e può agire in giudizio per il risarcimento del danno qualora quello ritardi la consegna (Cass. 16 aprile 2003 n. 6018).

La controparte che ha anticipato la sua prestazione può insinuare al passivo il credito corrispondente alla parte di prezzo corrisposta, maggiorata degli interessi decorrenti dal giorno del versamento.

Le spese sostenute per eseguire miglioramenti e addizioni vanno rimborsate in prededuzione al mancato acquirente in quanto costituiscono un credito vantato nei confronti della massa e non già verso il fallito (Trib. Catania 30 luglio 1982).

Il contraente in bonis è tenuto a restituire al fallimento i frutti dalla data in cui ne ha avuto la disponibilità al saldo.

La controparte non può chiedere il doppio della caparra confirmatoria in quanto il curatore non può ritenersi una parte inadempiente.

Il curatore deve pertanto restituire eventuali acconti e caparre percepiti (Cass. 7 marzo 1992 n. 2772).

Decisione del curatore di subentrare nel contratto.

A seguito della scelta di subentrare nel contratto, il curatore deve prestare il suo consenso per la stipula del definitivo e deve trasferire la proprietà della cosa al promissario acquirente, garantendolo dall'evizione e dai vizi. Se il promissario acquirente aveva già agito in giudizio per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il definitivo prima della dichiarazione di fallimento del promittente trascrivendo la relativa domanda, tale giudizio prosegue innanzi al giudice già adito, nei confronti della curatela (Cass. 5 aprile 1994 n. 3248, Trib. Verona 17 aprile 2012). La sentenza definitiva che impone al debitore di concludere il contratto definitivo non è opponibile alla massa dei creditori se il contraddittorio non è stato esteso alla curatela (Trib. Bergamo 19 settembre 1998). Tuttavia, il curatore fallimentare ha la facoltà di sciogliersi dal contratto preliminare fino a quando non sia intervenuto l'effettivo trasferimento del bene oggetto di compravendita, cioè fino alla stipula del contratto definitivo ovvero fino al passaggio in giudicato della sentenza (Trib. Novara 8 maggio 2010).

Fallimento di entrambi i contraenti.

Se dopo il fallimento di un contraente viene dichiarato il fallimento dell'altro, può capitare che il curatore del primo fallimento abbia scelto il subentro e quindi l'esecuzione del preliminare, il curatore dell'altro fallimento abbia invece optato per lo scioglimento.

In un concreto, il tribunale non ha assecondato la scelta del primo curatore (come richiesto da una visione cronologica della situazione) ma ha preferito decidere per lo scioglimento, in quanto il primo curatore è esposto alle medesime eccezioni che

avrebbero potuto essere sollevate contro il contraente in bonis: tra queste vi è quella basata sull'esercizio della facoltà di scioglimento spettante al curatore del fallimento del promittente-venditore (Trib. Torino 6 ottobre 1987).

Caso particolare: preliminare trascritto di vendita di immobili.

Di seguito sono trattati gli effetti conseguenti la decisione del curatore di sciogliere il preliminare di vendita di immobili trascritto presso i registri immobiliari (art. 2645 bis c.c.).

Fallimento del promittente venditore

Se fallisce il promittente venditore, il promissario acquirente ha diritto di recuperare le eventuali somme già versate insinuandosi nel passivo fallimentare quale creditore privilegiato (art. 2775 bis c.c.), a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento (art. 72 c. 7 L.Fall.).

Quando il preliminare ha per oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente (o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado), o un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, il contratto prosegue automaticamente (art. 72 c. 8 L.Fall., da ultimo modificato dal DL 83/2012 convertito in L. 134/2012).

L'onere della trascrizione del preliminare è a carico del promissario acquirente se vuole giovare dell'effetto di «prenotazione» e cioè far prevalere la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che comunque costituisca esecuzione del preliminare, sulle trascrizioni ed iscrizioni da eseguire contro il promittente alienante

prima di tali atti ma dopo la trascrizione del preliminare.

2) In caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto, i crediti di restituzione del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati nel momento in cui si verificano i fatti che impediscono la conclusione del contratto definitivo.

Fallimento del promissario acquirente

Se fallisce il promissario acquirente e se questi ha conseguito ancora prima della stipulazione del contratto definitivo il possesso del bene oggetto del contratto, al promittente venditore spetta, per il periodo compreso tra il giorno della consegna dell'immobile al promissario acquirente e la data della comunicazione della volontà del curatore di sciogliere il contratto, un giusto compenso (corrispondente ai canoni che avrebbero potuto essere percepiti sul mercato delle locazioni).

Se il promissario acquirente ha trasferito ad un terzo il bene prima della dichiarazione del suo fallimento, il curatore, sciogliendosi dal contratto preliminare, subentra al fallito nell'obbligo di restituzione del bene e deve riacquistarne il possesso (perché possa essere restituito al promittente) oppure risarcire allo stesso il danno determinato dall'impossibilità della restituzione.

Contratto preliminare di vendita di immobili da costruire - art. 72 bis l. f. -.

In materia di immobili da costruire, la legge prevede una disciplina particolare che ha lo scopo di tutelare la parte più a rischio, ossia il compratore. È possibile infatti che il compratore (che spesso ha già versato una parte del prezzo) si trovi ad affrontare il

fallimento del costruttore-venditore. Allo scopo di tutelarlo, la legge prevede l'obbligo da parte del costruttore-venditore di stipulare apposite assicurazioni e fideiussioni (D.Lgs. 122/2005).

Nel caso di fallimento del costruttore-venditore, occorre distinguere se:

a) il contratto di vendita è stato concluso ed il passaggio di proprietà è già avvenuto: in tal caso, non si applica la disciplina generale della sospensione, ma il contratto deve essere eseguito (art. 72 c. 1 L.Fall.);

b) se, invece, l'immobile da costruire è stato oggetto di preliminare di vendita trascritto (art. 2645 bis c.c.), il contratto è sospeso ed il curatore può scegliere se dare esecuzione al contratto o scioglierlo (art. 72 L.Fall.), anche se il promissario acquirente ha già proposto domanda giudiziale per l'adempimento in forma specifica (ai sensi dell'art. 2932 c.c.) ed ha trascritto tale domanda. In tal caso occorre distinguere:

- se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente ha escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore, il contratto si intende sciolto;

- se l'acquirente decide di attendere la scelta del curatore e questo opta per lo scioglimento del contratto, l'acquirente non può insinuare al passivo il credito risarcitorio costituito dal doppio della caparra confirmatoria versata: questo perché il bene futuro non è ancora venuto ad esistenza e quindi prima dell'apertura del fallimento non era ancora sorto, in capo al promissario acquirente il diritto al recesso derivante dall'inadempimento dell'altro contraente (Cass. 1° dicembre 2010 n. 24396); ha invece diritto di escutere la fideiussione. In ogni caso, la fideiussione non può essere

escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto (art. 3 c. 3 D.Lgs. 122/2005).

Esclusione da revocatoria.

Gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro 12 mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio se posti in essere al giusto prezzo (da valutarsi alla data della stipula del preliminare), non sono soggetti all'azione revocatoria fallimentare (ai sensi dell'art. 67 L.Fall., come modificato dal DL 83/2012 conv. in L. 134/2012).

Non sono, altresì, soggetti a revocatoria i pagamenti dei premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Caso pratico:

la Alfa Srl - impresa edile - stipula nel 2012 un contratto preliminare per persona da nominare con il sig. Rossi avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo sito nel Comune di Pistoia.

Il preliminare viene trascritto ad ogni effetto di legge.

Nel 2013 la Alfa Srl viene dichiarata fallita.

Ci si chiede se la curatela del fallimento Alfa Srl debba considerarsi obbligata a subentrare nel contratto in essere con il sig. Rossi.

Il fallimento Alfa Srl si trova ad affrontare, come altre procedure che hanno investito imprese che svolgevano la propria attività nel settore edile, la problematica relativa all'individuazione di quali siano i presupposti in presenza dei quali il curatore, ex art. 72 l.f. c. 8°, sia obbligato a subentrare nei contratti preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire.

Tra le diverse opzioni circa l'estensione del comma ottavo dell'art. 72, e cioè tra quella secondo cui esso sarebbe applicabile ai soli contratti preliminari aventi ad oggetto beni già realizzati ed esistenti e quella che comprende anche la fattispecie dei contratti preliminari aventi ad oggetto beni da costruire, si ritiene di dover condividere la seconda, in quanto l'art. 72 bis regola i contratti stipulati a norma del D. lgs n. 122 del 2005.

Orbene, eliminato questo dubbio, i requisiti per l'applicazione dell'ottavo comma dell'art. 72 sono, sintetizzando:

- a-che il contratto preliminare sia stato trascritto ai sensi dell'art. 2645 c.c.;
- b-che il promissario acquirente sia una persona fisica ovvero anche giuridica nell'ipotesi di contratto avente ad oggetto un immobile destinato ad essere adibito a sede principale dell'impresa;
- c-che l'immobile oggetto del contratto sia destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado - ovvero nella formulazione a seguito della recente riforma anche "la sede principale dell'impresa" -.

Circa la portata di quest'ultimo requisito - *abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti ed affini entro il terzo grado* - , si ritiene che lo stesso debba essere interpretato tenendo conto della ratio dell'art. 72 c.8 l.f.

In primo luogo, si ritiene, conformemente all'opinione della migliore dottrina, che con detto comma, il legislatore del 2007 abbia voluto potenziare la tutela del promissario acquirente di un immobile ad uso abitativo proteggendo il suo risparmio investito nell'acquisto della casa, ed il diritto all'abitazione.

La norma, come subito è stato sottolineato, costituisce ulteriore eccezione alla regola generale della sospensione, appunto sottraendovi il contratto preliminare con tali caratteristiche, nel quale pertanto il curatore del contraente dichiarato fallito si trova a subentrare ope legis, con l'acquisto dei relativi diritti e l'assunzione dei corrispondenti obblighi derivanti dal contratto (Dimundo 2008, 49).

In tal modo è stata apprestata una tutela all'esigenza abitativa fondata su contratti preliminari trascritti, permanendo invece la facoltà di scelta per gli altri contratti preliminari, in essi compresi quelli aventi ad oggetto immobili da costruire. Lo stesso legislatore si ritiene che abbia ben delimitato i confini della tutela che, da un punto di vista oggettivo, riguarda gli immobili da costruire destinati a civile abitazione mentre dal punto di vista soggettivo il nucleo familiare (l'acquirente, i suoi parenti e affini entro il terzo grado).

Principale si ritiene, quindi, che possa essere solo l'abitazione nella quale l'acquirente o i membri del suo nucleo familiare dimoreranno abitualmente trasferendovi anche la

residenza (sul punto si possono richiamare le norme tributarie in materia di Ici e sulla detraibilità degli interessi passivi di mutuo e delle spese per l'intermediario).

La norma in oggetto, peraltro, non individua con chiarezza i requisiti fattuali in presenza dei quali il curatore possa ritenersi obbligato a subentrare nel regolamento contrattuale stipulato dalla fallita.

In presenza di un contratto preliminare per persona da nominare, una generica riserva di nomina di terzo si ritiene che contrasti con lo spirito della norma, che ha inteso favorire, appunto, i contraenti che dopo aver stipulato un contratto a fini abitativi, vedevano pregiudicate le loro aspettative dal fallimento del promittente venditore; una formula generica darebbe possibilità, al contraente nel cui interesse è posta, nel caso di contratto preliminare di immobile da costruire per persona da nominare, di nominare chiunque andando alla ricerca, in caso di fallimento, di un soggetto in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 72 c. 8 l.f.

La norma in esame, peraltro, non individua con chiarezza i requisiti fattuali in presenza dei quali il curatore possa ritenersi obbligato a subentrare nel regolamento contrattuale stipulato dalla fallita.

In generale si ritiene che la sussistenza dei requisiti previsti da detta norma debba essere verificati e valutati caso per caso.

Nella specie la destinazione ad abitazione principale dovrebbe risultare:

- dal testo del contratto preliminare;
- *ovvero* essersi già attuata al momento del fallimento;

A tal fine appare utile richiedere ai promissari acquirenti, intenzionati a far valere il loro diritto di prelazione nei confronti della procedura fallimentare, di produrre a corredo dell'eventuale atto di esercizio della prelazione i seguenti documenti:

1. il contratto preliminare in originale o copia autentica munito di data certa;
2. la certificazione anagrafica, propria o dei parenti entro il primo grado, attestante la residenza nell'immobile per il quale si esercita la prelazione;

Nel caso in cui i presupposti da ultimo indicati non fossero presenti, si ritiene comunque che la procedura debba effettuare una attenta valutazione sulla convenienza al subentro nel contratto preliminare trascritto.

A norma dell' art. 72 c. 7° l. f., infatti, in se fallisce il promittente venditore, il promissario acquirente ha diritto di recuperare le eventuali somme già versate insinuandosi nel passivo fallimentare quale creditore privilegiato (art. 2775 bis c.c.), a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

In detta ipotesi, in caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto, i crediti di restituzione del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati nel momento in cui si verificano i fatti che impediscono la conclusione.

La procedura dovrà quindi valutare la convenienza per la massa dei creditori dell'eventuale subentro nei contratti preliminari conclusi in epoca antecedente il fallimento e trascritti ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645 bis. c.c.