

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXII
N. 6 NOVEMBRE-DICEMBRE 2006

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

diretti da Francesco Galgano

- **Contratto**
Acquisto di immobili da costruire; contratti di negoziazione e di gestione di portafoglio; responsabilità dell'intermediario finanziario; i vincoli di destinazione; il *pactum de tractando*
- **Diritti della personalità**
Trattamento di dati personali; consenso ai trattamenti sanitari
- **Società**
Diritto societario e diritto comune; il sistema dualistico; i patrimoni di destinazione; responsabilità degli amministratori di s.r.l.; fusioni bancarie
- **Indici generali 2006**

CEDAM

Il diritto di prelazione in favore degli acquirenti di immobili da costruire

1. - *La prelazione come ulteriore strumento di tutela reale*

L'art. 9, d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122 ⁽¹⁾, prevede un ulteriore strumento di tutela a favore degli acquirenti di immobili da costruire, consistente nel diritto di prelazione sul bene medesimo ⁽²⁾.

Il legislatore delegato ha voluto attribuire all'acquirente di immobile da costruire, sia una tutela meramente obbligatoria, sia una tutela reale ⁽³⁾, tanto da riconoscere all'acquirente medesimo, anche nel caso in cui abbia

⁽¹⁾ Pubblicato nella *G.U.* 6 luglio 2005, n. 155, ed entrato in vigore il 21 luglio 2005.

⁽²⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, p. 104 ss.; C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1296 ss.; SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 179 ss.; PETRELLI, *Gli acquirenti dell'immobile da costruire*, Milano, 2005, p. 329 ss.; DE MARZO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 1132; DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 56 ss.; IMPAGNIATELLO, *Aspetti processuali della tutela degli immobili da costruire*, richiamato da DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto*, cit.; RIZZI, *Commento al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Not.*, 2005, p. 453 s.; LEO, *Le nuove norme a tutela degli immobili da costruire*, in *Contratti*, 2005, p. 749; TAMPANO, *La prelazione in favore degli immobili da costruire*, in *Immobili & proprietà*, 2005, p. 500 ss.; DI APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fallimento*, 2005, p. 1130; COSTATA, in DE CRISTOFARO E COSTATA, *Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni*, in *Studium Juris*, 2005, p. 1016.

⁽³⁾ Cfr. FABIANI, *Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2843, il quale aveva anticipato che l'importanza e la decisività dell'intervento del legislatore delegato (dalla l. 2 agosto 2004, n. 210) si misureranno, verosimilmente, sul terreno della tutela «reale», ovverosia sulla introduzione di norme che consentano la prosecuzione del godimento della casa, ma le regole dovranno essere orchestrate in modo da non pretermettere ulteriormente i diritti di quei creditori chirografari che, «depredati» dalla proliferazione della cause di prelazione, si troveranno ora esposti a non poter neppure fare più affidamento sugli introiti delle vendite fallimentari relative a beni immobili per i quali il curatore, sino ad ora, aveva normalmente esercitato la facoltà di scioglimento di cui all'art. 72 l. fall.

già escusso la garanzia fideiussoria ⁽⁴⁾, il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile sottoposto a vendita forzata.

L'art. 9, comma 1°, d. lgs. n. 122 del 2005, infatti, dispone che «qualora l'immobile sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado, all'acquirente medesimo, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, è riconosciuto il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'art. 584 c.p.c.».

Il diritto di prelazione in questione è stato ritenuto irrinunciabile, prima della comunicazione all'avente diritto da parte della autorità che procede alla vendita dell'immobile, ai sensi dell'art. 9, comma 2°, d. lgs. n. 122 del 2005 ⁽⁵⁾.

2. - *Compatibilità del diritto di prelazione con la vendita forzata: regola o eccezione?*

La norma in questione considera il diritto di prelazione compatibile con la vendita forzata con incanto. Nulla dice, invece, in merito all'ipotesi, già in passato più frequente ⁽⁶⁾, di vendita forzata senza incanto che, a

⁽⁴⁾ La fideiussione, che tra l'altro ai sensi dell'art. 2, d. lgs. n. 122 del 2005 deve essere dal costruttore consegnata all'acquirente all'atto della stipula del contratto, pena la nullità di quest'ultimo, garantisce già il diritto dell'acquirente alla restituzione degli eventuali acconti riscossi dal costruttore in crisi.

⁽⁵⁾ Cfr. LUMINOSO, *La compravendita*, V ed., Torino, 2006, p. 452, il quale alla nota 1, precisa che la giurisprudenza e parte della dottrina escludono la possibilità per l'avente diritto di rinunciare al diritto di prelazione legale prima che intervenga la notificazione della *denuntiatio* (v., per tutti, Cass., 29 maggio 1998, n. 5306; CARPINO, voce *Prelazione e riscatto (immobili urbani)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 6). L'a., inoltre, ritiene che, in relazione alla prelazione in esame, la irrinunciabilità potrebbe, forse, essere anche argomentata dalla indisponibilità del diritto all'abitazione, alla cui tutela, come si è rilevato in precedenza, la norma è preordinata.

⁽⁶⁾ Cfr. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 58, il quale precisa che, benché il testo dell'art. 108 l. fall. (oggi abrogato) esprima la preferenza legislativa per la vendita con incanto, notissime ragioni di efficienza inducono i tribunali a preferire sempre più spesso la vendita senza incanto. Al riguardo APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fall.*, 2005, p. 1130, prima della riforma fallimentare, rilevava che la prelazione è letteralmente riconosciuta solo in caso di vendita con incanto e non anche di vendita senza incanto - che pure è rappresentata la modalità più praticata per le vendite fallimentari; il problema tuttavia è agevolmente aggirato dall'art. 108, comma 1°, l. fall., che consente il ricorso alla vendita senza incanto con l'assenso dei creditori che abbiano un diritto di prelazione sull'immobile, compresi quindi gli eventuali promissori acquirenti.

ben vedere, sia a seguito delle innovazioni al processo di esecuzione ⁽⁷⁾, sia a seguito della riforma fallimentare ⁽⁸⁾, è diventata la necessaria e preliminare procedura da seguire prima di poter esperire l'eventuale e sussidiaria procedura di vendita all'incanto ⁽⁹⁾.

Il nuovo art. 569 c.p.c., infatti, impone al giudice dell'esecuzione di procedere preliminarmente alla vendita senza incanto, fissando con ordinanza un termine non inferiore a novanta giorni, e non superiore a centoventi, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'art. 571 c.p.c. Il giudice, con la medesima ordinanza, stabilisce le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, fissa, al giorno successivo alla scadenza del termine, l'udienza per la deliberazione sull'offerta e per la gara tra gli offerenti di cui all'art. 573 c.p.c. Con la suddetta ordinanza il giudice dell'esecuzione può delegare ad un professionista (notaio, avvocato o dottore commercialista), ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c., il compimento delle operazioni di vendita secondo le modalità indicate al terzo comma del medesimo art. 569 c.p.c.

Il giudice dell'esecuzione procederà, invece, alla vendita con incanto di cui all'art. 576 c.p.c., solo nel caso in cui non siano proposte offerte d'acquisto entro il termine stabilito, ovvero nel caso in cui le stesse non siano efficaci ai sensi dell'art. 571 c.p.c., ovvero nel caso in cui si verifichi una delle circostanze previste dall'art. 572, comma 3°, c.p.c., ovvero nel caso, infine, in cui la vendita senza incanto non abbia luogo per qualsiasi altra ragione.

Il nuovo art. 107 l. fall. prevede che le vendite e gli altri atti di liquidazione sono effettuati dal curatore, tramite procedure competitive ⁽¹⁰⁾, vol-

⁽⁷⁾ Cfr. art. 2, comma 3°, lett. e), n. 26, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella l. 14 maggio 2005, n. 80, come modificato dall'art. 1, comma 3°, lett. m), l. 28 dicembre 2005, n. 263. A norma dell'art. 2, comma 3° *sexies*, dello stesso provvedimento, come sostituito dall'art. 1, comma 6°, l. 28 dicembre 2005, n. 263 e successivamente modificato dall'art. 39 *quater*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, nella l. 23 febbraio 2006, n. 51. In particolare l'art. 569 c.p.c. è entrato in vigore il 1° marzo 2006 e si applica anche alle procedure esecutive pendenti a tale data di entrata in vigore. Quando tuttavia è già stata ordinata la vendita, la stessa ha luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore. L'intervento dei creditori non muniti di titolo esecutivo conserva efficacia se avvenuto prima del 1° marzo 2006.

⁽⁸⁾ Cfr. d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, entrato in vigore il 16 luglio 2006.

⁽⁹⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1298, il quale precisa altresì che la l. n. 80 del 2005 ha eliminato la discrezionalità del giudice nella scelta tra vendita con e senza incanto.

⁽¹⁰⁾ Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, p. 240, il quale ritiene che in ossequio al principio di libertà delle forme non è più necessario procedere alla vendita de-

te cioè a favorire la partecipazione agli esperimenti di vendita del maggior numero possibile di interessati adeguatamente informati ed al conseguimento del miglior corrispettivo possibile. Pertanto, dato che la vendita con incanto non si è storicamente rivelata una procedura competitiva ⁽¹¹⁾, il predetto art. 107 l. fall. (che sostituisce l'abrogato art. 108 della vecchia l. fall.), non dispone più che la vendita immobiliare debba farsi con incanto.

Orbene, se si dovesse seguire alla lettera la disposizione di cui all'art. 9, d. lgs. n. 122 del 2005, il diritto di prelazione ivi previsto non sarebbe quasi mai operante, dato che, oggi, la vendita con incanto è solo residuale e sussidiaria alla vendita senza incanto.

Molti autori hanno pertanto proposto di applicare, in base ad una interpretazione ragionevole e costituzionalmente orientata dell'art. 9, d. lgs. n. 122 del 2005, il diritto di prelazione in questione anche alla procedura di vendita senza incanto ⁽¹²⁾, ed in ogni figura di vendita immobiliare concernente il bene caduto nell'attivo fallimentare ⁽¹³⁾.

gli immobili nelle forme della vendita con incanto o della vendita senza incanto, che comportavano fra l'altro il differimento del trasferimento della proprietà al momento dell'emanazione da parte del giudice delegato, previo assolvimento delle formalità fiscali della registrazione, del decreto di trasferimento. L'a. ritiene quindi ora possibile l'utilizzo dello strumento privatistico del contratto di compravendita, in precedenza precluso per l'affermata nullità delle vendite fallimentari effettuate in detta forma.

⁽¹¹⁾ Cfr. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 58.

⁽¹²⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1298, il quale precisa che, determinato definitivamente il prezzo tra gli offerenti ai sensi dell'art. 573 c.p.c. (o in quello successivo di vendita all'incanto), l'autorità che procede alla vendita, oppure il professionista ai sensi dell'art. 591 bis, c.p.c., deve dare comunicazione del prezzo medesimo e delle condizioni alle quali esercitare la prelazione, a pena di decadenza; SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sichiero, Padova, 2005, p. 186, il quale ritiene che nel silenzio della norma, la quale pare considerare *ex professo* unicamente l'ipotesi di vendita all'incanto, l'autorità procedente debba ugualmente inviare la comunicazione all'avente diritto entro dieci giorni dalla pronuncia del decreto di aggiudicazione anche nella ipotesi di vendita senza incanto.

⁽¹³⁾ Cfr. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 58, il quale precisa che questa interpretazione, oltre ad impedire la tacita abrogazione dell'art. 9, è imposta dalla Costituzione. In mancanza di una simile lettura manipolativa e adeguatrice, la disposizione si esporrebbe alla censura di incostituzionalità: perché irragionevole ai sensi dell'art. 3 Cost. e perché in contrasto con l'art. 47 Cost. Sul punto si v. PETRELLI, *Gli acquirenti dell'immobile da costruire*, Milano, 2005, p. 337; COSTATA, in DE CRISTOFARO E COSTATA, *Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni*, in *Studium Juris*, 2005, p. 1016, in nota.

La suddetta condivisibile interpretazione, se si dovesse intendere non già come estensiva, bensì come analogica ⁽¹⁴⁾, sarebbe ammissibile solo nella ipotesi in cui si riconosca, in via generale, e non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, la compatibilità tra diritto di prelazione e vendita forzata.

Al riguardo però va detto che la S.C. ha in passato più volte statuito che «salvo esplicite deroghe in senso contrario, vi è una generale incompatibilità del diritto di prelazione con le vendite coattive, e in particolare con quelle fallimentari; tale incompatibilità vale non solo per le prelazioni legali, ma anche, a maggior ragione, per quelle di origine convenzionale» ⁽¹⁵⁾.

Si legge in motivazione:

contrariamente a quanto rilevano i giudici del merito, invero, la giurisprudenza di questa Corte, che esclude l'efficacia della prelazione legale rispetto alle vendite coattive, segnatamente a quelle fallimentari, si fonda principalmente sulla incompatibilità del diritto di prelazione con la procedura concorsuale; e trova solo una conferma a tale assunto nell'interpretazione letterale delle norme che la prelazione prevedono (Cass., sez. I, 7 luglio 1999, n. 7056). Si è rilevato in particolare che la vendita coattiva, eseguita in una delle forme previste dalla legge, consente anche al prelazionario di partecipare alla gara e di acquistare il bene, perché non v'è una scelta dell'acquirente da parte del venditore, che si limita solo a fissare il prezzo minimo di aggiudicazione (Cass., sez. III, 6 aprile 1990, n. 2900). Sicché in sede fallimentare, privato il proprietario della facoltà di disporre del bene, sarebbe irragionevole ritenere che «un interesse di natura privatistica, quale la prelazione ereditaria, urbana o agraria, possano limitare od ostacolare l'attività di natura pubblicistica degli organi fallimentari diretta alla liquidazione dei beni del fallito per il soddisfacimento dei creditori» (Cass., sez. I, 7 luglio 1999, n. 7056, cit. in motivazione). E in realtà il diritto di prelazione finirebbe per ridurre le possibilità di vendere il bene alle migliori possibili condizioni, sottraendo all'esigenza della gara uno dei potenziali acquirenti. D'altro canto è vero che la giurisprudenza di questa Corte riconosce anche rispetto alle vendite coattive l'efficacia del diritto di prelazione legale attribuito allo Stato sui beni di interesse artistico dalla l. n. 1089 del 1939 (Cass., sez. I, 1° giugno 1992, n. 6612); ma tale riconoscimento si fondava su un preciso dato testuale, desunto dall'art. 60, r.d. 30 gennaio 1913, n. 363, all'epoca vigente, che esplicitamente prevedeva l'applicabilità della prelazione anche «in caso di vendita agli incanti giudiziali» ed è richiamato dall'art. 73 della legge (Cass., sez. un., 27 giugno 1986, n. 4282). Deve quindi ritenersi che l'orientamento della giurisprudenza sia nel senso di una generale incompatibilità di principio del diritto di pre-

⁽¹⁴⁾ Sulla distinzione tra interpretazione estensiva ed interpretazione analogica si v., tra tutti, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1980, p. 33 ss. e p. 350 ss.; ALPA, *Storia, Fonti, interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.*, Milano, 2000, p. 833 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass., sez. I, 19 novembre 2003, n. 17523, rel. Nappi.

lazione con le vendite coattive, e in particolare con quelle fallimentari, salvo esplicite deroghe in senso contrario. E questa incompatibilità, se vale per le prelazioni legali, a maggior ragione deve valere, come esattamente sostiene la società ricorrente, per le prelazioni di origine convenzionale. Diverse indicazioni non possono infatti desumersi da una decisione di questa Corte, richiamata dal comune controricorrente, relativa a un caso in cui si sosteneva che lo stesso liquidatore della procedura concorsuale avesse riconosciuto a taluno per via negoziale un diritto di prelazione convenzionale (Cass. sez. I, 1° giugno 1992, n. 6612).

In altre decisioni la Cassazione ha ribadito che «in sede di vendita fallimentare non è esercitabile il diritto di prelazione del coerede previsto dall'art. 732 c.c.»⁽¹⁶⁾.

Si legge in motivazione:

è consolidato orientamento di questa Corte - ripetutamente espresso in tema di prelazione urbana (Cass. n. 12225 del 1996; Cass., 14 gennaio 1994, n. 339; Cass., 6 aprile 1990, n. 2900; Cass., 30 maggio 1984, n. 3298; Cass., 13 gennaio 1981, n. 295) - che lo *ius prelacionis* non trovi applicazione quando gli atti di alienazione non sono riconducibili ad una libera determinazione del proprietario. Anche la prelazione ereditaria - che il legislatore riconosce al coerede con l'intento di impedire l'ingresso di un estraneo nella comunione ereditaria - presuppone la volontarietà dell'alienazione come si evince dalla formula adottata dal legislatore («il coerede che vuole alienare la sua quota o parte di essa») dello stesso tenore di quella dell'art. 38, l. n. 392 del 1978 («il locatore che intende trasferire a titolo oneroso l'immobile locato»). Le ragioni della esclusione, che possono essere richiamate anche per la prelazione ereditaria, sono state individuate, anzitutto, nella rilevata volontarietà dell'alienazione. Il proprietario-venditore sceglie il prezzo e l'acquirente e la prevista comunicazione al conduttore (art. 38, comma 2°, l. n. 392 del 1978 per la prelazione urbana) ed agli altri coeredi (art. 732, comma 1°, c.c. per la prelazione ereditaria) è diretta alla tutela del prelazionario al quale il legislatore ha voluto garantire la possibilità di restare in possesso dell'immobile o di impedire ad un estraneo di partecipare alla comunione ereditaria. Nella vendita coattiva l'organo incaricato - che non sceglie l'acquirente e determina solo il prezzo minimo di aggiudicazione - eseguendo la vendita in una delle forme previste dalla legge, consente a chiunque e quindi anche al locatario, al coerede o al colono, di partecipare alla gara ed acquistare il bene. È stato, altresì, condivisibilmente rilevato che il diritto non può essere esercitato in sede fallimentare in quanto le facoltà dei soggetti del rapporto destinatari delle norme sulla prelazione più non sussistono avendo il fallimento privato il proprietario della facoltà di disporre del bene. La disposizione di carattere eccezionale, limitativa del diritto del locatore e del coerede di alienare, non può, infatti, ragionevolmente essere estesa ad un terzo quale è l'organo fallimentare. Con specifico riferimento alla prelazione ereditaria, in dottrina è stato osservato che tale diritto non è esercitabile in sede di vendita forzata per il carattere pubblicistico dell'istituto (fallimento). Il rilievo è certamente decisivo diven-

(16) Cfr. Cass., sez. I, 7 luglio 1999, n. 7056, rel. Reale.

dosi ragionevolmente respingere l'assunto che disposizioni di legge dirette a tutelare un interesse di natura privatistica, quale la prelazione ereditaria, urbana o agraria, possano limitare od ostacolare l'attività di natura pubblicistica degli organi fallimentari diretta alla liquidazione dei beni del fallito per il soddisfacimento dei creditori. Conferma la esattezza della soluzione accolta il rilievo che il legislatore, avendo disciplinato la prelazione agraria (art. 8, l. n. 590 del 1965) adottando la generica formula «trasferimento a titolo oneroso» senza alcun riferimento alla sua volontarietà («vuole alienare» o «intende trasferire» come sopra richiamate), abbia poi ritenuto opportuno (art. 8, comma 2°) sancirne espressamente l'esclusione nelle ipotesi di vendite forzate (fallimentari e non). Ad ulteriore conforto della inapplicabilità della prelazione in sede di vendita forzata deve considerarsi, come rilevato in dottrina, che il regolare svolgimento delle gare, con o senza incanto, verrebbe intralciato dalla previsione di una non contemplata «aggiudicazione sotto condizione» (dell'esercizio della prelazione) che sicuramente ridurrebbe la partecipazione di possibili acquirenti. Non è superfluo rilevare, infine – con specifico riferimento al tema della prelazione ereditaria – che non compete all'organo fallimentare accertare la sussistenza delle condizioni per l'esercizio dello *ius prelacionis* e, in particolare, valutare se oggetto della vendita sia una quota ereditaria intesa come porzione ideale dell'*universum ius* o, non piuttosto, una quota ideale dei beni, specificamente determinata, giudizio questo che, per costante orientamento della giurisprudenza (Cass., 25 maggio 1990, n. 4749; Cass., 15 giugno 1988, n. 4092; Cass., 9 giugno 1987, n. 5042) richiede un'adeguata valutazione degli elementi concreti della fattispecie.

Secondo il suddetto orientamento, dunque, lo *ius prelacionis* non potrebbe trovare applicazione tutte le volte in cui gli atti di alienazione non siano riconducibili ad una libera determinazione del proprietario.

Tenendo presente la suddetta massima, già da tempo la Cassazione ha rilevato che, la sostanziale differenza esistente tra la procedura fallimentare e quella di concordato preventivo non consente di adottare per quest'ultimo il criterio secondo cui per le vendite fallimentari è inoperante l'esercizio del diritto di prelazione⁽¹⁷⁾. Mentre, infatti, per la prima l'attività svolta dagli organi fallimentari è diretta a finalità pubblicistiche e non

(17) Sulla inapplicabilità della prelazione di cui all'art. 38, l. n. 392 del 1978 nella vendita fallimentare si v. Cass., 30 maggio 1984, n. 3298, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2993; Cass., 13 gennaio 1981, n. 295, in *Foro it.*, 1981, I, c. 689, con nota di Borrè, *Vendite forzate e prelazione del conduttore urbano*. In tema di prelazione agraria ex art. 8, l. n. 590 del 1965 (il cui comma 2° esclude l'operatività dell'istituto «nei casi di permuta, vendita forzata, liquidazione coatta, fallimento...»), nel senso che il diritto di retratto del conduttore sussiste anche nell'ipotesi di vendita del fondo in sede di concordato preventivo, v. Trib. Avellino, 30 gennaio 1980, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 146; *contra* App. Ancona, 2 novembre 1977, in *Giur. agr. it.*, 1979, p. 370, con nota critica di Triola. Per riferimenti, v. anche D. BELLANTUONO, *Prelazione agraria e cessione dei beni ai creditori (nota a Cass. 23 ottobre 1979, n. 5548)*, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1045.

può soffrire impedimenti da norme regolanti rapporti privatistici, diverso è il caso del concordato preventivo, che importa una situazione di origine convenzionale, che non esclude la libera determinazione del proprietario di addivenire al trasferimento dell'immobile sotto il profilo privatistico attraverso il liquidatore, nell'osservanza delle norme regolanti l'istituto della prelazione commerciale ⁽¹⁸⁾.

La sostanziale differenza tra le due procedure, che esclude qualunque incompatibilità tra atti dispositivi e concordato preventivo, è stata ripresa e sottolineata anche successivamente dalla Cassazione ⁽¹⁹⁾. Una delle tra-

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 1° febbraio 1988, n. 913, rel. Cruciali, in *Foro it.*, 1989, I, c. 203, la quale ha statuito che, nel caso di vendita in sede di concordato preventivo di un immobile locato ad uso diverso dall'abitazione, va riconosciuto al conduttore di esso il diritto di prelazione di cui all'art. 38, l. n. 392 del 1978. Sul punto si v. CAPUTO, *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Milano, 1987, p. 78 ss.; N. CORBO, *Prelazione ex art. 38 l. n. 392 del 1978 e subastazione dei beni; caratteri dell'istituto e limiti esterni alla operatività del privilegio (nota a Trib. Roma 10 luglio 1981)*, in *Giur. merito*, 1983, p. 651; REZZONICO, *Prelazione locatizia e legge fallimentare*, in *Locazioni urbane*, 1985, p. 181. In dottrina, l'interpretazione limitatrice dell'ambito di applicazione degli artt. 38 e 39, l. n. 392 del 1978 al solo caso della compravendita è seguita da MICCIO, *La locazione*, Torino, 1980, p. 515, e (sembrebbe) da POTENZA-CHIRICO-ANNUNZIATA, *L'equo canone*, Milano, 1978, p. 354. Di opinione opposta è, peraltro, la netta maggioranza degli autori, secondo cui è la stessa formulazione delle disposizioni dell'art. 38 cit. ad impedire una interpretazione in senso così riduttivo della locuzione «trasferire a titolo oneroso» adoperata dal legislatore; in particolare, ALOISIO, *Equo canone*, Padova, 1980, p. 455, e CAPUTO, *op. cit.*, p. 72 ss., mettono in evidenza che non deve trarre in inganno il riferimento alla compravendita del comma 2° dell'art. 38, il quale attiene non già al negozio giuridico attraverso cui il locatore intenda trasferire al terzo la proprietà dell'immobile locato, bensì allo schema contrattuale che verrà adottato in caso di esercizio della prelazione da parte del conduttore. Nel senso che la prelazione ex art. 38 opera non soltanto in caso di vendita, ma tendenzialmente in ogni caso di trasferimento oneroso dell'immobile, v. anche: CASAROTTO, *I nuovi problemi della prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 633; TERZAGO, *Diritto di prelazione e riscatto*, Milano, 1980, p. 8 ss.; CIAN, *Le locazioni per uso non abitativo - Atti del convegno di Milano 5 luglio 1979*, Padova, 1979, p. 104 ss.; PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 522; TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, III, 11, Torino, 1984, p. 631 ss.; COSENTINO-VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986, p. 477.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 1° giugno 1999, n. 5306, rel. Plenteda, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2869, secondo cui, l'art. 2914 c.c. - per cui sono inefficaci nei confronti del creditore pignorante e di quelli intervenuti nell'esecuzione le cessioni di credito notificate al debitore o da lui accettate successivamente al pignoramento - non si applica all'ipotesi di concordato preventivo, posto che non vige il divieto di cui all'art. 45 l. fall., che non è richiamato dal successivo art. 169 e che il concordato preventivo diversamente dal fallimento non può essere equiparato ad un pignoramento generale. Ai fini dell'inapplicabilità, in tema di concordato preventivo, della disposizione di cui all'art. 2914 c.c. non acquisisce rilievo la distinzione fra concorda-

vi portanti della soluzione adottata, poggia sulla qualificazione del procedimento di concordato preventivo, come procedimento di natura essenzialmente privatistica, nel quale la posizione del debitore è connotata da profonde differenze rispetto a quella del fallito ⁽²⁰⁾. Durante la procedura

to preventivo con cessione di beni e concordato preventivo remissorio solutorio; ogni possibilità di applicazione della disposizione suddetta è infatti, anche nel caso di concordato preventivo con cessione di beni, resistita dalla circostanza per cui la equiparazione al pignoramento in essa disposizione delineata ha ragione di essere, ai sensi degli art. 54, comma 3° e 45 l. fall., solo per il fallimento e non per il concordato preventivo, la cui funzione, in entrambe le fattispecie sopra richiamate, è profondamente diversa da quella del fallimento, non potendosi, dalla presenza di elementi comuni quali quelli del divieto di esercizio di azioni esecutive individuali e della insensibilità del patrimonio assoggettato al procedimento rispetto ad ogni nuova obbligazione, desumersi identità di disciplina anche con riguardo alla disciplina di cui all'art. 2914 cit.; in ogni caso una diversità di disciplina sul punto non potrebbe desumersi dalla differenza di struttura delle due su richiamate forme di concordato preventivo, posto che il concordato con cessione di beni si connota semplicemente per i profili della liberazione del debitore in termini più ampi (art. 186 l. fall.) e della indeterminatezza della percentuale assicurata ai creditori chirografari; non a caso - del resto - in entrambe le suddette forme il debitore conserva l'amministrazione del patrimonio in quanto titolare dell'impresa che resta in esercizio, nonché la legittimazione a compiere atti di amministrazione, senza distinzione, in termini di efficacia, tra quelli anteriori alla proposta di concordato e quelli successivi; ne consegue che, salve la presenza della direzione del giudice delegato e della vigilanza del commissario giudiziale, e l'esigenza dell'autorizzazione del primo per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (senza la quale essi sono inefficaci ed idonei a produrre la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173 l. fall.), i limiti alla generale opponibilità, ai creditori, degli atti compiuti sul patrimonio sono solo quelli previsti dalla legge, e - cioè - dagli artt. 167 e 168 l. fall. In senso contrario si v. Cass., 6 aprile 1990, n. 2900, rel. Francabandera, in *Foro it.*, 1991, I, c. 863, secondo cui, il conduttore di un immobile urbano adibito ad uso diverso dall'abitazione non ha diritto alla prelazione di cui all'art. 38, l. n. 392 del 1978, se l'immobile locato sia alienato in sede di concordato preventivo (nella specie, si trattava di concordato con cessione dei beni ai creditori); Cass., 14 gennaio 1994, n. 339, rel. Bibolini, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1420, in *Fall.*, 1994, p. 811, con nota di PANZANI, *Prelazione del conduttore e concordato preventivo*; in *Giust. civ.*, 1994, I, 1543, con nota di LO CASCIO, *Inapplicabilità della prelazione del conduttore alle vendite eseguite in sede di liquidazione giudiziaria del concordato preventivo*, secondo cui, in caso di vendita in sede di concordato preventivo di un immobile locato ad uso diverso dall'abitazione, al conduttore di esso non spetta il diritto di prelazione di cui all'art. 38, l. n. 392 del 1978; né è configurabile a suo favore un diritto di prelazione di natura convenzionale, per il fatto che il liquidatore del concordato preventivo gli abbia notificato la *denuntiatio*. Per una soluzione intermedia si v. TRIOLA, *La prelazione urbana*, Milano, 1990, p. 72, secondo il quale, in caso di locatore assoggettato a concordato preventivo, la prelazione deve ritenersi esclusa quando la procedura si attui mediante vendita all'incanto, ma non anche quando si realizzi a trattativa privata.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 3 maggio 2000, n. 5511, rel. FIORETTI, in *Foro it.*, 2001, I, c. 238, con nota di FABIANI, *Consecuzione fra pignoramento e concordato preventivo liquidatorio*, nella quale si

il debitore, infatti, conserva la titolarità e la disponibilità del patrimonio, mantenendo, sia pure sotto la direzione del giudice delegato e la vigilanza del commissario, l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa⁽²¹⁾. I limiti all'opponibilità degli atti compiuti sul patrimonio sono soltanto quelli previsti dagli artt. 167 e 168 l. fall.⁽²²⁾. Come è stato ulteriormente precisato, il concordato con cessione dei beni non ha alcuna efficacia traslativa della proprietà, e comporta soltanto il trasferimento dei poteri finalizzati alla liquidazione e, conseguentemente, della legittimazione a disporre dei beni ceduti⁽²³⁾. Il debitore conserva, infatti, il diritto di esercitare le azioni e di resistervi, nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio; ciò anche quando, venuti meno quei poteri con la chiusura del concordato, l'esercizio di tutti i crediti è restituito alla piena disponibilità del debitore cedente, che torna ad assommare in sé la titolarità giuridica e i poteri di gestione, e conserva, conseguentemente, la legittimazione (sia dal lato attivo sia da quello passivo) all'esercizio delle azioni relative alle attività cedute⁽²⁴⁾.

era sostenuto che gli effetti sostanziali del pignoramento trascritto non si trasferiscono a favore dei creditori concorsuali del debitore sottoposto a concordato preventivo (nella specie, con cessione dei beni), proprio sul presupposto della inapplicabilità del regime fallimentare in tema di liquidazione dell'attivo. Sulla natura del concordato preventivo, si v. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001, p. 719 ss.; RUSSO, *Il concordato preventivo. Natura giuridica e finalità*, in *Fall.*, 1992, p. 221. Sulla concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare si v., per tutti, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, p. 315 ss.

(21) Cfr. Cass., 19 novembre 1998, n. 11662, rel. Panebianco, in *Fall.*, 1999, p. 1098, secondo cui, in caso di concordato preventivo, a differenza di quanto si verifica nella ipotesi di fallimento, il debitore non perde del tutto la sua capacità sostanziale e processuale in ordine ai rapporti patrimoniali, che continua ad esercitare in forma attenuata, mentre il commissario giudiziale assolve solo un compito di vigilanza; ne consegue che nessun conflitto di interessi è ipotizzabile con la procedura nella ipotesi di controversia in ordine al compenso dello stesso commissario speciale, e, pertanto, non si pone alcuna necessità di nomina di un curatore speciale.

(22) Cfr. Cass., 1° giugno 1999, n. 5306, rel. Plenteda, cit.

(23) Cfr. Cass., 1° giugno 1999, n. 5306, rel. Plenteda, cit.

(24) Cfr. Cass., 11 agosto 2000, n. 10738, rel. Perconte Licatese, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 883, e in *Fall.*, 2001, p. 781, con nota di Patti, secondo cui, la procedura di concordato preventivo mediante cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore cedente conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi, nei confronti di terzi, a tutela del proprio patrimonio, soprattutto allorché - venuti meno quei poteri con la chiusura del concordato - l'esercizio di tutti i crediti viene restituito alla piena disponibilità del debitore cedente, che torna ad assommare in sé la titolarità giuridica e i poteri di gestione, con piena libertà di

In tale quadro non vi sono ragioni per ritenere fondatamente che il diritto del prelazionario resti caducato (o sia reso comunque inoperante) con l'apertura della procedura di concordato preventivo; né che esso venga comunque meno, dopo la sua omologazione, con il trasferimento della disponibilità dei beni al liquidatore, dato che gli effetti della liquidazione conseguono in ogni caso (anche) alle determinazioni del debitore. Se, infatti, il rapporto giuridico preesistente non si scioglie (come è generalmente ritenuto, in virtù del mancato richiamo nella disciplina del concordato preventivo delle disposizioni dettate negli artt. 72-83 sul fallimento) per effetto del decreto di ammissione al concordato, né con l'omologazione della proposta, esso, evidentemente, perdura nei suoi contenuti, e, quindi, anche relativamente alla sua soggezione all'obbligo di accordare la prelazione. Né i riferimenti normativi⁽²⁵⁾ consentono di ricavare in via di interpretazione sistematica l'oggettiva incompatibilità della prelazione con la fase esecutiva del concordato: sia perché la forma e le modalità della liquidazione competono al debitore cedente (che può stabilire la vendita a trattativa privata, e il tribunale interviene, ai sensi dell'art. 182 l. fall., solamente se il concordato non dispone diversamente); sia perché, non rispondendo l'esclusione della prelazione nella vendita forzata a ragioni di principio, è irrilevante che il trasferimento si attui con atti di carattere negoziale ovvero coattivo⁽²⁶⁾. La norma che prevede l'esclusione (art. 8, comma 2°, l. n. 590 del 1965, cit.) è ritenuta, infatti, di stretta interpretazione⁽²⁷⁾, e non vieta che l'aggiudicazione del bene in asta pubblica sia condizionata al mancato esercizio della prelazione⁽²⁸⁾. D'altronde, è già positivamente

azione e senza neanche più l'astratta possibilità di un contrasto di interessi con i creditori cessionari; conseguentemente, chiusa la procedura, il debitore cedente è legittimato attivamente a proporre azione di risarcimento nei confronti di terzi per il danno derivante dal dissesto finanziario, essendo invece inammissibile che tale diritto, rimasto di proprietà del suo titolare e sfuggito alla liquidazione, non possa essere azionato né dagli organi del concordato, decaduti per effetto della definitiva conclusione di questo, né dal suo titolare, e debba restare, in definitiva, privo di tutela.

⁽²⁵⁾ Cfr. l'art. 8, l. 26 maggio 1965 n. 590, che, in relazione alla proprietà coltivatrice, prevede che la prelazione non possa essere esercitata anche nella procedura di fallimento e di concordato preventivo con cessione di beni, e, in genere, nelle ipotesi di vendita forzata.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 2576, rel. Celentano, in *Giust. civ.*, 2005, I, 503, con nota di Cultrera.

⁽²⁷⁾ Cfr. Cass., sez. III, 1° aprile 2003, n. 4914, rel. Petti, secondo cui, in materia di contratti agrari, il comma 1° dell'art. 8, l. n. 590 del 1965, come norma di stretta interpretazione in quanto apportante speciali limitazioni al diritto di proprietà, contempla un numero chiuso di situazioni soggettive protette e non può trovare applicazione oltre i casi ivi previsti.

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass., 12 ottobre 1982, n. 5264, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 474, con nota di Triola, secondo cui, il diritto di prelazione di cui all'art. 8, l. 26 maggio 1965, n. 590 sussiste an-

previsto, sia dalla regola generale di cui all'art. 498 c.p.c., che impone al creditore espropriante di dare comunicazione dell'espropriazione ai soggetti aventi un diritto di prelazione sui beni pignorati, sia dall'art. 2471 c.c., che riproduce, sostanzialmente, il previgente art. 2480 c.c., in tema di espropriazione di quote di s.r.l., che il diritto di prelazione è compatibile con la vendita forzata: alla società a responsabilità limitata, infatti, è tuttora consentito (e non rileva qui soffermarsi sui limiti di operatività delle relative clausole statutarie) presentare, dopo l'aggiudicazione, altro acquirente che offra lo stesso prezzo. Infine, è da escludere che la prelazione incida, di per sé, negativamente sugli interessi dei creditori, perché essa comporta il solo onere della *denuntiatio* e, in ogni caso, come è stato ripetutamente sottolineato in dottrina⁽²⁹⁾, si colloca in un momento successivo all'individuazione dell'acquirente e alla definitiva determinazione del prezzo⁽³⁰⁾. Cade così anche l'argomento (contrario alla compatibilità del diritto di prelazione con la vendita forzata) dell'esigenza della maggiore remunerazione possibile per i creditori, che osterebbe alla configurabilità della prelazione nella liquidazione demandata al liquidatore.

I suddetti principi, che tendono ad ammettere, in via generale, la compatibilità del diritto di prelazione anche con le vendite forzate⁽³¹⁾,

che nel caso di vendita ai pubblici incanti disposta dall'autorità giudiziaria, dovendosi ritenere l'aggiudicazione condizionata al mancato esercizio del diritto in questione da parte del titolare.

⁽²⁹⁾ Cfr. LO CASCIO, *Inapplicabilità della prelazione del conduttore alle vendite eseguite in sede di liquidazione giudiziaria del concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1550.

⁽³⁰⁾ Cfr. PETRELLI, *Gli acquirenti dell'immobile da costruire*, Milano, 2005, p. 332; IMPAGNIATIELLO, *Aspetti processuali della tutela degli immobili da costruire*, richiamato da DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 57, nota 54, al quale ultimo sembra evidente che invece il diritto di prelazione condiziona la gara, essendo sufficiente al titolare del diritto di aspettare che essa si concluda, accedendo all'acquisto non a un prezzo maggiorato ma allo stesso prezzo offerto dall'aggiudicatario.

⁽³¹⁾ Sulla compatibilità del diritto di prelazione con la vendita forzata si v., da ultimo, sia pure in un caso tipico, Cass., sez. III, 12 gennaio 2006, n. 411, secondo cui «ai sensi dell'art. 3, comma 1° bis, d.l. 31 ottobre 1990 n. 310, conv. dalla l. n. 403 del 22 dicembre 1990, è previsto che, in caso di alienazione del patrimonio di edilizia residenziale di proprietà degli enti pubblici territoriali, la cessione delle unità immobiliari deve avvenire con priorità assoluta anche in favore dei legittimi conduttori, così individuandosi, a vantaggio di questi ultimi, un vero e proprio diritto di prelazione, ancorché non assistito dal succedaneo diritto di riscatto dell'immobile nei confronti dell'acquirente; tale diritto deve essere garantito anche nell'ipotesi in cui si realizzi la vendita, da parte di un ente pubblico, di un immobile appartenente al suddetto patrimonio con il sistema dei pubblici incanti, ben potendosi configurare un'aggiudicazione in asta pubblica condizionata al mancato esercizio della prelazione; conseguentemente, a tal fine, il relativo bando d'asta, nella parte in cui prevede la fa-

essendo irrilevante che il trasferimento si attui con atti di carattere negoziale ovvero coattivo, sono stati recepiti sia dalla prima sezione della Cassazione ⁽³²⁾, che «in un caso in cui il curatore era subentrato, ai sensi dell'art. 80 l. fall., in un contratto di affitto con clausola di prelazione, ha ritenuto compatibile con l'esercizio del diritto di prelazione convenzionale anche la vendita del bene alienato in sede fallimentare e, in generale, nelle procedure liquidatorie» ⁽³³⁾, sia dalle Sezioni unite della Cassa-

coltà di un soggetto di esercitare la prelazione legale nell'acquisto, non è idoneo a perfezionare un'efficace *denuntiatio* e non esonera, perciò, l'alienante dall'onere di notificare al conduttore una vera e propria proposta di alienazione, tenuto conto del fatto che, nel caso di vendita con il suddetto sistema, il relativo bando non si indirizza specificamente al titolare della prelazione, che, invece, in quanto soggetto favorito per legge, deve essere destinatario di un'apposita comunicazione contenente la proposta di alienazione con l'indicazione di un determinato prezzo di acquisto; l'inosservanza di questa formalità pur in presenza dell'espletamento della procedura di vendita per pubblici incanti con derivante aggiudicazione dell'immobile a vantaggio di un concorrente non privilegiato nell'acquisto, concretando la violazione del disposto di cui al cit. art. 3, d.l. n. 310 del 1990, legittima il conduttore all'esercizio dell'azione per il riconoscimento del suo diritto di prelazione sull'immobile aggiudicato e per l'ottenimento della condanna dell'ente pubblico al trasferimento della proprietà dello stesso in suo favore (nella specie, sulla scorta degli enunciati principi, la suprema corte ha confermato la sentenza di appello, con la quale era stata riconosciuta, ai sensi del richiamato art. 3, d.l. n. 310 del 1990, la sussistenza del diritto di prelazione del conduttore e disposto il trasferimento dell'immobile in suo favore, rilevando l'infondatezza dell'assunto della ricorrente secondo cui, avendo il bando di gara previsto che il prelatore partecipante alla procedura dell'asta pubblica avrebbe dovuto necessariamente in tale sede esercitare il suo diritto mediante offerta di prezzo pari almeno a quello migliore, allo stesso non era dovuta la preventiva comunicazione esplicita la funzione di una vera e propria *denuntiatio*)».

⁽³²⁾ Cfr. Cfr. Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 2576, rel. Celentano, in *Giust. civ.*, 2005, I, 503, con nota di Cultrera, secondo cui, a seguito della scelta posta in onere dal curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 80 l. fall., di subentrare nel contratto «pendente» di affitto di azienda munito di clausola di prelazione, la vendita del bene caduto nel fallimento, e già oggetto di tale contratto, è compatibile con l'esercizio del diritto di prelazione convenzionale ad esso inerente; infatti, l'art. 14, l. n. 49 del 1985 (che lo ha attribuito alle cooperative di dipendenti di imprese soggette a procedure concorsuali), e la l. n. 223 del 1991 (che lo ha garantito all'imprenditore affittuario di imprese soggette alle medesime procedure), per quanto abbiano natura di leggi speciali, confermano la piena compatibilità di tale esercizio del diritto di prelazione con le procedure liquidatorie dell'attivo, in generale, e della vendita ex art. 108 l. fall., in particolare (in applicazione di tale principio, la corte ha respinto il ricorso per cassazione dell'aggiudicatario del bene posto all'asta, avverso l'ordinanza del tribunale fallimentare che aveva respinto il reclamo contro il decreto del giudice delegato, con il quale era stato disposto il trasferimento di un immobile in favore dell'affittuario dell'azienda fallita, in forza di clausola di prelazione).

⁽³³⁾ Sul punto si v. anche Trib. Vicenza, 11 gennaio 2001, in *Fall.*, 2001, p. 1274, con no-

zione⁽³⁴⁾, che, nell'affermare che il concordato preventivo con cessione dei beni non osta all'esercizio del diritto di prelazione previsto nella clausola statutaria, ha in motivazione espressamente condiviso il principio di diritto enunciato dalla predetta sentenza della Prima sezione⁽³⁵⁾, che ai fini dell'operatività della prelazione è irrilevante che il trasferimento si attui con atti di carattere negoziale ovvero coattivo⁽³⁶⁾.

Alla luce di quanto sopra esposto, pertanto, possiamo concludere che il diritto di prelazione di cui all'art. 9, d. lgs. n. 122 del 2005, è applicabile, estensivamente e/o per analogia, anche alla procedura di vendita senza incanto e, in generale, ad ogni figura di vendita immobiliare volontaria o forzata.

3. - Condizioni per la configurazione del diritto di prelazione

La prelazione in questione si configura tutte le volte in cui il cd. acquirente⁽³⁷⁾, che deve essere necessariamente una persona fisica, non sia

ta critica di ZANICHELLI, *Applicabilità della prelazione legale e convenzionale alle vendite fallimentari*.

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 14083, rel. Proto, in *Fall.*, 2005, p. 131, con nota di Lo Cascio; in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1031, e in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 191, con nota di Russo, secondo cui, in presenza di una prelazione prevista in via convenzionale deve escludersi che il diritto del prelazionario resti caducato o sia reso comunque inoperante con l'apertura della procedura di concordato preventivo, ancorché con cessione dei beni; tale diritto non viene meno neppure dopo l'omologazione del concordato stesso, con il trasferimento della disponibilità dei beni al liquidatore, dato che gli effetti della liquidazione conseguono, in ogni caso (anche) alle determinazioni del debitore.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 2576, rel. Celentano, cit.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 14083, rel. Proto, cit., la quale al punto 5.4 della motivazione enuncia che «né i riferimenti normativi (richiamati *sub par. 4*) consentono di ricavare in via di interpretazione sistematica l'oggettiva incompatibilità della prelazione con la fase esecutiva del concordato: sia perché la forma e le modalità della liquidazione competono al debitore cedente (che può stabilire la vendita a trattativa privata, e il tribunale interviene, ai sensi dell'art. 182 l. fall., solamente se il concordato non dispone diversamente); sia perché, non rispondendo l'esclusione della prelazione nella vendita forzata a ragioni di principio, è irrilevante che il trasferimento si attui con atti di carattere negoziale ovvero coattivo (cfr. Cass. n. 2576 del 2004, cit.)».

⁽³⁷⁾ Ai sensi dell'art. 1, d. lgs. n. 122 del 2005, devono intendersi per «acquirente»: la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'asse-

ancora divenuto proprietario ⁽³⁸⁾ del c.d. immobile da costruire ⁽³⁹⁾, avendo stipulato con il c.d. costruttore ⁽⁴⁰⁾, poi venutosi a trovare in una cd. situazione di crisi ⁽⁴¹⁾, un contratto con effetti meramente obbligatori ⁽⁴²⁾, come ad esempio il contratto preliminare ⁽⁴³⁾, o comunque un contratto definitivo con effetti traslativi non immediati ⁽⁴⁴⁾, come ad esempio la vendita obbligatoria di cosa futura ⁽⁴⁵⁾. A ben vedere, quest'ultima ipotesi

gnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa. L'art. 1, lett. a) precisa, inoltre, che la disciplina si applica anche a colui il quale, ancorchè non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa.

⁽³⁸⁾ O comunque titolare di un diritto reale di godimento sull'immobile da costruire.

⁽³⁹⁾ Ai sensi dell'art. 1, d. lgs. n. 122 del 2005, devono intendersi per «immobili da costruire»: gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

⁽⁴⁰⁾ Ai sensi dell'art. 1, d. lgs. n. 122 del 2005, devono intendersi per «costruttore»: l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettono in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi, sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi.

⁽⁴¹⁾ Ai sensi dell'art. 1, d. lgs. n. 122 del 2005, devono intendersi per «situazione di crisi»: la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa.

⁽⁴²⁾ Sulla distinzione tra contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori si v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-1, IV ed., Padova, 2004, p. 303 ss.

⁽⁴³⁾ Sugli effetti meramente obbligatori del contratto preliminare si v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-1, IV ed., Padova, 2004, p. 311.

⁽⁴⁴⁾ Al riguardo giova notare che in base al combinato disposto degli artt. 1, lett. a), e 9, comma 1°, d. lgs. n. 122 del 2005, è sufficiente la stipula di qualunque contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su un immobile da costruire. Per la casistica si v. RIZZI, *Commento al d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Not.*, 2005, p. 435. Sui rapporti tra la disciplina del d. lgs. n. 122 del 2005 e il diritto precedente, si v. LUMINOSO, *La compravendita*, V ed., Torino, 2006, p. 451 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sulla vendita obbligatoria si v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-2, IV ed., Padova, 2004, p. 29 ss.; FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974.

di contratto mal si concilia con gli ulteriori e principali requisiti richiesti ai fini della configurabilità del diritto di prelazione ⁽⁴⁶⁾, quali la consegna dell'immobile al c.d. acquirente ⁽⁴⁷⁾, che lo ha adibito ⁽⁴⁸⁾ ad abitazione principale ⁽⁴⁹⁾ per sé o per un proprio parente in primo grado ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Salvo che nel contratto non sia espressamente previsto che il trasferimento della proprietà avvenga in un momento successivo rispetto a quello previsto dall'art. 1472 c.c., e cioè nel momento in cui verrà rilasciato il certificato di agibilità che, ai sensi del d. lgs. n. 122 del 2005, rappresenta il momento in cui l'immobile può definitivamente considerarsi costruito.

⁽⁴⁷⁾ La consegna anticipata dell'immobile, che può essere prevista dal contratto preliminare ad effetti anticipati (che pur sempre rimane un contratto ad effetti obbligatori: GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-1, IV ed., cit., p. 312; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991; CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in questa rivista, 1994, p. 1108; Cass., 19 aprile 2000, n. 5132, in *Contratti*, 2000, p. 984, con nota di Pirotta), fa del promissorio acquirente un detentore, non già un possessore, della cosa, giacché egli riconosce nel promissorio alienante il proprietario; e solo al momento del definitivo la detenzione si tramuta in possesso (cfr. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 1140; Cass., 28 giugno 2000, n. 8796; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533). Qualifica il promissorio acquirente come possessore Cass., 3 novembre 2000, n. 14358; Cass., 7 luglio 2000, n. 9106. Sul punto si v. UGOLINI, *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in questa rivista, 2002, p. 86 ss.; GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, in questa rivista, 2002, p. 703 ss.

⁽⁴⁸⁾ DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 56, nota 52, il quale richiamando IMPAGNIATIELLO, *Aspetti processuali della tutela degli acquirenti di immobili da costruire* (relazione al convegno di Lucera, nella quale si segnalava la stranezza della disposizione in commento, che fa dipendere il diritto di prelazione dal possesso dell'immobile da parte dell'acquirente), precisa che al momento della vendita forzata, essendo venuto meno il diritto dell'acquirente ad abitare l'immobile (ed avendo gli organi della procedura con ogni probabilità ottenuto la riconsegna), è difficile che tale possesso permanga. Tuttavia, la legge richiede, a ben vedere, soltanto che l'immobile sia stato consegnato all'acquirente e che questi l'abbia adibito ad abitazione, non anche che l'acquirente abiti la casa al momento della vendita forzata. Deve pertanto ritenersi sufficiente l'avvenuta consegna e non richiesto il possesso attuale della casa.

⁽⁴⁹⁾ Secondo alcuni autori (cfr. C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1297 e APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fall.*, 2005, p. 1130) non dovrebbe essere necessariamente destinata a residenza, che sarebbe dunque diversa dall'abitazione principale che comunque non implica che essa rappresenti l'unico immobile dell'acquirente (cfr. DE MARZO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 1132).

⁽⁵⁰⁾ SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 184, mette in evidenza che la mancata menzione del co-

I suddetti requisiti, infatti, presuppongono che la cosa prevista al momento della conclusione del contratto come futura ⁽⁵¹⁾, sia già completamente venuta ad esistenza ⁽⁵²⁾, essendo l'immobile stato già costruito e reso abitabile ⁽⁵³⁾, con l'automatica conseguenza del trasferimento della proprietà in capo all'acquirente (art. 1472 c.c.).

Come è noto, infatti, a differenza del contratto preliminare con effetti anticipati ⁽⁵⁴⁾, nella vendita di cosa futura l'acquisto della proprietà si verifica automaticamente non appena la cosa venga ad esistenza nella sua completezza ⁽⁵⁵⁾. In particolare, la vendita di cosa futura, pur non comportando il passaggio della proprietà della cosa al compratore simultaneamente e per effetto della semplice manifestazione del consenso, non costituisce un negozio a formazione progressiva, di carattere e con effetti meramente preliminari (aventi per contenuto quello di porre in essere un successivo negozio), ma configura un'ipotesi di vendita obbligatoria di per sé sufficiente a produrre l'effetto traslativo della proprietà al momento in cui la cosa verrà ad esistenza ⁽⁵⁶⁾.

niuge sia frutto di una mera svista, non comprendendosi altrimenti le ragioni di una simile disparità di trattamento nel caso, assai frequente nella prassi, in cui l'immobile venga acquistato da un coniuge in favore dell'altro. L'a., dunque, ritiene incostituzionale la norma per disparità di trattamento ed irragionevolezza.

⁽⁵¹⁾ Nella vendita di casa futura, infatti, la cosa che forma oggetto del contratto, come gli appartamenti di un edificio da costruire, non esistono al momento della conclusione del contratto, ma si spera vengano ad esistenza.

⁽⁵²⁾ Il momento in cui la cosa viene ad esistenza è ora chiarito, per le costruzioni, dall'art. 2645 *bis*, comma 6°, c.c., secondo cui la costruzione può dirsi venuta ad esistenza quando esistono muri perimetrali e copertura.

⁽⁵³⁾ Cfr. APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fall.*, 2005, p. 1130, il quale precisa che la norma, così come formulata, introduce un'ulteriore garanzia a favore degli acquirenti non solo di immobili da costruire, ma anche di immobili già costruiti e abitabili e che siano già nella disponibilità del compratore, come accade nel caso di c.d. preliminare a effetti anticipati con immissione del promissorio acquirente nel possesso dell'immobile. Su quest'ultimo punto si v. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Sacco, II, Torino, 2004, p. 272 s.; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Trattato di diritto privato. Il contratto in generale*, a cura di Bessone, IX, Torino, 1998, p. 24 s.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass., sez. II, 27 maggio 1992, n. 6383, secondo cui «il contratto preliminare di vendita di cosa futura ha come contenuto delle obbligazioni delle parti soltanto la stipulazione di un successivo contratto definitivo e si distingue dalla vendita di cosa futura che si perfeziona *ab initio* ed attribuisce lo *ius ad habendam rem* nel momento in cui la cosa viene ad esistenza».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass., 18 maggio 2001, n. 6851

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Cass., 28 novembre 1987, n. 8863; Cass., 16 luglio 1983, n. 4901.

4. – *Segue: rapporto tra fideiussione e diritto di prelazione: tutela rafforzata anche alle situazioni di fatto. Momento costitutivo del diritto di prelazione ed ambito di applicazione della nuova normativa. Fondo di solidarietà per le posizioni pregresse*

Il decreto legislativo in questione, dopo aver disposto all'art. 9, comma 1°, che il diritto di prelazione spetta all'acquirente anche nel caso in cui egli abbia già escusso la fideiussione ⁽⁵⁷⁾, al comma 4° del medesimo articolo, precisa che, qualora l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione ⁽⁵⁸⁾, la differenza deve essere restituita al fideiussore, qualora l'immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore. Ove non ricorra tale condizione, l'eventuale eccedenza da restituire al fideiussore deve risultare da apposita stima.

In quest'ultima ipotesi, vale a dire nel caso in cui l'immobile acquistato non abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore, l'acquirente potrebbe neutralizzare l'esigibilità del diritto di credito del fideiussore alla restituzione della suddette somme, promuovendo il procedimento cautelare di accertamento tecnico preventivo, per la nomina, appunto, di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite (art. 696 *bis* c.p.c.).

La fideiussione non può essere escussa dall'acquirente dopo il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione, in quanto la stessa fideiussione perde efficacia in presenza di tali atti ⁽⁵⁹⁾.

Nel caso, invece, in cui si voglia escutere la fideiussione prima del tra-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 57, il quale precisa che la fideiussione può essere escussa fino a che non sia avvenuto il trasferimento del diritto di proprietà o il trasferimento o la costituzione del diritto reale minore e che, proprio con le somme recuperate, potrà fattivamente partecipare alla gara ed esercitare il diritto di prelazione sull'immobile che già abita (oppure ha abitato) o è già abitato (oppure è già stato abitato) dal suo parente.

⁽⁵⁸⁾ Qualora, invece, l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo superiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione, allora, in questo caso, nessuna somma dovrà essere restituita al fideiussore.

⁽⁵⁹⁾ L'art. 3, comma 7°, d. lgs. n. 122 del 2005 dispone infatti che «l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione».

sferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione, ai sensi dell'art. 3, d. lgs. n. 122 del 2005, l'acquirente dovrà necessariamente comunicare al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto ⁽⁶⁰⁾, e il competente organo della procedura concorsuale non dovrà comunicare la volontà di subentrare nel contratto preliminare ⁽⁶¹⁾.

L'escussione della fideiussione è, dunque, condizionata allo scioglimento del contratto.

Questa precisazione, letta alla luce dell'inciso secondo cui il diritto di prelazione spetta all'acquirente «anche» nel caso in cui egli abbia già escusso la fideiussione (art. 9, comma 1°), mette in evidenza che, ai fini della configurabilità del diritto di prelazione in questione, è necessario e sufficiente che l'immobile sia stato di fatto consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale, essendo invece irrilevante l'esistenza o la persistenza del titolo in forza del quale l'occupazione o la detenzione sia stata conseguita, dato che la stessa prelazione opera anche quando il contratto si è già sciolto, avendo l'acquirente escusso la fideiussione, ovvero nella ipotesi in cui il contratto è nullo ai sensi dell'art. 2, d. lgs. n. 122 del 2005, per mancata consegna della fideiussione all'acquirente.

Ai fini della individuazione del momento costitutivo del diritto di prelazione, bisognerà dunque tenere conto non già del tempo in cui il contratto è stato stipulato, bensì del tempo in cui l'acquirente ha comunque di fatto conseguito il possesso e/o la detenzione dell'immobile che ha destinato ad abitazione principale.

Pertanto, nel caso in cui il contratto sia stato stipulato prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 122 del 2005, ma l'acquirente abbia comunque di fatto conseguito il possesso e/o la detenzione dell'immobile che ha destinato ad abitazione principale nella vigenza della nuova normativa, si applicherà *de plano* l'art. 9 in questione, dato che il momento costitutivo del diritto di prelazione è sorto durante il vigore del d. lgs. n. 122 del 2005 ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ A seguito della trascrizione del pignoramento relativo all'immobile da costruire (art. 3, comma 2°, lett. *a*), e comma 3°, prima parte).

⁽⁶¹⁾ A seguito: o della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa; o della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; o della pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria (art. 3, comma 2°, lett. *b*), *c*) e *d*), e comma 3°, seconda parte).

⁽⁶²⁾ In questo caso l'acquirente non potrà usufruire della fideiussione, che tra l'altro non era imposta prima dell'entrata in vigore della legge in questione (cfr. art. 5, d. lgs. n. 122

Qualora, invece, il contratto e l'eventuale possesso e/o detenzione dell'immobile siano anteriori alla entrata in vigore del d. lgs. n. 122 del 2005, che ovviamente non ha efficacia retroattiva, allora i soggetti pregiudicati dalla situazione di crisi del costruttore, potranno usufruire del Fondo di solidarietà, istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze, e gestito dalla CONSAP - Concessionaria di servizi assicurativi pubblici s.p.a.

L'art. 12, d.lgs. n. 122 del 2005, infatti, ha istituito un Fondo di solidarietà per gli acquirenti di immobili da costruire, al fine di assicurare un indennizzo, nell'ambito delle risorse del medesimo Fondo, agli acquirenti che, a seguito dell'assoggettamento del costruttore a procedure implicanti una situazione di crisi, hanno subito la perdita di somme di denaro o di altri beni e non hanno conseguito il diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento su immobili oggetto di accordo negoziale con il costruttore ovvero l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su immobili da costruire per iniziativa di una cooperativa ⁽⁶³⁾.

del 2005, il quale dispone che «la disciplina prevista dagli artt. 2, 3 e 4 si applica ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto). Si potrebbe discutere se ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione l'acquirente possa imputare al prezzo definitivo raggiunto nella vendita con incanto (o nella vendita senza incanto), gli anticipi versati al costruttore». L'art. 13, comma 3°, d. lgs. n. 122 del 2005 sembrerebbe escluderlo, dato che all'acquirente spetta comunque l'indennizzo di cui al Fondo di solidarietà «qualora l'importo complessivo delle somme versate e del valore dei beni corrisposti al costruttore e delle somme versate per l'effettivo acquisto del bene sia superiore al prezzo originariamente convenuto con il costruttore ed è determinato in misura pari alla differenza tra il predetto importo complessivo ed il prezzo originario, fino comunque a concorrenza delle somme versate e dei beni corrisposti al costruttore».

⁽⁶³⁾ Ai sensi dell'art. 13, comma 2°, d. lgs. n. 122 del 2005, il diritto all'accesso al Fondo di solidarietà non viene meno per effetto dell'acquisto della proprietà o del conseguimento dell'assegnazione in virtù di accordi negoziali con gli organi della procedura concorsuale ovvero di aggiudicazione di asta nell'ambito della medesima procedura ovvero, infine, da terzi aggiudicatari. Il comma 3° del suddetto articolo, precisa infatti che, nella predetta ipotesi, l'indennizzo spetta solo qualora l'importo complessivo delle somme versate e del valore dei beni corrisposti al costruttore e delle somme versate per l'effettivo acquisto del bene sia superiore al prezzo originariamente convenuto con il costruttore ed è determinato in misura pari alla differenza tra il predetto importo complessivo ed il prezzo originario, fino comunque a concorrenza delle somme versate e dei beni corrisposti al costruttore. Il comma 4° del medesimo articolo, dispone, infine, che danno luogo alle prestazioni del Fondo le situazioni di perdita della proprietà del bene per effetto del successivo positivo esperimento dell'azione revocatoria, soltanto nel caso in cui essa sia stata promossa ai sensi dell'art. 67, comma 2°, r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

Ai fini dell'accesso alle prestazioni del Fondo ⁽⁶⁴⁾, devono risultare nei confronti del costruttore, a seguito della sua insolvenza, procedure implicanti una situazione di crisi non concluse in epoca antecedente al 31 dicembre 1993 né aperte in data successiva alla entrata in vigore del d. lgs. n. 122 del 2005, vale a dire al 21 luglio 2005.

Le suddette disposizioni mettono ancora un volta in rilievo che all'acquirente di immobili da costruire è stata riconosciuta una tutela rafforzata, consistente non solo o soltanto nel diritto obbligatorio di ottenere dal fideiussore la restituzione delle somme pagate al costruttore-venditore, oppure dal Fondo di Garanzia l'indennizzo, ma anche e soprattutto nel diritto all'abitazione ⁽⁶⁵⁾, anche di fatto occupata o detenuta dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 122 del 2005 ⁽⁶⁶⁾, che certamente rappresenta un forma di tutela reale molto ampia.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. l'art. 12, comma 2°, d. lgs. n. 122 del 2005.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1298; DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 57, il quale precisa che l'interesse dell'acquirente che ha già adibito l'immobile ad abitazione, non è di rientrare nel possesso delle somme pagate al costruttore-venditore, ma di accedere alla proprietà dell'immobile.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, cit., p. 1297, il quale precisa che, qualora si verifichi una situazione di «fatto» secondo la quale l'acquirente ha comunque conseguito la detenzione del bene e lo ha destinato (a quanto sembra, anche in questo caso con mera determinazione di fatto) non a «residenza» ma ad «abitazione» principale, propria o di un parente di primo grado e nel caso che l'immobile sia comunque oggetto di espropriazione individuale o concorsuale, gli si riconosce ulteriormente un diritto all'acquisto e ciò anche se abbia già escusso la fideiussione (salvo che in questo caso, se avrà acquistato ad un prezzo inferiore alle somme riscosse, dovrà restituire la differenza al fideiussore). Si tratta di situazioni limite e forse anche qui il legislatore ha generosamente sancito una sorta di «diritto all'abitazione» di fatto occupata o detenuta (ma a quale titolo se ha già escusso la fideiussione?). Sembra che il d. lgs. abbia avuto considerazione dei casi non infrequenti in cui una società cooperativa, costruttrice, non abbia comunque proceduto all'assegnazione al socio ma non si sia in alcun modo opposta oppure anche abbia dato un consenso (magari tacito) all'immissione nel possesso dell'abitazione del socio - o anche non socio - il quale abbia comunque già versato in tutto o in parte le somme dovute. Si badi, a conferma di quanto si va dicendo, che nelle definizioni di cui all'art. 1, lett. a), si fa riferimento al promissorio acquirente come al soggetto «ancorché non socio di una cooperativa edilizia» che abbia assunto obbligazioni con la cooperativa stessa per ottenere l'assegnazione di proprietà del bene immobile. Si può quindi ritenere che la norma dell'art. 9 sia stata costruita proprio in previsione di situazioni limite aventi queste caratteristiche di fatto.

5. - I termini e le modalità di esercizio del diritto di prelazione

L'art. 9, comma 2°, d. lgs. n. 122 del 2005, prevede che ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile provvede a dare immediata comunicazione all'acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario, della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa e l'invito ad esercitare la prelazione.

Il comma 3° del medesimo articolo, prevede che il diritto di prelazione è esercitato dall'acquirente, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al comma 2° offrendo, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.

Le suddette disposizioni hanno suscitato molti dubbi interpretativi ⁽⁶⁷⁾.

Un primo problema riguarda la natura del termine di dieci giorni per la comunicazione all'avente diritto di cui al comma 2°. Secondo alcuni, il termine in questione è di natura ordinatoria e non perentoria, dato che sarebbe assurdo far decadere il titolare della prelazione dalla possibilità di esercitare tale diritto in conseguenza della inattività non propria, ma dell'ufficio giudiziario il quale ha provveduto alla vendita coattiva dell'immobile ⁽⁶⁸⁾.

Un secondo problema riguarda il *dies a quo* rispetto al quale decorre il suddetto termine di dieci giorni per la comunicazione all'avente diritto, dato che il comma 2° dell'art. 9, pur individuando il *dies a quo* «dall'adozione del relativo provvedimento», non chiarisce a quale provvedimento faccia riferimento ⁽⁶⁹⁾. Nella vendita senza incanto, per provvedimento di definitiva determinazione del prezzo, può considerarsi quello emesso a favore del migliore offerente, ai sensi degli artt. 573 e 574 c.p.c., a seguito della gara tra gli offerenti. Nella ipotesi in cui non ci siano più offerte, si deve prendere in considerazione il provvedimento emesso ai sensi degli artt. 572, comma 2°, e 574 c.p.c., di accoglimento dell'unica offerta, in quanto superiore al valore dell'immobile determinato a norma dell'art. 568 c.p.c., aumentato di un quinto. Nella vendita con incanto, invece, per

⁽⁶⁷⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, p. 106 s.; SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 184 s e p. 186 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 106.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 186.

provvedimento di definitiva determinazione del prezzo ⁽⁷⁰⁾, può considerarsi quello emesso ai sensi dell'art. 576 c.p.c. ⁽⁷¹⁾, che dovrà essere necessariamente coordinato sia con l'art. 581, comma 3°, c.p.c., relativo all'aggiudicazione del bene al migliore offerente, sia con l'art. 584 c.p.c., relativo alle eventuali offerte con aumento del prezzo di un quinto rispetto a quello definitivo raggiunto nell'incanto ⁽⁷²⁾. Nella vendita con incanto,

⁽⁷⁰⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 106, secondo cui, per provvedimento di definitiva determinazione del prezzo deve intendersi: a) la dichiarazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 583, comma 2°, c.p.c. ove successivamente alla stessa non siano state fatte offerte di almeno un sesto (*rectius*: un quinto) superiore al prezzo realizzato all'incanto; b) la dichiarazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 584, comma 4°, c.p.c., nel caso in cui successivamente all'incanto siano state effettuate offerte superiori al sesto (*rectius*: un quinto) del prezzo realizzato all'incanto, per cui si è proceduto ad una nuova gara; c) la dichiarazione di cui all'art. 584, comma 5°, c.p.c., di definitività della aggiudicazione al vincitore dell'incanto di cui all'art. 583, comma 2°, c.p.c., nel caso in cui successivamente allo stesso siano state fatte offerte superiori ad un sesto (*rectius*: un quinto) del prezzo realizzato, ma la gara a tal fine indetta sia andata deserta.

⁽⁷¹⁾ Cfr. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 186, il quale esclude che il termine in questione (di cui al comma 2° dell'art. 9) decorra dall'adozione del provvedimento che dispone l'incanto a norma dell'art. 576 c.p.c., posto che tale interpretazione contrasterebbe con la formulazione del comma 1° dell'art. 9, laddove si precisa che il diritto di prelazione è riconosciuto nell'acquisto dell'immobile al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'art. 584 c.p.c. L'a., in nota 22, precisa anche che sotto un diverso profilo tale lettura (cioè quella di far decorrere il termine in questione dal provvedimento emesso ai sensi dell'art. 576 c.p.c.) contrasterebbe con la finalità dell'espropriazione forzata, preordinata a ricavare dalla vendita il massimo risultato possibile, sia per il debitore, che si libera della maggiore consistenza del debito, sia nell'interesse dei creditori, che sono più largamente soddisfatti: in tal senso Cass., 7 luglio 2003, n. 10693.

⁽⁷²⁾ Cfr. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 187, il quale, dopo avere rilevato che maggiori complicazioni presenta l'ipotesi in cui si proceda alla vendita senza incanto e, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, non pervengano offerte ai sensi dell'art. 584 c.p.c., precisa che, se infatti si individuasse come «relativo provvedimento», dall'adozione del quale appunto decorrono i dieci giorni per effettuare la comunicazione, quello di aggiudicazione provvisoria, si porrebbe un problema di coordinamento tra il secondo comma dell'articolo in esame e l'art. 584 c.p.c., per il quale le offerte in aumento di sesto (*rectius*: di quinto) sono presentate, a pena di decadenza, entro dieci giorni dall'incanto. Delle due l'una. O la comunicazione deve essere notificata entro dieci giorni dall'emissione dell'ordinanza di assegnazione, ma allora il termine così stabilito verrà a sovrapporsi a quello perentorio previsto per le eventuali offerte dopo l'incanto, delle quali – ai sensi del comma 1° dell'art. 9 – si deve tener conto nella determinazione del prezzo definitivo da comunicarsi all'avente diritto. Oppure nell'ipotesi in esame il termine decorre dall'adozione di un provvedimento diverso da quello sopra richiamato, ma allora non si comprende quale esso sia. Di certo non può assumersi come *dies a quo*

infatti, la definitiva determinazione del prezzo, rilevante ai fini della comunicazione di cui all'art. 9, comma 2°, si potrà avere, sia nel caso in cui sia trascorso il termine perentorio di dieci giorni ⁽⁷³⁾ dal positivo esperimento dell'incanto, senza che siano pervenute offerte in aumento di un quinto ⁽⁷⁴⁾, sia nel caso in cui entro il suddetto termine perentorio siano state formulate *ex art. 584 c.p.c.* offerte di acquisto superiori di un quinto rispetto al prezzo raggiunto nell'incanto. In quest'ultimo caso, il prezzo definitivo sarà quello del maggiore offerente nella gara indetta dal giudice dell'esecuzione ⁽⁷⁵⁾, oppure, qualora nessuno degli offerenti in aumento partecipi alla gara, quello di cui all'aggiudicazione provvisoria che diventerà definitiva ⁽⁷⁶⁾. Giova infine segnalare che, nel caso in cui le operazioni di vendita siano state delegate ad un professionista ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c., sarà tale professionista ad effettuare la comunicazione contenente l'invito ad esercitare la prelazione ⁽⁷⁷⁾.

Un terzo problema riguarda le concrete modalità di esercizio del diritto di prelazione. Giova preliminarmente rilevare che l'atto di esercizio del diritto di prelazione, in considerazione della sua natura recettizia, deve pervenire all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al comma 2° ⁽⁷⁸⁾. Il procedimento notificatorio previsto nella disposizione in questione, non dovrà considerarsi di carattere cogente ed inderogabile, potendo l'avente diritto alla prelazione utilizzare come equipollente la lettera raccomandata con avviso di ricevimento ⁽⁷⁹⁾. Al riguar-

l'emanazione del decreto di trasferimento, al quale consegue l'effetto costitutivo del trasferimento del diritto sul bene espropriato a favore dell'aggiudicatario, atteggiandosi altrimenti il diritto di prelazione come un vero e proprio riscatto, in contrasto col divieto stabilito dall'ultimo comma dell'art. 9.

⁽⁷³⁾ Previsto dall'art. 584, comma 1°, c.p.c.

⁽⁷⁴⁾ L'aggiudicazione provvisoria al migliore offerente di cui all'art. 581, comma 3°, c.p.c., diventerà automaticamente definitiva, qualora dopo l'incanto nessuno formuli ai sensi dell'art. 584 c.p.c., entro il termine perentorio di dieci giorni, offerte di acquisto superiori di un quinto rispetto al prezzo raggiunto nell'incanto.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. art. 584, comma 3°, c.p.c.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. art. 584, comma 5°, c.p.c.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 106.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 106.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 185, ritiene che, come è già accaduto per la prelazione urbana (cfr. Cass., sez. III, 27 novembre 1991, n. 12689; Cass., 6 novembre 1989, n. 4608), è facile presumere che verranno ritenute equipollenti le comunicazioni effettuate, quanto all'autorità che procede alla vendita, mediante biglietto di cancelleria e, da parte dell'avente diritto alla prelazione, con lettera raccomandata.

do si è anche segnalata l'incoerenza della disposizione in questione nella parte in cui prevede che l'atto di esercizio del diritto di prelazione vada notificato «all'autorità che procede alla vendita», ovvero al giudice dell'esecuzione o al giudice delegato, dato che alle predette autorità gli atti non si notificano ma si depositano in cancelleria⁽⁸⁰⁾. A ben vedere, nel caso in cui le operazioni di vendita siano state delegate ad un professionista ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c., allora la suddetta notifica dovrà farsi a tale professionista.

Nell'art. 9 in questione non sono previsti né il termine per il versamento del prezzo da parte dell'avente diritto alla prelazione, né le modalità di tale versamento. Secondo alcuni autori⁽⁸¹⁾, non sarebbe possibile interpretare il silenzio del legislatore sul punto nel senso della applicabilità delle disposizioni in tema di vendita all'incanto, per cui il prezzo, ai sensi dell'art. 585, comma 1°, c.p.c., deve essere versato nel termine e nel modo fissato dalla ordinanza che ha disposto la vendita all'incanto, con consegna al cancelliere (o al professionista delegato ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c.) del documento comprovante l'avvenuto pagamento, dal momento che tale termine, che non può essere superiore a sessanta giorni, secondo quanto previsto dall'art. 576, comma 1°, n. 7, c.p.c., da un lato, potrebbe essere già scaduto al momento del tempestivo esercizio del diritto di prelazione, e, dall'altro, decorre da una aggiudicazione a seguito di incanto che non ricorre nel caso di esercizio della prelazione. Secondo questi autori, dunque, l'unica soluzione sarebbe quella di ritenere che il prezzo deve essere versato contestualmente all'esercizio del diritto di prelazione⁽⁸²⁾. A seguito di tali adempimenti il giudice dell'esecuzione emette il decreto di trasferimento di cui all'art. 586 c.p.c.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 184 s., il quale precisa che l'unica soluzione coerente con il dato letterale della norma rimane allora che il prelazionario notifichi la sua comunicazione all'aggiudicatario provvisorio e depositi in cancelleria l'atto notificato. L'a., nella nota 20, ritiene che non avrebbe senso nemmeno una notifica ai creditori, in rapporto ai quali rimane indifferente che la proprietà del bene, a parità di condizioni, venga trasferita all'avente diritto o all'aggiudicatario. Tale soluzione consentirebbe inoltre a quest'ultimo e, nella stessa misura, al giudice di rilevare tempestivamente eventuali vizi attinenti all'esercizio del diritto di prelazione.

⁽⁸¹⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 107.

⁽⁸²⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 107. In senso contrario si è espresso CIPRIANI nella relazione al convegno tenutosi a Bari, il 5-6 maggio 2006, su *La tutela del consumatore tra normativa di settore e codice del consumo*, il quale ritiene che, se non si dovesse concedere all'avente diritto alla prelazione un termine superiore a dieci giorni e comunque uguale a quello previsto per l'aggiudicatario, si configurerebbe una questione di legittimità costituzionale.

6. - *La particolare natura della prelazione in questione e i rimedi esperibili*

Come è noto, la prelazione può avere efficacia reale, oppure efficacia meramente obbligatoria⁽⁸³⁾. Normalmente si ha efficacia reale nella prelazione di tipo legale, con la conseguenza che il diritto di prelazione è opponibile anche nei confronti dei terzi, che potranno subire l'azione di riscatto; si ha invece efficacia obbligatoria nella prelazione di tipo convenzionale⁽⁸⁴⁾, con la conseguenza che il diritto di prelazione non è opponibile nei confronti dei terzi, che potranno subire, in solido con il contraente obbligato, l'azione di danni, qualora concorrano nell'inadempimento⁽⁸⁵⁾.

La prelazione in questione è senza dubbio di tipo legale, ma con una

⁽⁸³⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-1, IV ed., cit., p. 225; GABRIELLI, *Prelazione (patto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 2000, p. 266; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, p. 353; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 168; SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 697; BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984; FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984; TRIOLA, *La prelazione legale*, Milano, 2003; CARLEO, *Prelazione legale e interesse dei creditori*, Milano, 2000; GALLO, voce *Prelazione*, in *Digesto civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, p. 167; GIRINO, *Una ipotesi di prelazione ex lege senza riscatto*, in *Riv. not.*, 1995, p. 419; FREZZA, *Il patto di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 405; BONILINI-GIOVATI-GUIOTTO-MORA, *La prelazione volontaria*, Milano, 1993; BENEDETTI-MOSCARINI, *Prelazione e retratto*, *Seminario coordinato*, Milano, 1989; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988.

⁽⁸⁴⁾ Una eccezione è costituita dalla cd. clausola di prelazione contenuta negli statuti delle società di capitali, in forza della quale ciascun socio si obbliga, laddove intenda vendere le proprie azioni o quote, ad offrirle previamente agli altri soci. A questa particolare prelazione spettante ai soci in proporzione alle azioni o quote da questi possedute viene riconosciuta efficacia reale, con conseguente opponibilità della stessa ai terzi acquirenti: cfr. Cass., 15 luglio 1993, n. 7859; Cass., 26 ottobre 1973, n. 2763, in *Foro pad.*, 1973, I, p. 418. Nello stesso senso si veda da ultimo GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, p. 214, il quale però configura la prelazione in questione come legale, in richiamo all'art. 2355 bis c.c.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2006, p. 298, il quale precisa che queste limitazioni statutarie alla circolazione delle azioni trovano la loro giustificazione nell'intento di evitare l'ingresso in società di persone non gradite o modificazioni nella misura della partecipazione dei singoli soci e il loro fondamento in una personalizzazione della società per azioni. Esse, in quanto poste nello statuto, sono efficaci *erga omnes* e quindi opponibili ai terzi, le conoscessero o non le conoscessero; con la conseguenza, per quanto riguarda la clausola di prelazione, che il trasferimento che sia stato fatto in sua violazione non ha effetto nei confronti della società e degli altri soci, i quali hanno pertanto il diritto di rendersi essi acquirenti delle azioni in sostituzione di colui che le abbia acquistate in violazione del loro diritto.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-1, IV ed., cit., p. 21 e II-2, p. 376; RICCIO, *Le obbligazioni solidali*, in *Le obbligazioni* a cura di Franzoni, I, Torino, 2004, p. 1208 ss.

particolare efficacia reale limitata nel tempo ⁽⁸⁶⁾, dato che l'azione di riscatto può essere esercitata nei confronti dei terzi, solo in presenza di determinate condizioni e comunque non oltre l'aggiudicazione definitiva ⁽⁸⁷⁾. L'art. 9, comma 5°, d. lgs. n. 122 del 2005, infatti, dispone che «è escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario». Questo vuol dire che, prima dell'aggiudicazione definitiva, l'avente diritto alla prelazione può esercitare, anche nel corso del procedimento esecutivo o fallimentare, l'azione di riscatto nei confronti del terzo, impedendo così l'aggiudicazione definitiva e la conseguente vendita.

Se il diritto di prelazione in questione avesse avuto sin dall'origine efficacia meramente obbligatoria, come sostengono alcuni autori ⁽⁸⁸⁾, l'avente diritto alla prelazione non avrebbe potuto, come invece consente l'art. 9, d. lgs. n. 122 del 2005, impedire comunque la vendita al terzo aggiudicatario o maggiore offerente.

Anche qualora l'autorità procedente alla vendita dell'immobile omettesse di effettuare la dovuta comunicazione all'avente diritto alla prelazione ⁽⁸⁹⁾, quest'ultimo potrebbe, in ogni caso ⁽⁹⁰⁾, esercitare il suo diritto,

⁽⁸⁶⁾ Secondo i primi commentatori la prelazione in questione avrebbe natura obbligatoria, in quanto non sarebbe opponibile ai terzi in caso di aggiudicazione dell'immobile: cfr. DE MARZO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 1132; LEO, *Le nuove norme a tutela degli immobili da costruire*, in *Contratti*, 2005, p. 749; RIZZI, *Commento al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Not.*, 2005, p. 454; SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 185.

⁽⁸⁷⁾ Parla di una sorta di diritto di abitazione C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1297 s.

⁽⁸⁸⁾ Si veda la precedente nota 3.

⁽⁸⁹⁾ L'art. 9, comma 2°, d. lgs. n. 122 del 2005, infatti, dispone che «ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile provvede a dare immediata comunicazione all'acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario, della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa e l'invito ad esercitare la prelazione».

⁽⁹⁰⁾ Anche oltre i modi e le forme previste dall'art. 9, comma 3°, d. lgs. n. 122 del 2005, il quale presuppone comunque la comunicazione omissa. Il predetto art. 9, comma 3°, infatti, dispone che «il diritto di prelazione è esercitato dall'acquirente, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al comma 2° offrendo, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli». Sul punto si v. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 189, il quale, dopo avere sostenuto che la prelazione in esame non possiede efficacia reale, è comunque tenuto a riconoscere all'avente diritto alla prelazione una

anche in via ordinaria, con l'azione di riscatto nei confronti del terzo, impedendo così l'aggiudicazione definitiva e la conseguente vendita.

In dottrina si è posto il problema se la suddetta omissione sia causa di invalidità dell'incanto e del successivo trasferimento dell'immobile a favore dell'aggiudicatario e se tale invalidità possa essere fatta valere dall'avente diritto alla prelazione con l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. Secondo alcuni ⁽⁹¹⁾, il prelazionario sarebbe in tal caso legittimato ad impugnare i provvedimenti lesivi del proprio diritto, compreso quello che trasferisce la proprietà del bene all'aggiudicatario. Secondo altri ⁽⁹²⁾, invece, tale possibilità non potrebbe essere riconosciuta all'avente diritto alla prelazione, dato che l'art. 9, ult. cpv., nega il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario, mostrando così di privilegiare la posizione degli offerenti e la certezza che deve presiedere alle operazioni di vendita.

A ben vedere, in un caso analogo a quello in oggetto, nel quale non era stata data comunicazione all'avente diritto alla prelazione, la Suprema Corte ha dato prevalenza al diritto di prelazione (tra l'altro non assistito dal succedaneo diritto di riscatto dell'immobile nei confronti dell'acquirente) sul diritto dell'aggiudicatario, non ancora divenuto proprietario ⁽⁹³⁾.

possibilità che mai si concilia con l'effetto meramente obbligatorio. L'a., infatti, ammette che «qualora l'autorità che procede alla vendita (giudice dell'esecuzione o giudice delegato) ometta di effettuare la dovuta comunicazione al prelazionario, egli possa comunque esercitare validamente il proprio diritto, nei modi e con le forme per esso previste, qualora venga ugualmente a conoscenza dell'avvenuto incanto». A ben vedere, come è stato detto nel testo, proprio questa possibilità mette in evidenza l'effetto reale della prelazione in questione, la quale, tra l'altro, non potrebbe essere esercitata, come sostiene il predetto a., «nei modi e con le forme per esso previste», dato che il comma 3° dell'art. 9 opera solo in presenza della comunicazione di cui al secondo comma del medesimo articolo.

⁽⁹¹⁾ Cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire - Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente* (d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122), Milano, p. 343.

⁽⁹²⁾ Cfr. SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 189, il quale precisa altresì che, esclusa l'invalidità dell'incanto e del successivo trasferimento del bene, al promissorio acquirente pretermesso non rimane che una tutela risarcitoria.

⁽⁹³⁾ Cfr. Cass., sez. III, 12 gennaio 2006, n. 411, secondo cui «ai sensi dell'art. 3, comma 1° bis, d.l. 31 ottobre 1990 n. 310, conv. dalla l. n. 403 del 22 dicembre 1990, è previsto che, in caso di alienazione del patrimonio di edilizia residenziale di proprietà degli enti pubblici territoriali, la cessione delle unità immobiliari deve avvenire con priorità assoluta anche in favore dei legittimi conduttori, così individuandosi, a vantaggio di questi ultimi, un vero e proprio diritto di prelazione, ancorché non assistito dal succedaneo diritto di riscatto dell'immobile nei confronti dell'acquirente; tale diritto deve essere garantito anche nell'ipotesi in cui si realizzi la vendita, da parte di un ente pubblico, di un immobile appartenente al suddetto patrimonio con il sistema dei pubblici incanti, ben potendosi configurare un'ag-

Solo dopo l'aggiudicazione definitiva, con il relativo trasferimento della proprietà in capo all'aggiudicatario ⁽⁹⁴⁾, dunque, la prelazione originariamente con effetti reali, si trasforma in obbligatoria, con diritto al risarcimento dei danni ⁽⁹⁵⁾, se possibile anche in forma specifica (art. 2058

giudicazione in asta pubblica condizionata al mancato esercizio della prelazione; conseguentemente, a tal fine, il relativo bando d'asta, nella parte in cui prevede la facoltà di un soggetto di esercitare la prelazione legale nell'acquisto, non è idoneo a perfezionare un'efficace *denuntiatio* e non esonera, perciò, l'alienante dall'onere di notificare al conduttore una vera e propria proposta di alienazione, tenuto conto del fatto che, nel caso di vendita con il suddetto sistema, il relativo bando non si indirizza specificamente al titolare della prelazione, che, invece, in quanto soggetto favorito per legge, deve essere destinatario di un'apposita comunicazione contenente la proposta di alienazione con l'indicazione di un determinato prezzo di acquisto; l'inosservanza di questa formalità pur in presenza dell'espletamento della procedura di vendita per pubblici incanti con derivante aggiudicazione dell'immobile a vantaggio di un concorrente non privilegiato nell'acquisto, concretando la violazione del disposto di cui al cit. art. 3, d.l. n. 310 del 1990, legittima il conduttore all'esercizio dell'azione per il riconoscimento del suo diritto di prelazione sull'immobile aggiudicato e per l'ottenimento della condanna dell'ente pubblico al trasferimento della proprietà dello stesso in suo favore (nella specie, sulla scorta degli enunciati principi, la suprema corte ha confermato la sentenza di appello, con la quale era stata riconosciuta, ai sensi del richiamato art. 3, d.l. n. 310 del 1990, la sussistenza del diritto di prelazione del conduttore e disposto il trasferimento dell'immobile in suo favore, rilevando l'infondatezza dell'assunto della ricorrente secondo cui, avendo il bando di gara previsto che il prelatante partecipante alla procedura dell'asta pubblica avrebbe dovuto necessariamente in tale sede esercitare il suo diritto mediante offerta di prezzo pari almeno a quello migliore, allo stesso non era dovuta la preventiva comunicazione esplicita la funzione di una vera e propria *denuntiatio*)».

⁽⁹⁴⁾ SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, cit., p. 189, individua come termine finale per l'esercizio del diritto di prelazione nel caso di omessa convocazione, quello indicato dal giudice per il versamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili processuali di tutela dei diritti degli acquirenti di immobili in costruzione. Le disposizioni del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1299, il quale ritiene che, poiché è escluso il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario, se l'acquirente non sia stato posto in grado di esercitare la prelazione, prima e unica conseguenza resta quella di un eventuale richiesta di risarcimento del danno; APRILE, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Fall.*, 2005, p. 1130, il quale ritiene che l'azione risarcitoria potrebbe essere proposta anche contro la curatela fallimentare; PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, in *Fall.*, 2006, p. 260, precisa che nell'ipotesi in cui il curatore o il creditore precedente nell'esecuzione individuale abbiano violato il diritto di prelazione, la tutela accordata sarà soltanto risarcitoria, non potendo il diritto di prelazione in questione determinare il riscatto del bene nei confronti dell'aggiudicatario; RIZZI, *Commento al d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Not.*, 2005, p. 454, dopo aver precisato che si tratta di prelazione con effetti meramente obbligatori (benché prevista e disciplinata dalla legge, al pari della c.d. prelazione convenzionale non ha effetti reali, per cui alla violazione della prelazione non si può rea-

c.c.), nei confronti del terzo aggiudicatario (se in mala fede e, quindi, a conoscenza del diritto di prelazione), del creditore precedente e/o del curatore fallimentare (in quanto sapeva o avrebbe dovuto sapere del diritto di prelazione) e del costruttore (in quanto debitore esecutato avrebbe comunque dovuto riferire all'autorità procedente). I predetti soggetti, ai sensi dell'art. 2055, comma 1°, c.c., sono solidalmente obbligati all'integrale risarcimento dei danni nei confronti dell'avente diritto alla prelazione.

È ormai consolidato l'orientamento della Cassazione secondo il quale il soggetto che venga danneggiato dai differenti fatti dannosi compiuti da una pluralità di soggetti può esperire nei loro confronti azioni concorrenti ⁽⁹⁶⁾.

Orbene, per il sorgere della responsabilità solidale dei danneggiati, l'art. 2055, comma 1°, c.c. richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se siano diversi i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone, anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma suddetta, deve essere riferita unicamente al danneggiato ⁽⁹⁷⁾.

La responsabilità contrattuale può concorrere con quella extracontrattuale allorché il fatto dannoso sia imputabile all'azione o all'omissione di più persone, tutte obbligate al risarcimento del danno correlato al

gire mediante riscatto), ritiene che l'acquirente potrà agire nei confronti dell'Autorità che ha proceduto alla vendita per incanto solo per il risarcimento dei danni. Secondo SERENA, *Diritto di prelazione*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 189, è difficilmente percorribile l'azione di risarcimento per responsabilità dell'autorità che procede alla vendita, ovvero del magistrato che abbia omesso la comunicazione, proposta ai sensi della l. 13 aprile 1988, n. 117, non sussistendo, nelle ipotesi sin qui prese in considerazione, il presupposto della negligenza inescusabile di cui all'art. 2, comma 3°, lett. a).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Cass., 4 dicembre 1991, n. 13039, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 368, la quale ha statuito che «in tema di responsabilità risarcitoria, contrattuale ed extracontrattuale, se l'unico evento dannoso è imputabile a più persone, è sufficiente, al fine di ritenere la solidarietà di tutte nell'obbligo al risarcimento, che le azioni e le omissioni di ciascuna abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'evento, a nulla rilevando che costituiscano autonomi e distinti fatti illeciti, o violazioni di norme giuridiche diverse; pertanto nel caso di danno risentito dal committente di un'opera, per concorrenti inadempimenti del progettista e dell'appaltatore, sussistono le condizioni di detta solidarietà, con la conseguenza che il danneggiato può rivolgersi indifferentemente all'uno o all'altro per il risarcimento dell'intero danno e che il debitore escusso ha verso l'altro corresponsabile azione per la ripetizione della parte da esso dovuta».

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Cass., 19 gennaio 1996, n. 418, in *Danno e resp.*, 1996, p. 611; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Mass. Foro it.*, 1999.

loro comportamento; sicché, in ipotesi di vendita a terzi di un bene immobile, in violazione dell'obbligo, contrattualmente assunto dal venditore nei confronti del precedente alienante prelazionario, di farne previamente offerta a quest'ultimo, si determina la responsabilità contrattuale del secondo alienante nei confronti del primo (con connessa presunzione di colpa *ex art.* 1218 c.c.), nonché la responsabilità extracontrattuale del successivo acquirente (terzo) rimasto estraneo al precedente rapporto contrattuale. Quest'ultima responsabilità può essere configurata ove trovi fondamento in una dolosa preordinazione volta a frodare il primo venditore prelazionario o, almeno, nella consapevolezza dell'esistenza della precedente vendita e del diritto di prelazione e, quindi, nella consapevole partecipazione all'inadempimento dell'alienante per inosservanza della prelazione ⁽⁹⁸⁾.

Giova al riguardo segnalare che il danneggiato può esigere l'intero risarcimento da ciascuno dei responsabili in solido, indipendentemente dalla gravità della colpa dei singoli (art. 2055, comma 1°, c.c.). Chi tra loro pagherà avrà poi azione di regresso nei confronti degli altri responsabili; e solo in questa sede si potrà tenere conto del diverso grado della colpa di ciascuno (art. 2055, comma 2°, c.c.) ⁽⁹⁹⁾.

7. – *Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, d. lgs. n. 122 del 2005. Indeterminatezza dei principi e dei criteri direttivi di cui alla l. delega n. 210 del 2004. Abuso del potere delegato e/o eccesso di delega?*

Dai primi commenti alla l. 2 agosto 2004, n. 210 ⁽¹⁰⁰⁾, è emerso che la delega contenuta nell'art. 3, appare a maglie così larghe da far dubitare della legittimità dell'assetto normativo ai fini della valutazione dell'esercizio dei poteri delegati ⁽¹⁰¹⁾.

Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, alcuni autori hanno pertanto dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 9, dal momento che nella legge delega non si faceva menzione di tale diritto di prelazione ⁽¹⁰²⁾.

La legge delega, infatti, all'art. 1 dispone che «il Governo è delegato

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 17.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. RICCIO, *Le obbligazioni solidali*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, cit., p. 1208 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Pubblicata nella *G.U.* 13 agosto 2004, n. 189.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. FABIANI, *Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2843.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, p. 104.

ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 3, uno o più decreti legislativi recanti norme per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità, anche apportando alla legislazione vigente le modifiche e le integrazioni necessarie per il coordinamento della medesima con le disposizioni contenute nei predetti decreti legislativi».

L'art. 3 di cui alla predetta legge, rubricato «principi e criteri direttivi della delega legislativa», dispone al comma 1°, che «i decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi», tra i quali indica alla lettera e) quelli di «prevedere forme di tutela dell'acquirente, imponendo l'obbligo che il costruttore fornisca altresì garanzie per il risarcimento al quale sia tenuto ai sensi della vigente disciplina per vizi e difformità che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione».

Come è noto, il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e individuando le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega ⁽¹⁰³⁾.

Ebbene, da una tale valutazione comparativa tra le norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge delega, e la norma posta dal legislatore delegato, potrebbe infatti emergere il mancato rispetto della delega, o meglio l'eccesso di delega, in quanto la dettagliata disciplina prevista dall'art. 9, d. lgs. n. 122 del 2005, non sembra potersi legittimare sulla base del semplice ed indeterminato inciso «prevede-

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, rel. Ruperto, in *Corriere giur.*, 2000, p. 1453, con nota di Carbone; in *questa rivista*, 2000, p. 1156, con commento di Riccio, *La capitalizzazione degli interessi nel conflitto fra iurisdictio e legislatio*; Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2499, con nota di Briguglio; in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1219, con nota di Conte; Corte Cost., 31 maggio 2000, n. 163, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2529; in *Cons. Stato*, 2000, II, p. 843; Corte Cost., 27 aprile 2000, n. 126, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1060; in *Cons. Stato*, 2000, II, p. 603; Corte Cost., 5 febbraio 1999, n. 15, in *Giur. cost.*, 1999, p. 136; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 936; Corte Cost., 21 gennaio 1999, n. 7, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1780.

re forme di tutela dell'acquirente» contenuto nella prima parte della lettera e) dell'art. 3 l. delega.

A ben vedere, la genericità del suddetto inciso contenuto nei «*principi e criteri direttivi*» della legge delega, mette in rilievo non solo il contrasto con l'art. 76 Cost., per la mancanza, nella legge di delegazione, di qualsiasi principio o criterio direttivo attinente al diritto di prelazione e alla relativa disciplina, ma anche il contrasto con l'art. 77 Cost., per eccesso rispetto alla legge di delegazione, stante la dedotta mancata previsione, in questa, della possibilità di rendere compatibile il diritto di prelazione con la vendita forzata, con conseguente pregiudizio degli altri creditori.

ANGELO RICCIO

I "Dialoghi" sono un bimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Il loro prevalente terreno è il diritto privato comune; l'area del diritto civile e commerciale entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante.

Comitato di Direzione: Francesco Galgano (*direttore*), Guido Alpa, Marino Bin, Giovanni Grippo, Bruno Inzitari, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Panzarini, Gabriello Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisa, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann (*fondatori*), Luciana Cabella Pisu, Rossella Cavallo Borgia, Massimo Franzoni, Daniela Memmo, Luca Nanni, Michele Sesta.

Redazione: Franco Angeloni, Annalisa Atti, Augusto Baldassari, Elisabetta Bertacchini, Lisia Carota, Daniela Cenni, Angela De

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXII
N. 6 NOVEMBRE - DICEMBRE 2006
Poste Italiane s.p.a. - Sped. in abb. post. D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB Padova

TAXE PERÇUE - TASSA RISCOSSA - PADOVA C.M.P.

PREZZO € 30,00

Sanctis Ricciardone, Franco Ferrari, Giusella Finocchiaro, Aldo Giuliani, Vella Maria Leone, Giorgia Manzini, Fabrizio Marrella, Maria Paola Martines, Giovanni Meruzzi, Francesca Moretti, Elena Paolini, Flavio Paccenini, Aldo Pallicano, Margherita Pittalis, Giancarlo Ragazzini, Angelo Riccio, Rita Rolli, Guido Santoro, Gianluca Sicchiero, Matteo Tonello, Laura Valle, Daniela Vittoria, Nadia Zorzi.

Redazione inglese: Peter Xuereb; **redazione tedesca:** Jürgen Basedow, Herbert Kronke.

Direzione e redazione hanno sede in Bologna, Via S. Stefano, 11
Tel. 051 232622 - fax 051 231238
E-mail: contrattoeimpresa@galgano.it

L'Amministrazione ha sede presso la casa Editrice CEDAM S.p.a., in Via Jappelli 5/6 35121 Padova
Tel. 049 8239111 ra. - fax 049 8752800

Internet: www.cedam.com
E-mail: info@cedam.com

ATTENZIONE! In caso di mancato recapito, rinviare all'Ufficio di Padova C.M.P. per la restituzione al mittente, che si impegna a corrispondere la tariffa dovuta.

