

Civile Ord. Sez. 1 Num. 16166 Anno 2023

Presidente: CRISTIANO MAGDA

Relatore: PAZZI ALBERTO

Data pubblicazione: 08/06/2023

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso iscritto al n. 7704/2021 R.G. proposto da:

LEVITICUS SPV s.r.l., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale mandataria di CF LIBERTY SERVINCING s.p.a., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere dei Mellini n. 7, presso lo studio dell'Avvocato Massimiliano Silveti, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giorgio Tarzia e Edoardo Staunovo Polacco giusta procura speciale in calce al ricorso

- *ricorrente* -

contro

DE ANGELIS LUCA, elettivamente domiciliato in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli n. 27, presso lo studio dell'Avvocato Paola Petrilli, che lo rappresenta e difende, unitamente all'Avvocato Andrea Folco, giusta procura speciale allegata al controricorso

- *controricorrente* -

nonché contro

FALLIMENTO di GLI ARTIGIANI SOC. COOP. EDILIZIA s.c. a r.l. in liquidazione, elettivamente domiciliato in Roma, via Antonio

Bertoloni n. 19, presso lo studio dell'Avvocato Luca Iacopini, rappresentato e difeso dall'Avvocato Barbara Rovati giusta procura speciale allegata al controricorso

- *controricorrente* -

avverso il decreto del Tribunale di Monza n. R.G. 136/2018 depositato il 13/1/2021;

udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 12/5/2023 dal Consigliere Alberto Pazzi.

Rilevato che:

1. Il G.D. al fallimento di Gli Artigiani soc. coop. edilizia in liquidazione s.c. a r.l. autorizzava il curatore a subentrare, ai sensi dell'art. 72, comma 8, l. fall. nel contratto "*preliminare di assegnazione in proprietà e in proprietà superficaria di porzioni di immobili a socio di cooperativa edilizia*" stipulato fra la cooperativa poi fallita quando era ancora *in bonis* e Luca De Angelis e disponeva, nel contempo, la cancellazione dei gravami insistenti sul bene da trasferire; tra i gravami cancellati era ricompresa l'ipoteca iscritta in data 30 ottobre 2006 a favore della Banca Popolare di Milano s.c. a r.l., il cui credito veniva ammesso al passivo con rango privilegiato ipotecario.
2. Avverso questo provvedimento proponeva reclamo Leviticus SPV s.r.l., cessionaria del credito garantito, la quale, da una parte, allegava che in forza del contratto preliminare in questione, trascritto in data 11 ottobre 2017, il prezzo dovuto dal promissario acquirente (pari a € 283.050,55) era stato già interamente corrisposto alla società cooperativa in nove rate, tutte venute a scadenza in epoca anteriore alla declaratoria di fallimento, dall'altra sosteneva che l'art. 108, comma 2, l. fall. non era applicabile in caso di subentro *ex lege* nel contratto preliminare trascritto di un immobile destinato a costituire abitazione principale dell'acquirente, trattandosi di vendita non forzata, bensì di natura totalmente privatistica.

3. Il Tribunale di Monza osservava che la vendita ex art. 72, ultimo comma, l. fall., sebbene attuata con forme privatistiche, rimane una vendita fallimentare, perché perfezionata coattivamente, ossia a prescindere dalla volontà dell'impresa fallita ed all'interno di un procedimento di liquidazione concorsuale mediante un atto del curatore.

Evidenziava che l'unica differenza rispetto agli altri atti di liquidazione fallimentare risiedeva nel fatto che la scelta su come liquidare il bene era compiuta dal legislatore, che aveva inteso accordare al promissario acquirente della casa di abitazione una tutela privilegiata, facendo prevalere il suo diritto alla stipula del contratto definitivo sul diritto alla migliore soddisfazione economica delle ragioni del creditore ipotecario.

Rilevava che l'accoglimento della tesi del reclamante avrebbe determinato un'abrogazione di fatto della tutela riconosciuta dalla norma in discorso, poiché se non si ammettesse l'applicabilità dell'art. 108 l. fall. non si riuscirebbe a tutelare adeguatamente l'interesse del promissario acquirente all'acquisto dell'immobile destinato a costituire la sua abitazione principale libero da pesi.

Aggiungeva che la bontà di questo orientamento risultava confermata dall'art. 173, comma 4, CCII, che prevede il potere del G.D. di cancellazione delle ipoteche gravanti sull'immobile venduto al promissario acquirente dal curatore subentrato nel contratto preliminare.

Riteneva, pertanto, che il G.D. avesse legittimamente proceduto ad autorizzare la stipula del contratto definitivo di vendita con cancellazione di tutti i gravami insistenti sul bene da trasferire, fra i quali l'ipoteca volontaria iscritta in favore della Banca Popolare di Milano s.c. a r.l..

3. Per la cassazione di questo decreto ha proposto ricorso CF Liberty Servicing s.p.a., quale mandataria di Leviticus SPV s.r.l., prospettando un unico, articolato, motivo di doglianza, al quale

hanno resistito con controricorso il fallimento di Gli Artigiani soc. coop. edilizia in liquidazione s.c. a r.l. e Luca De Angelis.

Tutte le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ..

Considerato che:

4. È opportuno rilevare in via preliminare, a fronte dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal controricorrente De Angelis, che il provvedimento di rigetto del reclamo avverso il decreto del giudice delegato con cui, a seguito di trasferimento immobiliare, viene disposta la cancellazione delle ipoteche ai sensi dell'art. 108, comma 2, l. fall. è – secondo la giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. 30454/2019, Cass. 3310/2017) - ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., stante la sua incidenza su diritti reali di garanzia che altrimenti verrebbero sacrificati in via definitiva, non essendo tale provvedimento altrimenti impugnabile.

5. Il motivo di ricorso proposto denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 72 e 108 l. fall., anche in relazione agli artt. 2645-*bis*, 2808, 2878 e 2882 cod. civ.: il tribunale – in tesi di parte ricorrente - ha erroneamente ritenuto che il contratto definitivo concluso dal curatore in esecuzione del preliminare trascritto ex art. 72, ultimo comma, l. fall. costituisse una vendita concorsuale, perché il curatore fallimentare subentrante *ex lege* nella medesima posizione contrattuale del fallito, rispetto a un preliminare di vendita trascritto ed opponibile ai creditori concorsuali, ha disposto, con la stipula del definitivo, di un bene sottratto alla liquidazione fallimentare.

È poi improprio – prosegue il ricorrente – fare richiamo alla tutela del promissario acquirente per giustificare la prevalenza dei suoi diritti su quelli del creditore ipotecario, perché un simile proposito risulta estraneo alle regole espressamente dettate dal legislatore; la tutela del promissario acquirente rimarrebbe, perciò, affidata alla disciplina in materia di pubblicità immobiliare ed alla possibilità di

conoscere le iscrizioni pregiudizievoli gravanti sul bene che questi si è impegnato ad acquistare.

Né è possibile trovare conferma dell'orientamento condiviso dal tribunale nel disposto dell'art. 173, comma 4, CCII, dato che il legislatore della riforma ha introdotto una sorta di bilanciamento fra la posizione dei promissari acquirenti e quella dei creditori ipotecari, permettendo una cancellazione di tutte le trascrizioni pregiudizievoli e una penalizzazione dei creditori ipotecari (a cui ora sono opponibili il 50% degli acconti versati) non consentite nel vigore della legge fallimentare.

Oltre a ciò, l'interpretazione condivisa dal collegio di merito sopprimerebbe, nella sostanza, il diritto di sequela riconosciuto dall'art. 2808 cod. civ. in difetto di un'espressa previsione normativa, dato che il creditore si troverebbe a concorrere solo sulla frazione di prezzo dell'immobile pagato dal promissario acquirente al curatore, e prevederebbe una cancellazione in violazione della disciplina dell'estinzione delle ipoteche prevista dagli artt. 2878 e 2882 cod. civ., poiché l'esecuzione del contratto pendente da parte del curatore non costituisce un esproprio.

6. Il collegio ritiene di disporre la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

6.1. Il motivo di ricorso proposto pone la questione della possibilità di applicare il disposto dell'art. 108, comma 2, l. fall. (a mente del quale *"per i beni immobili e gli altri beni iscritti in pubblici registri, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo"*) nel caso in cui il curatore abbia perfezionato la vendita di un immobile dopo essere subentrato (ai sensi dell'art. 72, comma 8, l. fall. – aggiunto dall'art. 4 d. lgs. 169/2007 e integrato dalla l. 134/2012 –

secondo cui “*le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente*”) *ex lege* nel contratto preliminare stipulato dal fallito quando ancora era *in bonis*.

Quest'ultima norma, facendo specifica eccezione alle disposizioni del primo comma dell'art. 72 l. fall., chiarisce che il curatore, in presenza di un contratto preliminare di vendita trascritto *ex art. 2645-bis cod. civ.* avente ad oggetto un immobile destinato a essere utilizzato come abitazione principale, non ha la possibilità, a lui consueta, di scegliere se subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendosi tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, ma succede, *ex lege*, nel contratto.

Il capoverso in discorso, tuttavia, non spiega se debba o meno applicarsi alla vendita intervenuta fra il promissario acquirente e il curatore il disposto dell'art. 108, comma 2, l. fall. in ordine alla cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli.

6.2 Su questa questione si rinvengono precedenti non uniformi di questa prima sezione.

Il collegio di merito ha fatto richiamo a una sentenza che ha ritenuto che una simile vendita, anche se attuata nelle forme contrattuali e non tramite esecuzione coattiva, abbia natura di vendita fallimentare, con la conseguente necessità di cancellare, *ex art. 108, comma 2, l. fall.*, le iscrizioni relative ai diritti di prelazione ad opera del giudice delegato ed ammettere il creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato, sull'intero prezzo pagato, ivi compreso l'acconto eventualmente versato al venditore ancora *in bonis* (Cass. 3310/2017).

Lo stesso provvedimento impugnato registra, tuttavia, l'esistenza di una più recente pronuncia (Cass. 23139/2020), secondo cui la necessaria competizione nell'ambito di una procedura pubblica di dismissione del bene, che muova dal suo prezzo di stima e favorisca la massima informazione e partecipazione di tutti i soggetti interessati al fine di assicurare il conseguimento del maggior risultato possibile e con esso la miglior soddisfazione dei creditori, costituisce il coacervo di principi a cui si ispirano le vendite fallimentari e la cui applicazione giustifica l'effetto purgativo della vendita procedimentalizzata.

Di conseguenza, nell'ambito di concordato preventivo con continuità aziendale, l'assegnazione dell'immobile al socio di una cooperativa, che avvenga in esecuzione di un piano gestionale teso all'ultimazione degli alloggi rimasti incompiuti, non può essere accompagnata dalla cancellazione ex art. 108 l. fall. delle iscrizioni pregiudizievoli, dal momento che i detti effetti purgativi si giustificano solo qualora la vendita si compia in esito ad una procedura competitiva ad evidenza pubblica secondo le regole previste dagli artt. 105 e ss. l. fall. richiamate dall'art. 182, comma 5, l. fall., non anche quando essa sia il frutto della continuazione dell'attività di impresa.

Quest'ultima decisione, pur facendo riferimento a una fattispecie di esecuzione di un concordato in continuità e a un'attività di vendita posta in essere dallo stesso debitore, enuncia principi che hanno un immediato riflesso anche sulla questione in esame in questa sede, dal momento che – come è stato osservato in dottrina nel commentare la statuizione – essi conducono *recta via* a negare che il giudice delegato possa esercitare il potere di purgare dai gravami ipotecari i beni che vengono alienati dal curatore fallimentare senza l'osservanza delle regole di pubblicità, competitività e stima dettate dagli artt. 105, 106 e 107 l. fall..

6.3 La dissonanza delle pronunce di questa sezione corrisponde ad un'analogha discordanza di opinioni all'interno della giurisprudenza di merito.

Alcuni giudici, infatti, hanno ritenuto ammissibile la purgazione delle ipoteche ai sensi dell'art. 108, comma 2, l. fall. anche se la vendita fallimentare sia attuata tramite forme contrattuali e non attraverso l'esecuzione coattiva (v. Tribunale di Messina 11 aprile 2018); secondo questo orientamento ai fini della cancellazione delle ipoteche prevista dalla norma in discorso non rileva che si tratti di vendita coattiva o di vendita contrattuale, bensì che la cessione del bene sia frutto di un meccanismo liquidatorio interno o esterno alla procedura (v. Tribunale di Cagliari 2 gennaio 2020).

Altri giudici di merito si sono espressi in termini contrari alla purgazione ipotecaria in siffatte ipotesi, ritenendo che l'art. 108, comma 2, l. fall. trovi applicazione soltanto alle vendite che costituiscono atti di liquidazione per la realizzazione dell'attivo fallimentare in esecuzione del programma di liquidazione (v. Tribunale di Milano 21 settembre 2017, decisione allegata al ricorso, Tribunale di Milano 13 novembre 2017, Tribunale di Milano 4 dicembre 2017, Tribunale di Lecce 4 dicembre 2019).

La stessa disarmonia si registra all'interno delle voci dottrinali che si sono espresse su questo tema.

6.4 L'adesione all'una o all'altra delle diverse tesi pone problematiche di non poco momento.

Ove si intenda aderire alla prima opinione espressa da questa sezione occorrerà accertare, in primo luogo, se una simile interpretazione finisca per compromettere (o vanificare del tutto quando l'intero prezzo sia stato pagato prima del fallimento, come nel caso di specie) il diritto di sequela previsto dall'art. 2808, comma 1, cod. civ., tenuto conto della confusione delle somme corrisposte a titolo di prezzo in epoca antecedente al fallimento con il patrimonio del promittente venditore poi fallito.

Inoltre, sarà necessario verificare la compatibilità di tale soluzione con il disposto dell'art. 2878, n. 7, cod. civ., che, in parallelo con il tenore dell'art. 108, comma 1, fall., fa conseguire l'estinzione dell'ipoteca dalla "*pronunzia del provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato e ordina la cancellazione delle ipoteche*", posto che la vendita stipulata dal curatore in esecuzione di un contratto preliminare trascritto in cui egli sia subentrato *ex lege* ai sensi dell'art. 72, comma 8, l. fall. non pare costituire un atto di esercizio del potere espropriativo del curatore nell'interesse della massa dei creditori, bensì un atto di adempimento di un'obbligazione contratta dall'imprenditore *in bonis* prima di fallire, che viene compiuto dal curatore succedutogli nella posizione contrattuale.

Nel caso in cui, invece, si intenda preferire la seconda opinione, bisognerà considerare con le ragioni illustrate all'interno del provvedimento impugnato, laddove si sostiene che la negazione dell'applicabilità della purgazione ipotecaria in caso di vendita traslativa finisce per abrogare, di fatto, la tutela riconosciuta dall'art. 72, comma 8, l. fall., poichè nessun promissario acquirente solleciterebbe il curatore a subentrare nel contratto preliminare e a stipulare il definitivo sapendo di rimanere esposto - pur avendo pagato interamente il prezzo, anche se, in tutto o in parte, prima del fallimento - all'iniziativa esecutiva del creditore ipotecario.

Né sarà possibile sfuggire a un confronto con l'attuale disposto dell'art. 173, comma 4, CCII al fine di verificare se ricorra un ambito di continuità tra il regime fallimentare e quello successivo e se la nuova norma sia quindi idonea a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare (Cass., Sez. U., 8504/2021).

Ad avviso di questo collegio, se l'art. 108, comma 2, l. fall. trova collocazione all'interno della sezione II, del capo VI del titolo II della legge fallimentare, dedicata alla "*vendita dei beni*" acquisiti all'attivo della procedura fallimentare, il punto nodale del dissidio sopra

esposto sta nel significato che si intenda attribuire al concetto di vendita coattiva, essendo necessario chiarire se una simile vendita sia anche quella che avviene in ambito concorsuale in forma negoziale, prescindendo dalla volontà del curatore/venditore, o se piuttosto essa sia soltanto quella che ha ad oggetto i beni del fallito sui quali si determina l'effetto automatico previsto dall'art. 42 l. fall. e che vengono posti in vendita tramite procedura competitiva.

6.5 La questione riveste, peraltro, anche una particolare importanza, ricorrendo così un'ulteriore ragione che suggerisce, ai sensi dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ., la remissione alle Sezioni Unite di questa Corte.

In vero, il dibattito cui in precedenza si è fatto cenno è espressione di un conflitto fra diritto all'esecuzione del preliminare di vendita trascritto e diritto di prelazione e sequela del creditore ipotecario (o, se si preferisce, tra diritto alla casa e diritto al credito), conflitto che assume carattere di particolare delicatezza nell'economia, familiare o d'impresa, dei soggetti coinvolti ove si consideri il rischio, a seconda della soluzione che si intenda preferire, per l'uno di vedere vanificato il prezzo corrisposto ante fallimento, per l'altro di perdere, nei fatti, la garanzia del proprio diritto di credito.

Questa contrapposizione di posizioni pone anche il problema circa la possibilità e le modalità con cui attribuire tutela all'interesse sacrificato dall'applicazione o meno dell'art. 108, comma 2, l. fall..

Tutela che l'opinione favorevole all'applicazione della norma assicura tramite l'ammissione del creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato, sull'intero prezzo pagato, l'opinione contraria vuole garantire sottolineando come il curatore, con il subentro nel contratto, sia tenuto ad adempiere a tutte le varie obbligazioni che facevano carico al fallito, ivi compresa quella di liberare l'immobile da ipoteche pagando il creditore ipotecario iscritto, e l'attuale codice della crisi di impresa e dell'insolvenza riconosce prevedendo che gli acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale

siano opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostra di aver versato.

7. In conclusione, il tema appena descritto da un lato postula una scelta interpretativa sulla quale la giurisprudenza della sezione non appare suscettibile di esser composta al proprio interno, dall'altro involge una questione di massima di particolare importanza, che vede contrapposti diritti di rilievo costituzionale e particolare delicatezza per i soggetti coinvolti.

In termini sintetici, la questione resta ancorata al seguente interrogativo: se l'art. 108, comma 2, l. fall. sia applicabile anche alla vendita attuata non all'esito di una procedura competitiva pubblicizzata e svoltasi sulla base di valori di stima, ma in forma contrattuale in adempimento di un contratto preliminare in cui il curatore sia subentrato *ex lege* in applicazione del disposto dell'art. 72, comma 8, l. fall..

E', dunque, opportuno trasmettere gli atti al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ., affinché valuti se rimettere la questione alle Sezioni Unite.

P.Q.M.

La Corte dispone rimettersi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite di questa Corte.

Così deciso in Roma in data 12 maggio 2023.