

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
CORTE DI APPELLO DI VENEZIA  
-Seconda Sezione civile-**

La Corte d' Appello di Venezia, Seconda Sezione civile, riunita in Camera di Consiglio nella seguente composizione:

dott. Guido Santoro     Presidente  
dott. Enrico Schiavon   Consigliere  
dott. Innocenza Vono    Consigliere rel. ed est.  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di secondo grado iscritta al n. r.g. xxxx del ruolo generale dell'anno 2020 promossa  
DA

**CREDITORE IPOTECARIO**

Appellante

contro

**PROMISSARIO ACQUIRENTE 1 e PROMISSARIO ACQUIRENTE 2,  
SOCIETA' DEBITRICE**

Appellati-

OGGETTO: Appello avverso sentenza n. xxxx pubblicata il 18.11.2019, emessa dal Tribunale di Verona nel proc. n.r.g. xxxx, riunito al n.r.g. xxxx- Opposizione all'esecuzione (art. 615, 2' comma e.p.c.) immobiliare.

Conclusioni dell'appellante:

Nel merito:

In parziale riforma dell'impugnata sentenza, voglia l'Ill.ma Corte d' Appello adita, respingere le domande tutte proposte dal fallimento **SOCIETA' DEBITRICE**, in persona del curatore dott.ssa **OMISSIS** con il ricorso in opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c introduttivo del Giudizio di primo grado; dichiarare l'inammissibilità dell'intervento nel giudizio dei signori **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2 e PROMISSARIO ACQUIRENTE 1**, e, in subordine, respingersi le domande dagli stessi proposte per le ragioni esposte in atti e nel giudizio di primo grado.

Spese, anche di primo grado e anche relative al sub procedimento relativo all'istanza di sospensione, rifuse.

Si chiede la concessione dei termini di legge ex art. 190 c.p.c..

Conclusioni del Fallimento:

in via pregiudiziale e/o preliminare:

- dichiarare l'inammissibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di legittimazione attiva in capo a **CREDITORE IPOTECARIO** e/o la cessazione della materia del contendere; in via principale:

rigettare l'appello in quanto inammissibile e o improcedibile e o infondato e, per l'effetto, rigettare tutte le domande formulate da controparte in primo e secondo grado e confermare la sentenza del Tribunale di Verona n. xxxx, pubblicato il 18.11.2019, R.G. xxxx, Repert. n. xxxx del 18.11.2019, in ogni caso accogliendo le conclusioni rassegnate dal fallimento in primo grado in ogni caso:

con vittoria di compensi e spese di causa oltre CPA e IVA per il giudizio di appello, il giudizio di primo grado (sia per la fase sommaria, sia per la fase di merito) e la procedura di reclamo.

Si richiedono, inoltre, i termini di cui all'art. 190 cpc.

Conclusioni degli appellati Quarta e Scandola:

1) Rigettare l'appello in quanto infondato in fatto e diritto per tutti i motivi esposti in narrativa e pertanto confermare la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale di Verona n. xxxx del 18.11.2019, nel procedimento rg: xxxx, rep n. xxxx del 18/11/2019.

2) In subordine accogliere le domande di **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** così come formulate in primo grado e che di seguito si ripropongono in quanto dichiarate assorbite:

a) rigettarsi le domande della **CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, in quanto infondate in fatto ed in diritto;

b) accertarsi e dichiararsi inesistente il diritto di agire in via esecutiva della **CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, e/o accertare e dichiarare impignorabile il bene oggetto di esecuzione e pertanto revocarsi il pignoramento de quo e dichiarare estinta la procedura esecutiva pendente in relazione al bene promesso in vendita ai signori **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e oggetto del preliminare trascritto di cui al doc. 8;

3) per i fatti nuovi riportati in narrativa, eventualmente adottati i provvedimenti opportuni ed accertata la definitività del provvedimento ex art. 108 l.f., dichiarare la sopravvenuta carenza di legittimazione attiva di **CREDITORE IPOTECARIO spa**, in persona del suo presidente e legale rappresentate pro tempore, per l'effetto dichiarare inammissibile o rigettare l'appello e/o dichiarare cessata la materia del contendere;

Si chiede, qualora ritenuto necessario, l'acquisizione del fascicolo d'ufficio della procedura esecutiva n. xxxx e xxxx sub. I Tribunale di Verona, nonché del fascicolo d'ufficio relativo al reclamo nella procedura fallimentare xxxx Tribunale di Verona e dei fascicoli d'ufficio di cui ai procedimenti xxxx e xxxx del Tribunale di Verona.

Con vittoria di compenso professionale e spese come per legge, tenuto conto dei collegamenti ipertestuali, sia per il grado di appello che per il primo grado di giudizio comprensivo della fase di reclamo.

In via istruttoria si depositano i nuovi documenti n. 23, 24 e 25 di cui in narrativa.

Infine, si dichiara di non accettare il contraddittorio su domande, eccezioni e conclusioni nuove eventualmente formulate da controparte e si chiede la concessione dei termini di legge ex art. 190 c.p.c.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

### I. Svolgimento del processo.

#### a) Il processo di primo grado.

1.1. Con ricorso proposto ex articolo 615, c. 2, e.p.c., il **SOCIETA' DEBITRICE** (d'ora innanzi, anche solo " **il Fallimento**") proponeva opposizione all'esecuzione intrapresa dalla **CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.**, la quale, in forza di due contratti di mutuo fondiario garantiti da iscrizione ipotecaria stipulati in data 23.7.2010 con la società allora in bonis **SOCIETA' DEBITRICE**, aveva pignorato, tra gli altri, anche l'immobile sito nel Comune di Sona identificato al Catasto Fabbricati del Comune di Sona (VR) al foglio xx, particella xxx, sub xx e sub xx, oggetto di un preliminare di compravendita, trascritto successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, ma prima della trascrizione del pignoramento.

1.2. Esponeva che con contratto preliminare concluso per atto pubblico in data 9.4.2013 tra **SOCIETA' DEBITRICE** in bonis e i promissari acquirenti **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** trascritto in data 11.4.2013 (ossia prima della trascrizione del pignoramento) la promittente venditrice si era obbligata ad alienare il bene, e che sussisteva l'obbligo del curatore fallimentare di addivenire, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 72 L.F. ultimo comma, alla conclusione del contratto definitivo, con conseguente impignorabilità del bene immobile de quo.

Il Fallimento chiedeva, pertanto, che fosse dichiarata l'inesistenza del diritto della Banca di agire in executivis sui beni compresi nel lotto 3, come identificato nella relazione dell'esperto stimatore, con conseguenziale accertamento dell'impignorabilità del bene oggetto di esecuzione.

1.3. Con separata opposizione agli atti esecutivi ex artt. 617 e 618 e.p.c. i promissari acquirenti del medesimo bene Immobile **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** proponevano opposizione avverso l'ordinanza con la quale il 27.9.2017 il G.E. aveva disposto la vendita del bene pignorato oggetto del preliminare di compravendita.

In entrambi i procedimenti esecutivi il G.E. sospendeva l'esecuzione. Entrambe le ordinanze emesse dal G.E. venivano riformate dal Tribunale in composizione collegiale, adito in sede di reclamo ex art. 669 terdecies e.p.c. dalla Banca creditrice.

1.4. **La CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.** promuoveva il giudizio di merito in relazione a entrambe le opposizioni esecutive, chiedendo il rigetto delle opposizioni e l'accertamento del proprio diritto di agire esecutivamente sul bene Immobile oggetto del predetto preliminare.

Le due cause, iscritte ai numeri di molo generale xxxx e xxxx, venivano riunite.

**Il Fallimento, PROMISSARIO ACQUIRENTE 2 e PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** insistevano per l'accoglimento delle opposizioni proposte.

Istruita la causa documentalmente, con sentenza n. xxxx pubblicata il 18.11.2019, il Tribunale di Verona accoglieva l'opposizione proposta dal Fallimento e rigettava l'opposizione agli atti esecutivi proposta da **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1**, ritenendola in parte inammissibile e in parte infondata.

Le spese di lite nei rapporti tra il **Fallimento** e il **CREDITORE IPOTECARIO** venivano compensate, mentre nel resto venivano poste a carico degli opposenti **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** e liquidate in favore del **CREDITORE IPOTECARIO**.

1.5. Per quanto ancora rileva in questa sede, nella motivazione della sentenza il Tribunale veronese evidenziava quanto segue:

trova applicazione nella fattispecie il principio affermato dalla Suprema Corte in base al quale "in tema di vendita fallimentare - non importa se attuata informa contrattuale, e non tramite esecuzione coattiva - trova applicazione l'art. 108, comma 2, legge fall., con la conseguente cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione ed ammissione del creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato sull'intero prezzo pagato, incluso l'acconto versato al venditore in bonis (e quindi, con perfetta equivalenza, sotto questo profilo, ad una vendita nelle forme dell'esecuzione forzata)"; conseguentemente, il contratto preliminare avente i requisiti di cui all'articolo 72, comma 8,

L.F. prevale sull'ipoteca iscritta (anche anteriormente), che verrà cancellata ex articolo 108

L.F. allorquando il contratto definitivo sarà concluso tra il curatore, subentrato doverosamente, e il promissario acquirente, fermo restando che il creditore ipotecario potrà far valere la propria garanzia reale sul ricavato; il curatore non può in alcun modo sciogliersi dal vincolo, costituendo il trasferimento a favore di coloro che si trovano nelle condizioni ivi previste un atto dovuto al quale dovrà, poi, seguire - come precisato dalla Suprema Corte di Cassazione (sentenza n.3310/2017) - la cancellazione delle ipoteche ancorché anteriori alla trascrizione del pignoramento; il contratto preliminare in questione presenta i requisiti previsti dalla legge, poiché "a) è stato trascritto in data 11.4.2013; b) era pendente alla data di dichiarazione del fallimento (13.1.2015); c) ha ad oggetto un immobile da adibire a prima casa; il regolamento contrattuale del definitivo, per quanto riguarda le ipoteche, è stato già indicato nel preliminare (cfr. clausola 8), in base al quale il curatore, obbligato a realizzare il definitivo, non potrà che vendere i beni liberandoli dalle ipoteche iscritte e la banca non potrà che "assentire" alla cancellazione per quanto riguarda, invece, il problema degli effetti prenotativi del preliminare e dell'eventuale applicabilità del comma terzo dell'articolo 2645 bis c.c., la disposizione di cui al comma ottavo dell'articolo 72 L.F. non richiede che gli effetti del preliminare debbano essere ancora sussistenti al momento della dichiarazione di fallimento poiché, con allorquando il legislatore ha inteso dar rilevanza agli effetti della trascrizione, l'ha previsto o expressis verbis (cfr. art. 67, comma II, let. c, L.F.; art. 72, c. 7 L.F.); l'articolo 72, comma 8, L.F. fa, invece, riferimento solo al contratto preliminare trascritto, sicché è escluso che abbia rilevanza la questione di cui all'articolo 2645 bis, terzo comma, c.c.; ne consegue che il contratto preliminare avente i requisiti previsti dall'articolo 72, comma 8, L.F. (a prescindere dall'eventuale decadenza degli effetti prenotativi, irrilevante) prevale sull'ipoteca pur iscritta anteriormente, destinata ad essere cancellata ex articolo 108 L.F. (cfr. Cass. 3310/2017); il

creditore fondiario non ha, pertanto, il diritto di procedere esecutivamente sui beni di cui al lotto 3, oggetto del preliminare di compravendita stipulato tra la promissaria alienante ancora in bonis e i **PROMISSARI ACQUIRENTI**.

b) L'appello.

1. 6. Avverso la sentenza ha proposto appello **CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.** sulla base di quattro motivi.

**PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** hanno chiesto il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado, in subordine l'accoglimento delle domande proposte in primo grado e ivi dichiarate assorbite.

Anche il **Fallimento** ha resistito all'appello reiterando le domande proposte in primo grado.

L'udienza di precisazione delle conclusioni si è tenuta con le modalità previste dall'art. 83, D.L. n. 18/2020, convertito con legge n.27/2020, come modificato dall'art. 221 del D.L. n.34/20, conv. con l. n. 77/2020, e successive mod. e proroghe.

Le parti hanno depositato comparse conclusionali e memorie di replica.

2. I motivi di appello.

2. 1. L'appello è articolato in quattro motivi.

Con il primo motivo l'appellante lamenta l'errata interpretazione da parte del primo Giudice dell'orientamento della Suprema Corte in merito all'applicazione dell'art. 108 L.F. nei casi di vendita nelle forme previste dall'art. 72, comma 8, L.F.

Fa presente che non può trovare applicazione nella specie il principio affermato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 3310-2017, non coerente con lo scopo e le ragioni sottese alla disciplina di cui all'art. 108 L.F., poiché le rilevanti somme asseritamente pagate a titolo di acconto dai promissari acquirenti (€ 250.300,00) non sono mai state versate alla **CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.** quale creditore ipotecario del promittente venditore (all'epoca in bonis), né sono state apprese dal Fallimento.

Secondo la tesi seguita dal primo Giudice, con la conclusione del contratto definitivo il **Fallimento** incasserebbe esclusivamente il residuo prezzo di vendita (€ 131.526,92), senza avere Incamerato i rilevanti acconti versati (€ 250.600,00) e conseguentemente la **CREDITORE IPOTECARIO S.p.A.**, ammessa al passivo del fallimento per l'intero credito subirebbe la cancellazione "coattiva" dell'ipoteca volontaria senza però ottenere il soddisfacimento del proprio credito ipotecario, garantito dall'art. 2808 c.c.

Diversamente, con la vendita forzata del cespite di proprietà del Fallimento, ad essa creditrice spetterebbe, invece, l'intero ricavato della vendita, presuntivamente ben maggiore, considerato che il CTU ha stimato il valore dell'immobile in € 420.000,00.

L'art. 108 L.F., inoltre, ad avviso dell'appellante potrebbe trovare applicazione solo in caso di riscossione integrale del prezzo, pertanto il Giudice Delegato, prima di ordinare la cancellazione dell'ipoteca, dovrebbe previamente verificare che il Fallimento, concluso il contratto definitivo, abbia riscosso l'intero prezzo di vendita.

Solo così argomentando potrebbe realizzarsi l'"equivalenza" tra gli effetti della vendita forzata e gli effetti della vendita ex art. 72, co. 8 L.F., sulla quale la Corte di Cassazione basa l'applicabilità, in entrambe le fattispecie, dell'art. 108, co. 2 L.F.

Nel caso di specie, invece, è pacifico che con la eventuale conclusione del contratto definitivo ai sensi dell'art. 72, co. 8 L.F. il Fallimento potrebbe incassare solo il residuo prezzo di vendita (detratti gli acconti versati dal promissario acquirente al promittente venditore), pari a circa un terzo del prezzo concordato tra le parti, con buona pace del principio di "equivalenza" sotteso alla decisione della Suprema Corte in merito al binomio art. 72, co. 8 L.F. e art. 108 L.F.

Neppure in ipotesi di esito favorevole dell'eventuale giudizio ex art. 2932 c.c. la sentenza potrebbe imporre la cancellazione dell'ipoteca iscritta ante giudizio sui beni promessi in vendita, e pertanto la tesi seguita dal primo Giudice comporterebbe, un ingiusto vantaggio per il promissario acquirente nel caso di promittente venditore fallito (che otterrebbe la cancellazione dell'ipoteca indipendentemente dal soddisfacimento del credito della Banca), rispetto al caso in cui il promittente venditore inadempiente sia ancora in bonis (nel quale il promissario acquirente può ottenere la cancellazione dell'ipoteca solo previo pagamento integrale del creditore).

Con il medesimo motivo l'appellante sostiene che le garanzie previste dalla legge per il promissario acquirente di beni immobili destinati a casa di abitazione non possono comportare l'ingiusta

compressione dei diritti del creditore ipotecario del promittente venditore, e Invoca il principio affermato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la sentenza n. 21045 del 2009, con la quale è stato chiarito che il privilegio ex art. 2775 bis c.c. (che spetta al promissario acquirente, ex art. 72 comma 7 L.F.) non prevale sull'ipoteca iscritta in epoca antecedente dalla Banca a garanzia del finanziamento concesso al costruttore-venditore.

Invoca, inoltre, a sostegno delle proprie difese il decreto del 21.9.2017 con il quale il Tribunale di Milano ha escluso l'applicabilità dell'art. 108 L.F. quale conseguenza dell'applicazione dell'art. 72, co. 8 L.F. ritenendo che tale norma si applichi soltanto alle vendite che costituiscano "atti di liquidazione" per la liquidazione dell'attivo fallimentare", nonché il decreto del 4.12.2019 (doc. 10), con il quale il Tribunale di Lecce, richiamato un precedente decreto conforme dello stesso Tribunale del 4.11.2019, ha affermato: "In definitiva, escluso che il subentro del curatore nel contratto preliminare pendente ex art. 72 possa considerarsi come vendita giudiziale coattiva, il curatore dovrà rispettare la *lex contractus*, e il Giudice delegato non potrà disporre alcuna cancellazione di ipoteche iscritte, quanto meno se il creditore ipotecario non dia a tal fine il suo assenso preventivo (nel qual caso il rigore teorico potrebbe anche cedere il passo alla semplificazione processuale)".

2.2. Con il secondo motivo denuncia errata interpretazione dei requisiti previsti dall'art. 72, comma 8, Legge fallimentare.

Secondo l'appellante il Tribunale di Verona avrebbe errato nel ritenere irrilevante, ai fini dell'applicazione della predetta norma, la permanenza degli effetti prenotativi della trascrizione, mentre nel caso di specie l'avvenuta decadenza degli effetti del preliminare ex art. 2645 bis c.c., stante la mancata conclusione del definitivo nel termine prescritto e l'estinzione del giudizio promosso con la domanda ex art. 2932 c.c. proposta dai promissari acquirenti, precluderebbe in radice l'applicabilità dell'art. 72, co. 8 L.F.

Secondo l'appellante l'art. 2645 bis, terzo comma c.c. disciplina una ipotesi di decadenza ex tunc degli effetti prenotativi della trascrizione del contratto preliminare previsti al secondo comma, e quindi il diritto scaturente dalla trascrizione, al decorso del termine previsto, viene meno e nessun effetto rimane in essere.

2.3. Con il terzo motivo censura la sentenza appellata per errata valutazione e interpretazione in merito agli effetti del contratto preliminare sull'ipotetico contratto definitivo di vendita.

Sostiene che il Tribunale di Verona, al fine di affermare l'obbligo alla cancellazione coattiva dell'ipoteca, abbia errato anche nella parte in cui ha affermato che il regolamento contrattuale del definitivo, per quanto riguarda le ipoteche, è già contenuto nel preliminare e pertanto il curatore, obbligato a realizzare il definitivo, non potrà che vendere i beni liberandoli dalle ipoteche iscritte e la banca non potrà che "assentire" alla cancellazione.

Evidenzia che il venditore, nel contratto preliminare, ha "promesso" la cancellazione dell'ipoteca come fatto del terzo, disponendo di una attività che non gli compete, e pertanto tale previsione contrattuale non vincola il creditore ipotecario.

Se il venditore non fosse fallito, la **CREDITORE IPOTECARIO S.p.A.** avrebbe rilasciato l'assenso alla liberazione dei beni (o alla cancellazione dell'ipoteca nell'ipotesi che gli altri beni con oggetti di ipoteca fossero stati nel frattempo liberati), solo in presenza della condizione essenziale o del pagamento, da parte del promittente venditore, del debito relativo alla garanzia ipotecaria mentre secondo la tesi accolta dal primo Giudice la Banca si dovrebbe accontentare di ricevere il saldo prezzo pari ad € 131.526,92, mentre i promissari acquirenti otterrebbero ingiustificatamente una serie di vantaggi, ossia:

1. la proprietà dell'immobile, nonostante l'intervenuta decadenza dell'effetto prenotativo di cui all'art. 2645 bis c.p.c.;
2. la cancellazione dell'ipoteca opponibile al preliminare concluso senza il soddisfacimento del creditore ipotecario;
3. l'occupazione dell'immobile a far data dal 19/12/2012, senza esserne proprietari né versare alcun canone né indennità;
4. il risparmio di spese e tasse (quelle successive al fallimento di fatto ricadute a carico della **CREDITORE IPOTECARIO s.p.a.**, in quanto prededucibili dal prezzo di vendita dell'immobile in sede di distribuzione del ricavato).

2.4. Con il quarto motivo l'appellante si duole dell'accoglimento dell'opposizione proposta dal Fallimento come conseguenza della ritenuta applicabilità dell'art. 72, comma 8, L.F.

2.5. I motivi, logicamente connessi, si prestano a una trattazione congiunta e sono fondati.

Va premesso che la compravendita del bene immobile oggetto di causa avvenuta nelle more del giudizio in data 21.4.2021 non comporta la cessazione della materia del contendere, poiché la vendita del bene non fa venire meno la garanzia ipotecaria, ma ai sensi dell'art. 2808 c.c. l'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito. Permangono, inoltre, le ragioni di contrasto tra le parti in merito alla soluzione del conflitto esistente tra l'ipoteca iscritta dalla Banca a garanzia del proprio credito e la trascrizione del preliminare ad opera dei promissari acquirenti.

Neppure il decreto di cancellazione delle ipoteche emesso dal Giudice Delegato, non ancora definitivo in quanto impugnato davanti al Collegio dalla Banca appellante, è idoneo a far venire meno ogni ragione di contrasto tra le parti.

2.6. In punto di fatto, sono pacifiche o comunque documentate le seguenti circostanze:

l'odierna appellante è creditrice della fallita **SOCIETA' DEBITRICE** in forza di mutuo fondiario stipulato il 23.7.2010, garantito da ipoteca iscritta il 2.8.2010; in data 9.4.2013 la società **SOCIETA' DEBITRICE**, allora in bonis, ha promesso in vendita a **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** il bene immobile sito nel Comune di **OMISSIS**, identificato al Catasto Fabbricati del Comune di Sona (VR) al foglio xx, particella xxx, sub xx e sub xx; il preliminare è stato trascritto in data 11.4.2013 ( doc. 8 fascicolo Scandola-Quarta);

in data 22.5.2014 è stata trascritta la domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. proposta dai promissari o acquirenti;

in data 13.1.2015 la società promittente venditrice è stata dichiarata fallita; la Banca creditrice ha notificato atto di pignoramento il 24.12.2015, trascritto il 22.1.2016 e risulta ammessa al passivo per la somma di € 438.192,20 come creditore ipotecario e per € 99.087,88 come creditore chirografario.

Pacificamente l'iscrizione dell'ipoteca che assiste il credito della Banca è antecedente alla trascrizione del preliminare stipulato da **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** con la società **SOCIETA' DEBITRICE**, allora in bonis.

Nel preliminare era prevista la conclusione del contratto definitivo entro la data del 30.11.2013 (v. clausola n. 7).

2.7. L'art. 2645 bis, III comma, c.c. prevede che "gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'art 2652, I comma, n 2 c.c."

La disposizione è stata introdotta con il d.l. n. 669 1996, convertito con modificazioni nella l. n. 30 1997, ed è finalizzata ad estendere le garanzie del sistema della trascrizione dei contratti ex art. 2643 c.c. anche ai contratti preliminari (previsti dall'art. 1351 c.c.), tutelando così in modo più efficace sia il promissario acquirente, la cui trascrizione prevarrà su iscrizioni pregiudizievoli (come l'ipoteca) successive al preliminare trascritto, sia i terzi che trarranno vantaggio dalla pubblicità legale.

In caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono (ad es. per il recupero della caparra confirmatoria e degli acconti versati), hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento fissato dall'art. 2775-bis comma I. Tale privilegio si considera un effetto autonomo della trascrizione del preliminare, posto che lo stesso è attribuito al promissario acquirente laddove non si addivenga alla conclusione del definitivo. Nello specifico, l'art. 2775-bis comma 2 sancisce l'inopponibilità di detto privilegio ai creditori garantiti da ipoteca relativi a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile e ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis. Al di fuori di queste due specifiche garanzie ipotecarie sono sorti dubbi circa la disciplina applicabile per regolare i rapporti tra privilegio ex art. 2775-bis e le ipoteche diverse da quelle indicate dal comma 2. In via del tutto generale l'art. 2748 dispone che i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente. La ratio di tale previsione risiede nella considerazione secondo cui il Legislatore attribuisce privilegi ad alcuni soggetti poiché

determinate categorie di credito sono ritenute meritevoli di tutela. Alcuni autori in dottrina hanno, però, obiettato che il privilegio in esame sussiste non per il rilievo di profili causali quanto piuttosto a seguito della formalità della pubblicità costitutiva.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite (Cass. S.U., n. 21045 2009), che con un revirement hanno affermato la prevalenza delle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare, posto che la regola della prevalenza dei privilegi dettata dall'art. 2748 non opera per i privilegi sottoposti a pubblicità. Anche con successive sentenze (Cass. I, n. 4195/2012, Cass. I, n. 20974 2012 e Cass. VI, n. 341/2012) la Suprema Corte ha affermato che in materia dei crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ex art. 2645-bis non trova applicazione la regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, e il conflitto con l'ipoteca va regolato secondo gli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti.

Secondo la Suprema Corte, i privilegi immobiliari che possono prevaricare l'ipoteca sono quelli che trovano la loro ragion d'essere nella causa del credito, secondo i principi generali, e che non sono sottoposti ad alcuna forma di pubblicità, laddove il privilegio di cui all'art. 2775-bis si riconnette solo alla trascrizione del preliminare, il che sta a significare che esso è destinato a svolgere una funzione di vera e propria pubblicità costitutiva. Ne deriva che esso più che alla causa del credito va assimilato all'iscrizione ipotecaria, con la conseguenza che nel concorso conflittuale tra i creditori ipotecari la scelta è regolata non dall'art. 2748, comma 2, c.c. (che prevede la prevalenza del privilegio Immobiliare sull'ipoteca, se la legge non dispone diversamente) ma dal criterio temporale. Ne consegue che il credito del promissario acquirente avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare, benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice (Cass. Sez. I n. 17270 2014).

Nel caso di specie nel termine prescritto non è stato concluso il contratto definitivo, ma i promissari acquirenti hanno trascritto la domanda giudiziale ex art. 2932 c.c., anche se il relativo procedimento si è estinto per mancata riassunzione dopo il fallimento della promittente venditrice. Poiché la norma richiede che nel termine previsto debba intervenire la sola trascrizione della domanda, senza alcun riferimento alla successiva sentenza di trasferimento ex art. 2932 c.c., non può ritenersi intervenuta la decadenza degli effetti del preliminare, anche se non può trovare applicazione l'art. 2652, I comma, n. 2 c.c., nella parte in cui prevede gli effetti della trascrizione della sentenza che o accoglie la domanda.

2.8. Dall'obbligatorietà del subentro del curatore nel contratto preliminare prevista dall'art. 72, comma 8, della Legge Fallimentare, il primo Giudice ha fatto conseguire l'applicabilità dell'art. 108 L.F., ritenendo il bene impignorabile e obbligatoria la cancellazione delle ipoteche.

Ritiene il Collegio che l'interpretazione delle due norme, che regolamentano fattispecie diverse, non consenta tale conclusione, e che l'applicazione dell'una non comporti necessariamente l'applicazione dell'altra.

L'art. 72, comma 8, Legge Fallimentare, è, infatti, una norma di diritto sostanziale che pone un vincolo alla libertà negoziale del curatore, non lasciandogli la scelta tra la conclusione del definitivo e lo scioglimento dal contratto nel caso di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. avente ad oggetto, come nella specie, un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente, ma non regola il conflitto tra la trascrizione del preliminare e l'iscrizione di ipoteca da parte del creditore del promittente venditore, nelle more fallito, avvenuta in epoca antecedente, per la cui risoluzione deve aversi riguardo alle regole generali in materia di pubblicità degli atti, con conseguente prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente, come chiarito dalla Suprema Corte per l'ipotesi di mancato subentro del curatore.

Né tantomeno la norma sancisce l'impignorabilità del bene oggetto del preliminare, posto che le cause di impignorabilità devono essere espressamente previste dalla legge.

Il subentro del curatore fallimentare non è idoneo, pertanto, a togliere efficacia al titolo esecutivo azionato dal creditore procedente.

Non è opponibile alla Banca la clausola n. 7 del preliminare (che sul punto prevede in modo peraltro non chiaro "ipoteca che verrà assentita di sottrazione di beni promessi in vendita con il presente atto anteriormente o posteriormente al rogito definitivo, a cura e spese della stessa parte promittente venditrice"), essendo l'odierna appellante rimasta estranea al contratto.

L'art. 108, II comma L.F., invece, regola i poteri del Giudice delegato in caso di vendita fallimentare, prevedendo che 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 di ogni altro vincolo".

2.9. Non costituisce oggetto del presente giudizio la legittimità o meno della cancellazione dell'ipoteca nelle more disposta dal Giudice Delegato con decreto emesso in data 30.4.2021, oggetto di impugnazione davanti al Collegio proposta dalla **CREDITORE IPOTECARIO**.

Al riguardo, può, tuttavia, rilevarsi che la sentenza della Suprema Corte (. Sez. I, n. 3310 o dell'8/02/2017), richiamata nella sentenza appellata, nel ritenere applicabile la norma anche ai casi di vendita "attuata nelle forme contrattuali e non tramite esecuzione coattiva, con la conseguente cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione ad opera del giudice delegato", presuppone comunque la salvaguardia dei diritti del creditore privilegiato, e la sua ammissione al concorso " con rango privilegiato, sull'intero prezzo pagato, ivi compreso l'acconto eventualmente versato al venditore ancora "in bonis" (e quindi, con perfetta equivalenza, sotto questo profilo, ad una vendita nelle forme dell'esecuzione forzata) '.

Nella specie, il soddisfacimento totale delle ragioni della creditrice ipotecaria non può trovare applicazione, poiché dal contratto preliminare ( nel quale era stato pattuito il corrispettivo di € 381.826,92) risulta l'avvenuto pagamento del consistente acconto di € 250.300,00, e tale somma non è stata pacificamente rinvenuta dal curatore, sicché l'odierna appellante potrebbe rivalersi solo sul residuo prezzo di vendita di € 131.526,92, con evidente frustrazione della garanzia ipotecaria e del diritto di sequela che ne consegue.

L'applicazione di tale principio nel caso di specie determinerebbe un'ingiustificata lesione degli interessi del creditore ipotecario (oltre a far emergere una disparità di trattamento tra la posizione del creditore del promittente venditore dichiarato fallito e, in generale, i creditori di un promittente venditore in bonis), il qual e, in violazione del diritto di sequela, si vedrebbe costretto a concorrere solo sulla frazione del prezzo-valore dell'immobile pagata dal promissario al curatore (tenuto conto dell'irrecuperabilità dell'acconto già pagato dal promissario al fallito quando era in bonis).

Un tale risultato, come pure affermato da autorevole dottrina, non è concepibile al di fuori di una procedura coattiva aperta al mercato e finalizzata al realizzo dell'intero prezzo, in presenza della quale l'ottenimento di un prezzo di vendita eventualmente inferiore al credito garantito da ipoteca potrebbe giustificare la conseguente perdita economica subita dal creditore iscritto, mentre allo stesso scopo è certo inidonea la scelta di subentro del curatore nel contratto, e ciò anche quando nessuna facoltà di scelta la norma gli attribuisca, ma il contratto definitivo debba essere da lui stipulato obbligatoriamente ai sensi dell'art. 72, ultimo comma, l.fall. (quando l'immobile abbia la destinazione ivi prevista).

In mancanza di una espressa disposizione legislativa, non può ritenersi che la ratio dell'art. 72, comma 8 legge fall., imponga al giudice delegato l'adozione dell'ordine di cancellazione (in tal senso Tribunale di Milano, Sezione II civ., decreto del 21.09.2017 in Guida al diritto, 13.3.2018, Tribunale di Lecce, Sezione commerciale, decreto del 4.12.2019, doc. IO fascicolo odierno appellante).

Appare maggiormente condivisibile, pertanto, l'orientamento della giurisprudenza di merito secondo la quale il potere di cancellazione delle ipoteche può essere esercitato soltanto quando il trasferimento immobiliare sia stato disposto con le modalità di cui all'art. 107 1. f. e cioè, anche mediante contratto di diritto privato, ma all'esito di procedura competitiva, previa stima ed adeguata pubblicità anche nel portale delle vendite pubbliche, rispondendo la purgazione dalle ipoteche prevista dall'art. 108 L.F. alla ratio di liquidare l'immobile e trasferirlo all'acquirente libero da pesi e vincoli proprio per effetto del concorso e della natura coattiva del procedimento di vendita.

Consegue dalle esposte ragioni il rigetto dell'opposizione proposta dal Fallimento.

L'opposizione agli atti esecutivi proposta in primo grado da **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1**, Invece, è già stata rigettata dal primo Giudice e in difetto di appello incidentale al riguardo non deve essere emessa alcuna pronuncia (senza contare che in materia di opposizione agli atti esecutivi non è ammesso appello).

3.Regolamento delle spese.

3.1.11 contrasto giurisprudenziale esistente sulla questione, oggetto di una sola pronuncia della Suprema Corte non pienamente adattabile al caso di specie, e le contrastanti decisioni emesse nella fase cautelare dal Tribunale di Verona giustificano la compensazione delle spese del grado. La compensazione delle

spese di primo grado nei rapporti tra la Banca e il Fallimento va confermata per le medesime ragioni, mentre nessuna statuizione può essere emessa in ordine al capo di condanna alle spese a carico di **PROMISSARIO ACQUIRENTE 2** e **PROMISSARIO ACQUIRENTE 1** in favore della **CREDITORE IPOTECARIO** per effetto del rigetto dell'opposizione agli atti esecutivi dagli stessi proposta in primo grado; tale opposizione, infatti, non forma oggetto del presente giudizio, sicché tale capo di condanna deve intendersi confermato.

**P.Q.M.**

La Corte d' Appello di Venezia, Seconda Sezione Civile, contrariis reiectis,  
In parziale riforma della sentenza n. xxxx pubblicata il 18.11.2019, emessa dal Tribunale di Verona nel proc. n.r.g. xxxx, riunito al n.r.g. xxxx, rigetta l'opposizione all'esecuzione proposta dalla **SOCIETA' DEBITRICE**.

Compensa le spese del grado tra tutte le parti del giudizio.

Così deciso in Venezia, nella Camera di Consiglio del 14/09/2021.

Il Consigliere est.  
dott. Innocenza Vono  
Il Presidente  
dott. Guido Santoro

*\*Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE