



ELENA GUARDIGLI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Bologna

LA SEQUENZA PRELIMINARE-DEFINITIVO NEL PRISMA DELL'AZIONE REVOCATORIA

SOMMARIO: 1. *L'azione revocatoria al cospetto della sequenza preliminare-definitivo: lo stato della giurisprudenza e la necessità di una rivisitazione critica del problema.* – 2. *La sequenza “incompleta”: l'autonoma lesività del contratto preliminare non seguito dal definitivo.* – 3. *L'operazione traslativa completata in via negoziale: l'irrevocabilità del contratto definitivo in quanto atto solutorio necessitato.* – 4. *Revocatoria concorsuale e sequenza preliminare-definitivo.* – 5. *L'operazione traslativa ultimata in via giudiziale: l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre e l'oggetto della revocatoria.* – 6. *Il momento di apprezzamento degli stati soggettivi rilevanti ai fini della revocatoria.* – 7. *Note finali: il definitivo difforme, il preliminare occultato e la persistenza dell'eventus damni.* – 8. *A mo' di conclusione.*

1. – La scissione dell'operazione traslativa che il ricorso alla sequenza preliminare¹ – definitivo realizza solleva una serie di delicati problemi in relazione alla posizione dei creditori, i quali possono andare incontro a quel pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica di cui fa parola l'art. 2901 cod. civ. La riprova che il coordinamento tra tutela dei creditori, tramite l'azione revocatoria, e trasferimento della proprietà², mediato dalla conclusione di un contratto preliminare, presenta peculiari profili di complessità si trae dall'esame della giurisprudenza in materia. La presente indagine può utilmente prendere le mosse proprio dal dato giurisprudenziale, in quanto il lavoro delle Corti consente non solo di percepire l'importanza pratica del problema, bensì pure di evidenziarne i tratti salienti. Osservando in chiave diacronica la giurisprudenza della Corte di legittimità sul tema, si può constatare come sia avvenuto un significativo mutamento di posizione in relazione al possibile oggetto dell'azione revocatoria al cospetto della sequenza che prende avvio con il contratto preliminare e si conclude con quello definitivo. Invero, fino agli albori del nuovo millennio l'orientamento invalso in Cassazione (senza prendere posizione sulla autonoma revocabilità del preliminare) era nel senso di ritenere non soggetti ad azione revocatoria i contratti conclusi in esecuzione di un preliminare, salva la prova che quest'ultimo fosse stato stipulato con “frode”. L'esclusione dall'orbita della revocatoria veniva argomentata a partire dal carattere giuridicamente “dovuto” della conclusione del definitivo, dunque dall'operare dell'eccezione compendiata nel comma terzo dell'art. 2901 cod. civ. Coerentemente con l'idea che la conclu-

¹ Giova sin da ora precisare che il problema si pone con riferimento al contratto preliminare bilaterale e a quello unilaterale, limitatamente ai creditori della (unica) parte che si impegna.

² Nella consapevolezza che lo schema del contratto preliminare può essere impiegato in funzione della conclusione di qualsiasi contratto (quantomeno consensuale), ancorché non manchino autorevoli voci che ciò negano, preme avvertire che la presente indagine riguarderà precipuamente la contrattazione preliminare nel campo delle vendite immobiliari. Non soltanto perché si tratta dell'ipotesi di maggior frequenza ed importanza pratica, ma anche perché presenta profili peculiari, come emergerà più oltre nel testo, i quali richiedono particolare attenzione.



sione del contratto preliminare segna la consumazione dei margini entro i quali può esplicarsi l'autonomia privata del debitore, la giurisprudenza più antica riteneva che l'indagine circa l'elemento soggettivo in capo al debitore e al terzo, rilevante per l'accoglimento della revocatoria, ove ammissibile, dovesse concentrarsi con riferimento a quel momento e non già a quello di conclusione del definitivo³.

A partire dai primi anni del duemila, di contro, la Suprema Corte ha consolidato un differente indirizzo interpretativo. Sul presupposto che il contratto preliminare possiede «portata dispositiva solo potenziale e futura» e, per tali ragioni, non sia idoneo a concretare una attuale lesione della garanzia patrimoniale generica, si è sancita l'impugnabilità con il rimedio revocatorio del solo contratto definitivo, che siffatta lesione sarebbe, per converso, in grado di produrre⁴. Diversamente, quanto al profilo soggettivo, l'indagine dell'interprete dovrebbe (continuare ad) assumere a referente il momento della conclusione del preliminare. Ciò perché il terzo con cui il debitore entra in contatto sarebbe titolare, in virtù di quest'ultimo negozio, di un «diritto acquisito in buona fede al trasferimento del bene rispetto al quale la tutela dell'integrità del patrimonio del debitore diventa necessariamente sub-valente». Di modo che l'eventuale sopravvenuta conoscenza (o conoscibilità) del carattere lesivo dell'operazione traslativa in capo al medesimo terzo apparirebbe irrilevante, non potendo quest'ultimo essere «costretto a richiedere la risoluzione del contratto per sottrarsi a tale cooperazione con il debitore nella perpetrazione dell'*eventus damni*»⁵.

Questo, in sintesi, il diritto vivente sul tema.

La ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale consente di mettere in luce le questioni interpretative, riferibili tanto all'istituto del contratto preliminare quanto, e soprattutto, a quello della revocatoria (ordinaria), sottese alla soluzione del problema posto dalla prassi e qui indagato. In prima battuta, si tratta di comprendere se il contratto preliminare possa assurgere in sé, ossia anche in assenza del perfezionamento del definitivo, ad «atto di disposizione» attaccabile con l'azione revocatoria. In secondo luogo, è opportuno riconsiderare la questione della natura doverosa o non del contratto definitivo, *recte* del trasferimento (della proprietà) che con esso si realizza, beninteso sempre dal punto di vista del rimedio disciplinato dall'art. 2901 cod. civ. Oltre che in via negoziale, l'ultimazione della sequenza preliminare-definitivo può realizzarsi, allorché una delle parti rifiuti la propria cooperazione, anche *ope iudicis*, attraverso lo strumento di cui all'art. 2932 cod. civ. In quest'evenienza, al problema della revocabilità del definitivo si aggiunge quello della controvertibile impugnabilità della sentenza che tiene luogo del contratto non concluso, la quale impone di indugiare sul tema del concorso tra rimedio *ex art. 404 c.p.c.* e revocatoria ordinaria. La trattazione delle questio-

³ Cfr. in tal senso, Cass. 16 maggio 1962, n. 1094, in *Giust. civ.*, 1962, II, 1871 ss., con nota di LAZZARO; Cass. 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1786, che all'ipotesi dell'atto di adempimento del preliminare assimila quella dell'esecuzione del negozio fiduciario (fattispecie oggetto di causa). L'affermazione è ribadita anche da Cass. 4 luglio 2006, n. 15265, in *Giust. civ.*, 2007, 2190 ss., con nota di D'AURIA, *Dubbi sull'estensione del concetto di pregiudizio e sulla ratio dell'art. 2901, comma 3, c.c.*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 874 ss., con nota di VALERI, ma in tale pronuncia assume valore di *obiter dictum* (facendosi in quel caso questione, risolta in senso peraltro negativo, se la vendita effettuata dal locatore in favore del conduttore prelaionario fosse o meno ricompresa tra gli atti dovuti esentati da revocatoria).

⁴ Le citazioni nel testo sono tratte da Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1352 ss., con nota critica di MARTONE, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*. Analogamente, aveva dichiarato il preliminare non revocabile in quanto produttivo di «effetti puramente obbligatori» Cass. 19 maggio 2006, n. 11773, in *Onelegale*. Più di recente, in senso conforme, v. Cass. 23 novembre 2022, n. 34418, in *Dejure*; Cass. 22 giugno 2020, n. 12120, in *Corriere giur.*, 2021, 1112 ss., con nota di GUARDIGLI, *Contratto per persona da nominare, electio amici e valutazione della scientia damni*; Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, in *Dejure*; Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, in *Onelegale*; Cass. 12 maggio 2015, n. 9595, in *Onelegale*; Cass. 18 agosto 2011, n. 17365, in *Imm. propr.*, 2011, 730 [s.m.] e per esteso in *Dejure*; Cass. 20 agosto 2009, n. 18528, in *Dejure*.

⁵ Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, cit.



ni ora sunteggiate, affidata ai prossimi quattro paragrafi, assume valenza preliminare rispetto all'esame del presupposto soggettivo dell'azione revocatoria.

2. – La specificazione, operata dall'art. 2901 cod. civ., giusta la quale suscettibili di impugnazione mediante l'azione revocatoria sono gli «atti di disposizione del patrimonio», ha imposto agli interpreti di riflettere in quale rapporto una siffatta locuzione si collochi rispetto alle note sistemazioni concettuali del diritto civile. Secondo accreditate ricostruzioni dottrinali, infatti, il concetto di “disposizione” di diritti, segnatamente patrimoniali, abbraccia tutti gli atti che ne importano la perdita (si pensi ai negozi di rinuncia, sia essa traslativa o puramente abdicativa) o una limitazione (ad esempio la costituzione di diritti reali minori), così come quelli che producono un effetto di destinazione (*inter vivos* o *mortis causa*)⁶. Ne rimarrebbero esclusi – giusta una dicotomia che si ritrova espressa altrove nel codice (ad esempio, in materia di donazione, nell'art. 769 cod. civ.) – i negozi o comunque gli atti idonei a produrre effetti soltanto obbligatori⁷.

Parte della dottrina ha fatto leva, valorizzandola, sulla predetta contrapposizione, tra atti dispositivi e atti (meramente) obbligatori, in sede di interpretazione della disposizione dell'art. 2901 cod. civ., per limitare il campo di applicazione dell'istituto in esame ai primi, sulla scorta del rilievo che solo l'adempimento e non già la costituzione del rapporto obbligatorio sarebbe idoneo a realizzare una diminuzione patrimoniale rilevante nell'ottica della conservazione della garanzia patrimoniale⁸. Per contro, nei contributi più recenti in materia di pauliana, si suggerisce di leggere in chiave estensiva la nozione di disposizione del patrimonio impiegata nell'articolo citato, al fine di includervi anche gli atti con cui il debitore assume (solo) obbligazioni. Ciò per la ragione che le stesse rappresentano un “peso” sul suo patrimonio, una “disposizione” di esso concretantesi in un aumento del passivo, il quale può essere idoneo a rendere incapiente la garanzia generica su cui i creditori potevano fare affidamento⁹. Una conferma della correttezza di tale tesi viene da taluno de-

⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (Rist. corretta della II ed.), Napoli, ESI, 2002, 292 s.

⁷ Sono «negozi di disposizione», secondo la ricostruzione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist. Jovene, Napoli, 2012, 220 ss., quelli che «importano una diminuzione patrimoniale per il soggetto o uno dei soggetti del negozio». Vi si contrappongono i «negozi di obbligazione», ossia «quelli in cui all'attribuzione in favore di un soggetto corrisponde non una diminuzione patrimoniale, ma soltanto un dovere di comportamento a carico del soggetto o dell'altro soggetto del negozio». In previsione di quanto si osserverà poi, a proposito della ricostruzione del contratto preliminare, giova evidenziare, con MENGONI e REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 192, come non possano «annoverarsi tra gli atti di disposizione in senso tecnico» – nozione che affonda le proprie radici nella distinzione tedesca tra *Verfügungsgeschäfte* e *Verpflichtungsgeschäfte*, espressione del *Trennungsprinzip* ivi vigente – i «contratti destinati a determinare uno spostamento patrimoniale, ma inidonei a produrre immediatamente tale effetto», ancorché costituiscano «il punto di riferimento causale dell'effetto traslativo e quindi» concorrano «col fatto successivo, che determina il trasferimento, a formare la fattispecie traslativa».

⁸ Cfr. PICARO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, F.lli Ruggeri, Taranto, 1946, 51; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1950, 159; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Utet, Torino, 1952, 301, il quale rileva che «i negozi d'obbligazione...non producono una diminuzione *attuale e immediata* del patrimonio» [corsivo originale]; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 1959, 191; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1970, 211, testo e nota 93.

⁹ Cfr. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli e Soc. Ed. Foro it., Bologna-Roma, 1960, 228; DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 362 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970, 51; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Appunti delle lezioni*, Milano, Giuffrè, 1974, 191; BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 7; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1995, 199 ss. In senso contrario, PICARO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, loc. cit., obietta che non «è possibile, senza violare il sistema della legge, fare consistere tale danno nell'aumento del passivo. Il pregiudizio che attraverso la revocatoria si è inteso evitare è unicamente quello derivante da una diminuzione dell'attivo e ogni diminuzione manca sino all'adempimento dell'obbligazione».



sunta dall'assoggettabilità a revocatoria degli atti costitutivi di garanzie (art. 2901, comma 2, cod. civ.), tra le quali devono ricomprendersi anche quelle personali, che hanno effetto meramente obbligatorio¹⁰. E non si manca di sottolineare che negare l'accesso alla revocatoria in casi siffatti significherebbe consegnare al debitore un agevole mezzo per frodare le ragioni dei propri creditori: al medesimo basterebbe, infatti, intermediare l'atto di disposizione attraverso il meccanismo dell'assunzione dell'obbligazione e del suo adempimento, il quale risulterebbe allora inattuabile giusta il comma terzo dell'art. 2901 cod. civ.¹¹.

Naturalmente, non può essere il solo dato in sé dell'assunzione di un'obbligazione ad aprire le porte alla revocabilità del relativo atto. Occorre, infatti, rigorosamente accertare la sussistenza del requisito oggettivo rappresentato dall'*eventus damni*, tenendo conto della complessiva operazione economica da cui scaturisce l'obbligazione¹². In particolare – ferma la necessità di verificare, altresì, gli estremi dell'elemento soggettivo, quando la prestazione dovuta dal debitore è in rapporto di corrispettività, intesa in senso lato, con un'attribuzione patrimoniale – quel requisito potrà dirsi sussistente solo se il valore delle prestazioni si riveli significativamente sproporzionato (a sfavore del debitore) e, conseguenzialmente, se il concorso del nuovo debitore sia effettivamente idoneo a compromettere, in tutto o in parte, il soddisfacimento del credito dell'attore in revocatoria¹³. A maggior ragione si giustifica la revocabilità se l'assunzione del debito non trova contropartita in un'attribuzione patrimoniale (potrebbe trattarsi, ad esempio, di una donazione obbligatoria).

Se solo si considera il problema nella prospettiva del primo segmento della sequenza preliminare-definitiva, con precipuo riferimento all'ipotesi di vendita immobiliare, emergono tuttavia ulteriori possibili profili ostativi all'accoglimento della tesi della revocabilità di atti costitutivi di vincoli obbligatori. Invero, la più pungente critica alla revocabilità del preliminare, formulata prima dell'introduzione della possibilità di

¹⁰ Cfr. NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 192. L'osservazione mantiene la propria valenza anche accedendo alla tesi, per vero minoritaria, giusta la quale attraverso il negozio fideiussorio, il quale può considerarsi il fondamentale modello di garanzia personale del credito accolto nel codice, sorgerebbe, tra il garante e il garantito, non un rapporto obbligatorio, bensì un rapporto di garanzia. Anzi, *a fortiori*, essa tanto più vale, quanto più autonomo il vincolo assunto dal garante sia reso rispetto al rapporto garantito. Ai fini del problema in esame, infatti, ciò che conta rilevare è che la garanzia assunta dal debitore non si traduce, attualmente né, inoltre, necessariamente, in una diminuzione del suo patrimonio. Ampia illustrazione del dibattito sulla natura del vincolo del fideiussore e delle differenze, anche sotto tale profilo, tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia in CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, 392 ss.

¹¹ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 201, nota 59 e già G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 213.

¹² Tale accertamento postula la previa definizione dell'esatto contenuto del «pregiudizio» alle ragioni dei creditori che l'atto del debitore deve arrecare per essere dichiarato inefficace. Sul punto non si può che rinviare alle diverse elaborazioni maturate in dottrina, la quale sembra per lo più orientata a ritenere sufficiente un «pericolo» che l'azione esecutiva si riveli anche solo più difficile o più gravosa in conseguenza dell'atto del debitore: cfr., tra i molti, NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 217; NATOLI, voce *Azione revocatoria*, cit., 893; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 167; D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, *Tutela dei diritti*, II, 2ª ed., Utet, Torino, 1997, 169 ss. Fortemente critico verso questa posizione è LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 202 ss., ove si sottolineano i pericoli di un'interpretazione troppo rigida del concetto di pregiudizio, svincolato dall'elemento della *fraus*, dunque da un'indagine sui motivi che sottendono la scelta di assumere l'obbligazione; interpretazione che potrebbe finire per far ritenere che «il debitore che abbia un patrimonio immobiliare di valore pari a quello delle obbligazioni da adempiere, si troverebbe a non poter legittimamente assumere nuove obbligazioni e, parallelamente, il suo patrimonio immobiliare dovrebbe considerarsi come «cristallizzato» finché non sopravvenga un atto...estintivo di una delle suddette obbligazioni».

¹³ Al riguardo, occorre tenere presente che, come correttamente evidenziato in dottrina, sebbene quella revocatoria sia azione individuale, del singolo creditore, e sia destinata ad avvantaggiare solamente il medesimo, il pregiudizio sotto il profilo quantitativo (sufficienza o meno del patrimonio) non può che accertarsi tenendo in considerazione la situazione del debitore nella sua interezza, dunque il concorso dei plurimi creditori sul suo patrimonio. Il punto è ampiamente illustrato da LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 136 ss., ove ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza conformi.



trascriverlo¹⁴ – la quale, come si vedrà, sembra aver mutato almeno in parte i termini del problema¹⁵ – si può così sintetizzare: siccome anche dopo la conclusione del preliminare il (diritto sul) bene promesso rimane nel patrimonio del debitore, che non ne ha, appunto, disposto, non avrebbe senso chiedere la declaratoria di inefficacia di un atto inidoneo a diminuire la consistenza della garanzia patrimoniale generica¹⁶. L'obiezione può essere condotta su un piano generale (e fatta prescindere dai peculiari rapporti tra preliminare e definitivo, sui quali si dovrà tornare in seguito): giacché non è l'atto di assunzione di un'obbligazione, bensì l'adempimento della stessa, a determinare l'uscita del suo oggetto dal patrimonio del debitore, non sarebbe (mai) giuridicamente utile agire per fare dichiarare il primo inefficace, potendosi instare per il sequestro conservativo¹⁷. Si tratta di un punto nodale, sul quale occorre indugiare in senso critico: l'effetto ottenibile mediante l'azione revocatoria è diverso e ulteriore, rispetto alla creazione del vincolo di indisponibilità e di inopponibilità (degli atti dispositivi successivamente trascritti) conseguente al sequestro¹⁸. Solo la declaratoria di inefficacia del vincolo consente al creditore vittorioso di giovare degli effetti compendiali nell'art. 2902 cod. civ., ovverosia, sostanzialmente, di essere preferito al terzo revocato nel concorso sui beni del debitore, qualora lo stesso si rendesse inadempiente all'obbligazione assunta con l'atto dichiarato, appunto,

¹⁴ La sola possibilità della trascrizione, anche ove ad essa non si sia concretamente provveduto, potrebbe apparire sufficiente a ritenere revocabile il contratto preliminare. A ben vedere, infatti, seppure in relazione alla differente fattispecie del fondo patrimoniale, la Suprema Corte di Cassazione ha, anche di recente, avuto modo di confermare che la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, per quanto non annotata a margine dell'atto di matrimonio, «potrebbe divenire, in ogni momento, opponibile ai creditori tramite la successiva annotazione ciò in quanto la destinazione del bene nel fondo patrimoniale, a prescindere dalla annotazione, può essere sufficiente a rendere più incerta e difficile la realizzazione del diritto». Del resto, nell'azione revocatoria ordinaria, il presupposto costituito dal pregiudizio alle ragioni del creditore include anche il pericolo di danno, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, «così che l'atto, anche se non opponibile al momento, può comportare un pericolo di danno a cagione della sempre concreta possibilità di annotarlo e dunque di renderlo opponibile». In questi termini, Cass. 21 febbraio 2023, n. 5356, in *DeJure*, la quale evidenzia peraltro come la non opponibilità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale – quindi, *mutatis mutandis*, l'assenza dell'effetto prenotativo e del privilegio che conseguono alla trascrizione del contratto preliminare – dovuta alla mancata annotazione dell'atto stesso «è situazione diversa dalla inefficacia dell'atto a seguito della revocazione, così che quest'ultima mira ad un effetto diverso: non già a rimuovere l'inopponibilità dell'atto – dovuta al difetto di pubblicità – bensì a rendere l'atto del tutto inefficace verso il creditore».

¹⁵ E, d'altro canto, anche all'epoca, era già riconosciuta al contraente adempiente la facoltà di trascrivere la domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.

¹⁶ Cfr. Cass. 23 novembre 2022, n. 34418, cit.; Cass. 22 giugno 2020, n. 12120, cit.; Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, cit.; Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, cit.; Cass. 12 maggio 2015, n. 9595, cit.; Cass. 18 agosto 2011, n. 17365, cit.; Cass. 20 agosto 2009, n. 18528, cit. In dottrina cfr., tra gli altri, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 211 ss., nonché PALERMO, *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991, 203.

¹⁷ V. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, loc. ult. cit., cui aderisce TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Giuffrè, Milano, 2014, 257 s.

¹⁸ Ciò che vale anche al cospetto di un atto, come una vendita immobiliare, traslativo della proprietà. V., sul punto, Cass. 29 settembre 2017, n. 22835, in *Dejure*, la quale mette bene in luce le chiare differenze tra i due mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: l'accoglimento della revocatoria giova solo al creditore che abbia proposto la relativa domanda, sicché il medesimo non subisce il concorso degli altri creditori, come invece accadrebbe allorché il sequestro fosse convertito in pignoramento; a differenza di quanto accade con il sequestro, che «soffre i limiti derivanti dall'importo fino a concorrenza del quale sia stata autorizzata la misura cautelare», «il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria consente al creditore di soddisfarsi per l'intero suo credito sul bene oggetto dell'atto revocato, senza che l'acquirente possa opporgli limiti di sorta»; infine, la «tutela derivante dal sequestro è necessariamente condizionata dalle vicende del procedimento cautelare e del successivo giudizio di merito ed è esposta alla possibilità di revoca della misura (o della modifica con riduzione dell'importo cautelato), nonché all'eventualità che si determinino ipotesi di estinzione del pignoramento...il tutto con effetti irreversibili, giacché una volta estinto il pignoramento conseguito al sequestro, si determina l'impossibilità per il creditore di aggredire ulteriormente il bene alienato a terzi», laddove, al contrario, «la tutela apprestata dall'art. 2901 c.c. si stabilizza col passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento della revocatoria e resta insensibile ad eventuali vicende estintive del successivo pignoramento, che – nei limiti della prescrizione – potrà comunque essere rinnovato».



inefficace¹⁹. Inoltre, se il debitore dovesse adempiere l'obbligazione nascente dall'atto revocando – eventualmente che lo stesso legislatore deve aver avuto in mente, posto che ha decretato l'irrevocabilità dei pagamenti di debiti *scaduti*, lasciando di contro aperta la porta all'impugnabilità di quelli *ante diem* – il creditore che abbia vittoriosamente esperito la pauliana, impugnando anche l'atto *solutionis causa* compiuto, potrà soddisfarsi sull'oggetto della prestazione eseguita, con preferenza rispetto al terzo revocato²⁰. Tutto ciò, in presenza di un contratto preliminare, si traduce nella possibilità per il creditore revocante, nel primo scenario, di essere preferito rispetto al terzo che dovesse avanzare pretese nei confronti del debitore *ex contractu* (segnatamente a titolo di responsabilità da inadempimento) e, nel secondo scenario, di soddisfarsi sul bene fuoriuscito dal patrimonio in esecuzione del contratto preliminare medesimo, purché, beninteso, sia impugnato anche tale atto di adempimento, ossia il definitivo.

Considerazioni peculiari vanno formulate – lo si è già anticipato – in relazione alla non infrequente eventualità che il contratto preliminare, avente ad oggetto contratti costitutivi o traslativi dei diritti menzionati all'art. 2643, nn.1-4, cod. civ., venga trascritto nei registri immobiliari ai sensi del successivo art. 2645 *bis* cod. civ. Nell'ottica dell'azione revocatoria, ciò che rileva è anzitutto l'effetto di c.d. prenotazione conseguente all'intervenuta trascrizione del preliminare o, secondo altri, di opponibilità. In virtù di tale effetto, il promissario acquirente prevale nel conflitto con coloro che acquistano diritti sull'immobile in forza di atti iscritti (fermo il disposto dell'art. 2825 *bis* cod. civ.) o trascritti successivamente alla trascrizione del preliminare, ma anche in quello con i creditori del promittente venditore che provvedano alla trascrizione del pignoramento in un momento successivo, appunto, a quella del preliminare. Già sotto questo profilo, i creditori del promissario alienante hanno interesse a rendere inefficace nei loro confronti un atto, il preliminare, la cui trascrizione rende il medesimo idoneo a sottrarre l'immobile che ne forma oggetto all'azione esecutiva (chiaramente nei limiti temporali entro i quali la trascrizione del preliminare è efficace)²¹.

Si potrebbe replicare (a sostegno della tesi della revocabilità del solo definitivo) che i creditori dovrebbero limitarsi ad attendere il completamento della sequenza preliminare-definitivo ed eventualmente reagire contro quest'ultimo atto (o contro la sentenza che lo sostituisce) per poter, poi, agire esecutivamente sull'immobile che ne costituisce l'oggetto. Rinviando ogni considerazione al riguardo alla disamina del tema della revocabilità del definitivo, v'è comunque da notare che la formalità pubblicitaria, fino a tre anni, impedisce

¹⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 452: «Se l'atto revocato consiste nell'assunzione di un'obbligazione, il revocante può agire sul patrimonio del debitore senza subire la concorrenza degli altri creditori»; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 230 ss. Muovendo dall'individuazione del fondamento della revocatoria in un'ipotesi di responsabilità oggettiva del debitore e del terzo per l'atto di disposizione (inteso in senso lato), BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001, 45 ss., ritiene che la declaratoria di inefficacia in cui essa consiste produca il sorgere di una «obbligazione, di reintegrazione del valore pregiudicato dall'atto di disposizione», che si atterrebbe poi diversamente a seconda del tipo di atto considerato.

²⁰ Evidenzia MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 52, che il «risultato della revoca del pagamento» consiste nel dovere per il creditore pagato di «rendere la somma riscossa sino all'integrale soddisfacimento del creditore che ha agito vittoriosamente in revocatoria».

²¹ Si consideri, inoltre, che la trascrizione della domanda con cui si chiede la revocatoria del preliminare, ai sensi dell'art. 2652, n. 5, c.c., assicura al creditore – attore – tutela rispetto all'ipotesi in cui, una volta stipulato il definitivo, l'avente causa del debitore trasferisca ad un terzo, di buona fede, l'immobile oggetto del preliminare prima che sia trascritta la domanda di revocatoria contro il definitivo. Tra la conclusione del definitivo e l'alienazione al terzo di buona fede, anche trascurando l'ipotesi che questa avvenga prima di quella (vendita di cosa altrui da parte del promissario acquirente), potrebbe trascorrere un tempo breve, di modo che i creditori del primo dante causa potrebbero non riuscire a trascrivere la domanda di revocatoria in tempo utile. Sulla funzione della trascrizione della domanda di revocatoria v. ORESTANO, *Le domande di revoca degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori*, in *Tratt. della trascrizione*, 2, diretto da E. Gabrielli e Gazzoni, Utet, Torino, 2014, 157 ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 4, Utet, Torino, 2012, 141 s.



di fatto l'azione esecutiva dei creditori medesimi, i quali, per aggredire l'immobile, non hanno altra via che revocare il preliminare²².

In ogni caso, dubbi sull'immediata lesività del preliminare (trascritto) non dovrebbero sorgere considerando l'ulteriore effetto che l'assolvimento della formalità pubblicitaria produce sulla posizione del promissario acquirente, rispetto agli altri creditori. Si tratta, in particolare, dell'attribuzione del privilegio speciale sul bene immobile *ex art. 2775 bis* cod. civ.²³. Il sorgere di una causa di prelazione sull'immobile pone il relativo titolare, in sede esecutiva, in una posizione peggiore rispetto agli altri creditori chirografari e, in ogni caso, incide sulla commerciabilità dell'immobile stesso. Di modo che se anche non dovesse dare esecuzione al preliminare esponendosi a responsabilità – in tal modo proprio astenendosi dal porre in essere l'atto che la tesi ora prevalente presso la S.C. considera l'unico idoneo a determinare pregiudizio alle ragioni dei creditori – la presenza del privilegio (che assiste il credito risarcitorio o da restituzione di eventuali acconti del promissario acquirente) potrebbe comunque condurre al medesimo risultato di rendere infruttuosa, o quanto meno di pregiudicare, l'esecuzione da parte degli altri creditori, chirografari²⁴. Per conseguenza, negare a costoro l'esperimento del mezzo revocatorio già rispetto al contratto preliminare significa lasciare margini, al debitore e al terzo colluso con il medesimo, per pregiudicare le ragioni dei creditori²⁵.

²² Cfr. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. del contratto*, a cura di Costanza, III, *Effetti*, 2ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, 460.

²³ Per la determinazione di quali crediti del promissario acquirente siano garantiti dal privilegio in esame v., tra gli altri, DI SABATO, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, ESI, 2008, 214 ss.; LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in LUMINOSO e PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Cedam, Padova, 1998, 75 ss.; DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 257 ss.

²⁴ Sembra trascurare completamente tale profilo Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, cit., laddove osserva che la trascrizione del preliminare «rileva solo per la pubblicità dell'atto, e...non trasforma la stipulazione preliminare in atto di disposizione né toglie valore al fatto che il danno si debba verificare...al momento del definitivo e non prima di esso».

²⁵ Cfr., in particolare, TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 181, il quale, pur negando in generale la revocabilità del preliminare, osserva che la sua trascrivibilità e il conseguente effetto, definito «integrativo» e «collaterale» discendente dagli artt. 2645 *bis* e 2775 *bis* cod. civ., di contro, la giustificano: «...per effetto *ex lege* di un atto di autonomia privata, si viene a costituire una prelazione a favore di un particolare creditore, che altera la situazione economico-giuridica sulla quale i creditori legittimamente contavano...»; MICCOLIS, *Profili processuali della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 205 ss., il quale, anch'egli persuaso dell'irrevocabilità del preliminare non pubblicizzato, osserva che la trascrizione determina un *eventus damni* legittimante l'immediata reazione dei creditori: «...la disciplina posta dall'art. 2775 *bis* c.c., anche in caso di inadempimento o di inerzia del promissario acquirente, pone, di fatto, fuori mercato il bene immobile fino a quando non si provvede alla cancellazione della trascrizione [...] Inoltre...il privilegio reale sull'immobile, idoneo a pregiudicare la garanzia patrimoniale degli altri creditori...è costituito direttamente dal preliminare trascritto»; PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, cit., 176; SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 462; LUMINOSO, *La vendita*, 2º ed., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, già diretto da Mengoni e Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, 746, seppur in tono dubitativo. In senso contrario, MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 818 ss., all'esito di una lunga disamina del problema, conclude che, anche a voler considerare revocabile il contratto preliminare trascritto, il rimedio non sarebbe «più proponibile...quando il contratto preliminare, a seguito della mancata esecuzione, sia stato risolto». A tal riguardo, si può obiettare che, a prescindere dal fatto che la risoluzione rappresenta solo una delle possibili vicende che interessano il preliminare e alle quali si ricollega la nascita in capo alla parte fedele al contratto di un credito assistito da privilegio, anche in tale scenario la revocazione del preliminare si rivela utile, anzi indispensabile, nell'ottica della tutela dei creditori chirografari. Attraverso la revocatoria, infatti, viene reso relativamente inefficace il contratto preliminare e i suoi effetti, tra cui non possono non annoverarsi anche quelli riconducibili alla costituzione del privilegio *ex art. 2775 bis* c.c., il quale assiste i crediti conseguenti proprio allo scioglimento del rapporto: alla restituzione di acconti versati, al risarcimento del danno, al versamento del *duplum* della caparra data, ecc. La lesività del preliminare viene meno soltanto nella misura in cui il terzo, titolare del privilegio, non abbia alcuna ragione di credito dipendente dal preliminare.



3. – Dalle considerazioni appena svolte circa la revocabilità del preliminare emerge, anche per quanto riguarda i peculiari profili di lesività connessi alla sua trascrizione, che il pregiudizio ai creditori si apprezza nella prospettiva del fallimento oppure del completamento della sequenza negoziale cui lo stesso preliminare dà avvio. Ed è con riguardo a questa seconda eventualità che si pone l'alternativa tra un'impugnazione *pure* del definitivo ovvero di quest'ultimo atto soltanto.

Invero, sotto il profilo oggettivo, l'ammissibilità di un'azione revocatoria dell'atto che rappresenta esecuzione del contratto preliminare deve passare attraverso il vaglio dell'eccezione compendiata nel comma terzo dell'art. 2901 cod. civ. La questione richiede senz'altro approfondimento, sia sul versante dell'*actio pauliana*, sia su quello dell'oggetto di questa, ossia il contratto preliminare, nei suoi rapporti con il c.d. definitivo.

Com'è noto, una delle più autorevoli e accreditate spiegazioni dell'esenzione da revocatoria ordinaria contenuta nell'art. 2901, comma 3, cod. civ., pone in luce come la stessa si fondi sul carattere necessitato, dovuto, dell'atto di adempimento, a prescindere dalla sua discussa natura (negoziale oppure no)²⁶. Non si tratta, peraltro, dell'unica spiegazione possibile: tale adempimento, si è sostenuto, «eliminando contemporaneamente una posta attiva ed una pari posta passiva del patrimonio del debitore, potrebbe essere considerato pregiudizievole solo nel senso che lede la *par condicio creditorum*», principio che non trova però cittadinanza nel campo dell'insolvenza civile²⁷. Volendo assecondare quest'ultimo modo di pensare, si potrebbe però far rilevare come sia dubbia la neutralità (ossia l'essere un gioco a somma zero) della scelta del debitore. La “trasformazione” di un cespite facilmente aggredibile, qual è un immobile, in denaro, le cui caratteristiche intrinseche ne decretano facile dispersione ed occultabilità, determina una sostanziale alterazione negativa del patrimonio del debitore (sempreché, beninteso, non ne risulti con certezza la capienza)²⁸. Ration per cui, dal punto di osservazione degli altri creditori (altri rispetto al promissario acquirente), la scelta del debitore di adempiere rappresenta un peggioramento della loro aspettativa di soddisfazione.

Ad ogni modo, a prescindere da qualsivoglia discussione sulla “convenienza” o meno dell'(in)adempimento, forse opinabile, di tale autorevole pensiero non può che condividersi il rilievo che l'esenzione dettata per la revocatoria ordinaria – in ciò profondamente differente rispetto a quella di matrice concorsuale²⁹ – esprime l'indifferenza per la soddisfazione paritaria (salve le cause di prelazione) dei creditori, che, tra l'altro, emerge proprio dalla relatività degli effetti del suo accoglimento. Pertanto, di fronte ad un'obbligazione esigibile, il debitore non può essere messo nella condizione di doversi esporre a responsabilità, rifiutando o comunque omettendo l'adempimento, per preservare le ragioni degli altri creditori. Se vigesse la regola opposta, non solamente si rischierebbe di creare un'intollerabile paralisi o comunque un'instabilità nei traffici giuridici, bensì si finirebbe per rischiare di aggravare la complessiva esposizione debitoria, a detrimento, paradossalmente, proprio dell'interesse da proteggere³⁰.

²⁶ Cfr. NATOLI, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 895; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 234 ss., il quale evidenzia che l'esenzione opera a condizione «a) che non si possa dimostrare fraudolento il negozio attraverso cui il debitore ha assunto l'obbligo adempiuto...nel qual caso occorrerebbe impugnare anzitutto il negozio suddetto e poi l'adempimento» e «b) che l'atto di adempimento sia normale, avvenga cioè nelle condizioni e nei termini previsti e si esaurisca nella prestazione dell'oggetto al quale si riferisce l'obbligo»; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 183; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, cit., 445 ss.

²⁷ Cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 51.

²⁸ La giurisprudenza appare granitica nel ritenere che una variazione anche solo qualitativa del patrimonio del debitore, come quella determinata dalla sostituzione di un immobile con il denaro, può integrare gli estremi del danno revocatorio: cfr., tra le tante, Cass. 18 giugno 2019, n. 16221, in *Onelegale*; Cass. 9 febbraio 2012, n. 1896, in *Dejure*; Cass. 29 marzo 2007, n. 7767, in *Dejure*.

²⁹ Il che conduce alle conseguenze che saranno svolte *infra*, par. 4.

³⁰ Da questo punto di vista, l'introduzione espressa dell'esenzione in esame nel codice del 1942 ha significato il definitivo tra-



Sulla scorta di queste considerazioni concernenti la *ratio* sottesa all'art. 2901, comma 3, cod. civ., la sua invocabilità in relazione al definitivo non può che transitare attraverso l'individuazione dei rapporti tra esso e il contratto preliminare, alla luce della loro natura giuridica; rapporti che, a ben vedere, appaiono oggetto di un inesausto dibattito dottrinale, di dimensioni e di complessità tali da rendere questa sede inadatta a ripercorrerlo *funditus*. Ci si deve dunque necessariamente limitare a considerare le principali alternative ricostruttive³¹.

Secondo un primo gruppo di proposte, il definitivo avrebbe, quale effetto, quello di estinguere, non già però mediante adempimento, l'effetto obbligatorio scaturente dal preliminare. A quest'ordine di idee possono ricondursi sia l'opinione di chi ravvisa nell'operare del definitivo una «sostituzione», definita «novativa», degli effetti propri di un certo regolamento a quelli strumentali o preparatori del relativo preliminare³², sia quella, in fondo non troppo distante, di chi costruisce il negozio definitivo come atto idoneo a determinare una «trasformazione della fattispecie del contratto preliminare bilaterale»³³.

L'impossibilità di svincolare il definitivo dalla sequenza, innescata dal preliminare, ha condotto un nutrito gruppo di Autori a sostenere la coesistenza, nel contratto definitivo, di una doppia causa: solutoria dell'obbligazione assunta con il preliminare, da un lato, e «interna», ossia la causa propria del contratto medesimo (se non fosse preceduto dal preliminare), dall'altro³⁴. Anche a prescindere dall'idea di un'autentica «duplicazione» delle cause, altri Autori hanno tentato, in vario modo, di conciliare natura doverosa della stipulazione del definitivo e carattere negoziale del medesimo³⁵. Coesistenza che però, come si vedrà a breve, lascia irrisolta la questione dell'applicabilità dell'art. 2901, comma 3, cod. civ.

monto della teoria della «gratificazione», sostenuta, in passato, tra l'altro, da G. SATTA, voce *Atti fraudolenti in danno dei creditori*, in *Enc. giur. ital.*, I, pt. V, Società Editrice Libreria, Milano, 1923, 56 e da SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano: studio esegetico*, II, *Dell'azione pauliana*, Mariotti, Pisa, 1889, 109.

³¹ Pare opportuno precisare che non si terrà conto delle posizioni che spiegano il rapporto tra preliminare e definitivo in termini di «incompletezza» del primo: così, in particolare, NICOLETTI, *Sul contratto preliminare*, 1974, 27 ss., che lo considera «come un contratto caratterizzato da una riserva – tipica – di completazione di contratto». Ciò perché esse riesumano, come nota GAZZONI, *Il contratto preliminare*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 8, un dibattito, invero superato, sulla stessa contrattualità del preliminare.

³² Cfr. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Jovene, Napoli, 1967, 174 ss., spec. 180, ove l'A. osserva che «le parti del contratto definitivo nel trasfondere in questo negozio un contenuto ormai disposto, rievocano l'atto nel quale il detto contenuto era stato in origine cristallizzato. Il riferimento al preliminare assume un significato tipico e...costituisce un aspetto dell'intento corrispondente alla funzione novativa peculiare del contratto definitivo». Merita però osservare come lo stesso A., subito dopo, chiarisca che il «contratto definitivo è adempimento», di modo che «l'obbligo di contrarre si esaurisce perché è stato compiuto esattamente quanto nel vincolo era previsto».

³³ PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, 88 ss., del cui pensiero conviene riportare la sintesi: «Gli stessi fatti contribuiscono alla formazione di due fattispecie negoziali, che si distinguono solo per quanto attiene all'elemento subiettivo; dopo la formazione della fattispecie preliminare, l'ulteriore dichiarazione di volontà delle parti, che si *sostituisce* alla precedente, crea la fattispecie definitiva. La volontaria *trasformazione* del tipo negoziale risolve...il problema della funzione del contratto definitivo, che una volta formato, per quanto attiene agli effetti, in nulla si differenzia dal contratto concluso immediatamente in via definitiva» (corsivo aggiunto). Nell'ottica dell'A., proprio «il reciproco impegno di trasformare la fattispecie» rappresenta l'oggetto del contratto preliminare (p. 93).

³⁴ L'idea della doppia causa risale, in Italia, almeno all'opera di COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, pt. III, Società Editrice Libreria, Milano, 1902, 71 ss., che è stata ripresa e approfondita da CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, già in *Ann. dir. comp.*, XXXVI, 1950, 214 ss., e ora in *Scritti minori*, ESI, Napoli, 1986, 391 ss.

³⁵ Cfr. NICOLÒ, voce *adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, 557 [il quale, dopo aver rilevato come vi sia «confusione tra l'adempimento in sé considerato ed il negozio giuridico che in taluni casi può essere lo strumento di attuazione dell'obbligo (per esempio, adempimento dell'obbligo derivante da un contratto preliminare...)» osserva che «tra l'atto del debitore (dovuto...) ed il negozio giuridico esiste una relazione di contenente a contenuto, ma è soltanto dopo aver esaurito la sua funzione solutoria che la dichiarazione di volontà, liberatasi dall'involucro dell'atto dovuto, è idonea a realizzare una nuova e diversa funzione, tipicamente negoziale»]; ALABISO, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1966, 96 ss. («La normazione contenuta nel contratto preliminare



Di converso, chi si è dato carico di rifiutare radicalmente l'idea della doppia causa, ha finito col "ridurre" il contratto definitivo ad un atto di (mero) adempimento di un'obbligazione di dare in senso tecnico (ad un c.d. pagamento traslativo): il preliminare costituirebbe, giusta tale prospettiva, il *titulus acquirendi*, mentre il definitivo, che solo in modo «puramente apparente» avrebbe allora «veste contrattuale», non rappresenterebbe altro che il *modus acquirendi*³⁶.

Non è questa, come anticipato, la sede per insistere sulle diverse ricostruzioni, sinteticamente evocate, che animano il dibattito. Occorre nondimeno interrogarsi se l'accoglimento dell'idea che il definitivo – sia esso inteso quale negozio *anche* con causa interna oppure, a maggior ragione, quale atto traslativo sorretto da causa esterna – assolva (anche o soltanto) ad una funzione solutoria dell'obbligo nascente dal preliminare debba condurre ad escluderne la revocabilità.

La conclusione pare a chi scrive scontata se si accoglie la premessa del definitivo quale atto di esecuzione di un'obbligazione di dare, in senso tecnico, nascente dal preliminare. La funzione di *modus acquirendi* ricollegabile all'atto definitivo porta ad escludere ogni profilo di "discrezionalità" – tanto nella scelta del *solvens*, quanto del promissario acquirente (il terzo, nella prospettiva della revocatoria) – nella produzione dell'effetto traslativo programmato nel preliminare³⁷.

La soluzione sembra invece meno scontata qualora si ammetta la compresenza, nel contratto definitivo, di una funzione solutoria e di una causa negoziale autonoma. Se, per un verso, si potrebbe sostenere che la doverosità della conclusione del definitivo rimanga ferma anche laddove l'atto di adempimento abbia natura negoziale³⁸, facendo, di contro, prevalere *espressamente* la negozialità del definitivo, le conclusioni diven-

rivela che le parti pur volendo attuare un certo assetto ai loro interessi non hanno voluto in concreto l'immediata attuazione di tale assetto, ma hanno voluto condizionare tale attuazione ad una successiva volizione alla quale si sono però subito e completamente impegnati», 151 ss., 249 ss. (dove a proposito della revocabilità del definitivo, ammessa dall'A., osserva che lo stesso «raccolge su di sé le tre qualifiche di atto illecito, di negozio giuridico e di atto dovuto»); NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1967, 45, giusta il quale «la funzione solutoria non è incompatibile con quella negoziale» e può dunque «essere assunta a momento di questa»; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 214 ss., il quale ritiene che il problema della doppia causa sia mal impostato nell'ambito della dottrina tradizionale, dato che "causa" viene ivi utilizzato per significare ragione dell'attribuzione patrimoniale, la quale, di contro, «attuata con il definitivo trova in quest'ultimo, in quanto atto di autonomia fornito di causa propria, la sua giustificazione sufficiente»; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, Padova, 1991, 158 ss., che si rifà alle esposte considerazioni di Gabrielli; BOZZI, *Il contratto preliminare*, Utet, Torino, 2007, cit., 8 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 3^a ed. a cura di Zorzi Galgano, Wolters Kluwer, Padova, 2014, 326, ove, rammentato l'effetto del preliminare, di costituire l'obbligo di contrarre, si sottolinea che con la conclusione del definitivo il primo esaurisce la propria funzione; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Utet, Milano, 2016, 1246 («poiché la dichiarazione definitiva è un atto dovuto, c'è da domandarsi se la dichiarazione di volontà dell'alienante debba ancora chiamarsi contratto... la causa è solutoria... Comunque, il legislatore chiama questa dichiarazione contratto... sono dunque applicabili... tutte le norme sul contratto»); C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, 3^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 167 ss., il quale evidenzia che il definitivo «è destinato a sostituire il titolo provvisorio del preliminare» e però anche che con il medesimo, pur privo di causa solutoria, le parti «adempiono la loro obbligazione»; SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 476 ss., intravede nella stipulazione del definitivo il raggiungimento dello «scopo per il quale era stato concluso il preliminare, che dunque perde ogni ragione di esistenza».

³⁶ La citazione è da GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 13. Sull'idea del preliminare come vendita obbligatoria cfr., altresì, CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990, 95 ss. Scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* si avrebbe, secondo una dottrina, solamente in relazione all'ipotesi di contrattazione preliminare ad effetti interamente anticipati: cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 713 ss.; ID., *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *La contrattazione preliminare*, a cura di R. De Matteis, Giappichelli, Torino, 2017, 72 ss.

³⁷ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 146 s., con un distinguo in relazione al carattere occulto o meno del preliminare su cui si tornerà in seguito. Non sembra idonea ad influenzare la soluzione del problema della revocabilità la questione della struttura, unilaterale o bilaterale, del pagamento traslativo, in ordine alla quale v. l'utile ricognizione di FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *La contrattazione preliminare*, cit., 271 ss.

³⁸ Cfr., ad es., BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, cit. 6.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 193.



gono diametralmente opposte: revocabilità del medesimo, anche se al momento del preliminare non ricorrevano gli estremi della revocatoria³⁹.

Considerare il definitivo come rispondente ad una funzione non soltanto solutoria significa, in quest'ordine di idee, affermare che le parti del preliminare accettano «consapevolmente il rischio, per assicurarsi i correlati vantaggi, delle sopravvenienze rilevanti che possono manifestarsi fino al momento della stipulazione definitiva»⁴⁰. L'osservazione si iscrive nel quadro dell'autorevolissima tesi sostenuta dalla dottrina in esame che assegna alla scissione tra volontà negoziale preliminare e volontà negoziale definitiva la funzione di riserva di verifica dei presupposti e delle sopravvenienze intervenute tra i due negozi⁴¹.

Al riguardo va però rilevato, con particolare riferimento al tipo di sopravvenienza in discorso, ossia il carattere pregiudizievole per le ragioni dei creditori derivante dalla stipulazione del definitivo, che la stessa, per assumere rilevanza, dovrebbe accompagnarsi al riconoscimento, in capo al terzo contraente (per lo più il promissario acquirente, cui ci si riferirà nel prosieguo a fini illustrativi), del potere di rifiutare detta stipulazione. In caso contrario si perverrebbe, inaccettabilmente, a ritenere quest'ultimo responsabile per l'inadempimento all'obbligazione di contrarre (senza escludere che l'altra parte possa costringerlo, tramite l'art. 2932 cod. civ., al trasferimento).

La questione, dunque, diventa quella di rintracciare le basi sulle quali fondare un potere di rifiuto⁴².

Il riferimento potrebbe essere al rimedio sospensivo dell'art. 1461 cod. civ. Il mutamento nelle condizioni patrimoniali del promissario alienante potrebbe infatti giustificare, in ipotesi, il rifiuto, da parte del promissario acquirente, di eseguire la propria prestazione, ossia di concludere il definitivo, come parte della dottrina⁴³ e della giurisprudenza⁴⁴ ha affermato. È pur vero che l'art. 1461 cod. civ. pare offrire tutela al contraente il

³⁹ V., in particolare, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 214, ove la conclusione, rivelatrice di un'opzione ermeneutica non imposta dalla negazione del carattere dovuto del comportamento del debitore, che «...agli effetti dell'azione revocatoria, il carattere dispositivo del definitivo prevale su quello solutorio. La forza stessa delle cose contribuisce dunque, in questo caso, a far scegliere la disciplina del negozio anziché quella dell'adempimento» (corsivo aggiunto). ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., 248 ss., non risolve il problema della prevalenza e afferma la revocabilità sia del preliminare, sia del definitivo, argomentando, quanto a quest'ultimo, dalla sua natura negoziale, ancorché dovuta e rilevando che «contratto preliminare e quello definitivo rappresentano due momenti di un unico fenomeno dinamico...illegittimo».

⁴⁰ FRANCESCHELLI e G. GABRIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, 1988, 6.

⁴¹ V. le citate opere di G. Gabrielli, nei confronti della cui tesi, per vero, è stato osservato che il controllo delle sopravvenienze si risolve in una questione di fatto GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 10) e che analoga verifica spetta a qualunque contraente, durante la fase esecutiva: PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 85 ss.

⁴² VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, Padova, Cedam, 1995, 201 si limita ad affermarla richiamando la teoria contrattuale del definitivo e, dunque, il potere e onere per le parti di soprassedere dal perfezionare quest'ultimo atto. Il punto è, tuttavia, proprio quello di individuare la norma o le norme che conferiscono questo potere di rifiuto.

⁴³ Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, Giuffrè, 2013, 87 s., il quale perviene a detta conclusione nonostante l'origine storica della disposizione e la tentazione di tracciare simmetrie costruttive tra l'art. 1461 c.c. e la norma previgente; MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, cit., 801 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Jovene, Napoli, 2011, 130 s.; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 236.

⁴⁴ V. Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, in *Rep. foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, c. 555; Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corriere giur.*, 1999, 1261 ss., con nota di ROLFI, *Art. 1461 c.c. e contratto preliminare* e in *Giur. it.*, 2000, 736 ss., con nota di MIGLIORE; Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, c. 535. Tutte e tre le pronunce sono riportate, per esteso e unitamente alle decisioni di merito, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di ADDIS, Giuffrè, Milano, 2006, 153 ss. V., inoltre, Cass. 9 febbraio 2011, n. 3173, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1468 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 839 ss., con nota di PUPPO, *Preliminare di compravendita immobiliare, mutamento delle condizioni patrimoniali del promittente venditore e tutela del promissario*, e in *Contratti*, 2011, 1005 ss., con nota di TARANTINO, *Mutamento delle condizioni patrimoniali del promittente venditore ed eccezione d'insolvenza*, in *Obbl. contratti*, con nota di VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*. Come rivela la lettura dei provvedimenti e la puntuale analisi di ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 109 ss., 108 ss., nei primi due casi il rimedio fondato sul pericolo di inadempimento



quale, tenuto ad adempiere per primo, tema di non ricevere la controprestazione per le mutate condizioni della controparte⁴⁵, laddove la conclusione del definitivo – e, quindi, il reciproco adempimento – ha carattere contestuale⁴⁶. Purtuttavia, in linea con la dottrina che ha approfondito il punto, ben può sostenersi che l'applicabilità dell'art. 1461 cod. civ. esclusivamente in favore del contraente che, giusta il titolo contrattuale, è tenuto ad eseguire per primo, non rappresenti se non una tendenza di massima⁴⁷. Né, peraltro, la contestualità dei consensi che perfezionano la fattispecie del definitivo può costituire un reale limite, sol che si consideri che le parti, in quel frangente, stanno avviando la fase esecutiva programmata con il contratto preliminare, ossia eseguendo le prestazioni pattuite (essenzialmente di trasferire il diritto e di pagare il prezzo) e non solamente adempiendo all'astratto obbligo di fornire il proprio consenso, come antiche concezioni dottrinali ritenevano⁴⁸.

Ad avviso di chi scrive, i limiti all'invocabilità del rimedio dilatorio “anticipato” in parola risiedono, però, in altro. In particolare, ritenendo (peraltro, in linea con l'orientamento pretorio maggioritario, ricordato in apertura) che la *scientia damni* del terzo contraente vada verificata al momento del perfezionamento del contratto preliminare (ove si consuma l'autonomia negoziale delle parti) si deve, in alternativa, negare di essere in presenza di un «mutamento» nelle condizioni della controparte (se tale presupposto soggettivo sia riscontrabile, appunto, già alla data del preliminare) ovvero, pure in presenza di siffatto mutamento (quindi, difettando la *scientia damni* alla conclusione del preliminare), escludere che lo stesso possa consentire l'esperibilità del rimedio dei cui all'art. 1461 cod. civ., non essendo in tal caso revocabile il definitivo (così come l'intera operazione).

Dal primo punto di vista, infatti, ai fini dell'*exceptio* compendiata nell'art. 1461 cod. civ. occorre che, almeno sul piano gnoseologico, se non anche ontologico, sia ravvisabile un mutamento nella situazione patri-

è stato invocato, per ragioni processuali, mascherando un vero e proprio inadempimento. Nel terzo caso (Cass. n. 7060 del 2002), poi, l'applicazione dell'art. 1461 c.c. era invero da escludere in quanto il contraente che si era visto opposto il rifiuto aveva offerto (giusta l'accertamento giudiziale compiuto) idonea garanzia, atta ad impedire la sospensione. Nell'ultimo dei casi in esame, di maggior interesse, il richiamo all'art. 1461 c.c. si rivela invece del tutto pertinente, una volta ampliato il concetto di “conseguimento” della controprestazione all'ipotesi in cui la stessa, in virtù di azione revocatoria, venga perduta pur dopo la sua esecuzione: questione per il cui esame si rimanda al testo. Si veda, altresì, Cass. 30 gennaio 2013, n. 2217, in *Onelegale*, che richiamandosi ai *dicta* di Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, cit., e di Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, cit., riafferma il potere di rifiutare la stipula del definitivo ex art. 1461 c.c. fondato sul sopravvenuto dissesto patrimoniale di una delle parti del contratto preliminare. Un'attenta lettura della motivazione, tuttavia, consente di evidenziare che nella specie è stato giudizialmente accertato, oltre ad un effettivo peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte, soprattutto che la medesima si era resa già inadempiente ad obbligazioni strumentali alla realizzazione del programma negoziale destinato a concludersi con il definitivo.

⁴⁵ Questa è la posizione, ad es., di CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 875.

⁴⁶ Ciò è vero a meno che il preliminare non disponga che si debba procedere al perfezionamento del definitivo mediante il meccanismo della proposta e della successiva accettazione.

⁴⁷ Cfr. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, 2^a ed., dir. da Roppo, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2022, 717: «L'allargamento dell'ambito di operatività dell'art. 1461 a rapporti sinallagmatici aventi termini di adempimento contestuali non delinea esiti applicativi contrari alla formulazione letterale della norma, né, tantomeno, si traduce in una violazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*, il quale legittima senz'altro a rifiutare l'adempimento della propria prestazione ogni qual volta l'attuazione del sinallagma appaia fondatamente pregiudicata. Alla necessità di guardare anzitutto all'art. 1460 per regolare l'esercizio del rimedio quando gli adempimenti siano contestuali potrà dunque attribuirsi il valore di un semplice criterio di massima, la cui portata non può essere ipostatizzata sulla base di esigenze legate alla pretesa osservanza del dato letterale o di simmetrie costruttive».

⁴⁸ Ne evidenzia i chiari limiti in termini di ricostruzione del contenuto e del senso dell'operazione economica SACCO, in SACCO e DE NOVA, cit., 1236. Il punto è scolpito nelle parole di C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, cit., 163, giusta il quale «[l']impegno delle parti non si esaurisce tuttavia nel manifestare il consenso idoneo a perfezionare il contratto definitivo, in quanto chi assume un obbligo in ordine alla conclusione di un contratto assume per ciò stesso l'impegno in ordine alle prestazioni che ne sono oggetto».



moniale dell'altra parte⁴⁹. Analoghe considerazioni valgono in merito alla possibilità di invocare il rimedio compendiato nell'art. 1481 cod. civ., sovente richiamato assieme a quello *ex art.* 1461 cod. civ., qualificando la revocatoria successiva all'atto in termini di fattispecie evizionale rilevante ai fini del rifiuto della stipula del definitivo (dunque del pagamento del prezzo della vendita)⁵⁰. Invero, la necessità di accertare la consapevolezza del pregiudizio in capo al terzo al momento della conclusione del definitivo determina l'impossibilità di far valere il rimedio in esame con riferimento a quest'ultimo, tenuto conto del chiaro disposto del comma 2 dello stesso art. 1481 cod. civ., che esclude la sospensione quando il (promissario) compratore fosse a conoscenza del pericolo al momento della (promessa di) vendita.

La differente ipotesi in cui il terzo contraente era ignaro, al momento del preliminare, della situazione patrimoniale della controparte, rispetto alla quale quindi si potrebbe effettivamente parlare di «mutamento» delle condizioni patrimoniali (o d'ignoranza del pericolo d'evizione), può essere peraltro considerata unitariamente anche nell'ottica dell'art. 1460 cod. civ.; disposizione che, al pari di quella successiva, appare espressione del principio giusta il quale *inadimplenti non est adimplendum*. Non ponendosi un problema di contrarietà a buona fede del rifiuto della stipula, come invece si dovrebbe ritenere qualora già al momento del preliminare il terzo contraente fosse stato consapevole delle condizioni patrimoniali della controparte, il profilo critico del richiamo al principio in parola risiede nella possibilità di invocare la tutela dilatoria a fronte dell'offerta della controprestazione (nella specie, di stipulare il definitivo)⁵¹.

Per legittimare il rifiuto in tale ipotesi, occorre dimostrare – quale ulteriore passaggio – che il rimedio sospensivo protegge non solo dal pericolo di non conseguire l'esatta controprestazione, bensì pure dal rischio

⁴⁹ In merito alla nozione di «mutamento», che comunque esprime la necessità di accertare un «*quid pluris* rispetto all'alea contrattuale che l'*excipiens* ha inteso assumere all'atto di concludere l'affare» (così LOCATELLO, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della réforme del code civil*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1328 ss.), la dottrina appare divisa. Parte di essa ritiene che vi rientri anche la successiva scoperta, da parte del contraente *in bonis* incolpevolmente ignorante al momento della conclusione dell'accordo, di un originario stato di dissesto patrimoniale: cfr., tra gli altri, Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 199 ss.; PAGLIANTINI, *A proposito de «Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 253 ss.; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 100; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, cit., 121; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Giuffrè, Milano, 1974, 100 ss. Di contro, altri autori sono dell'avviso che il mutamento delle condizioni patrimoniali debba essere reale, di modo che il dissesto originario, seppur scusabilmente ignoto alla controparte al momento del perfezionamento del vincolo contrattuale, non darebbe luogo all'applicabilità del rimedio. In tale diverso senso, cfr., tra gli altri, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit. 1664; MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, 101 ss.; ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 991; MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa, autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 119 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXV, Giuffrè, Milano, 1987, 900. La giurisprudenza, dal canto suo, pare aderire alla prima posizione: v., tra le altre, Cass. 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giust. civ.*, 2008, 2158 ss.; Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, cit.

⁵⁰ L'art. 1481 c.c., in relazione al pericolo di evizione connesso con la successiva revocabilità, viene considerato invocabile (insieme all'art. 1461 c.c.) dal promissario acquirente allo scopo di legittimare il rifiuto della stipula del definitivo: v., tra le altre, Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, cit.; Cass. 29 marzo 2016, n. 6040, in *Dejure*, nella quale il pericolo consisteva propriamente nell'avvenuta proposizione di una domanda di revocatoria fallimentare del titolo dell'acquisto del promittente venditore, il cui accoglimento avrebbe altresì travolto il definitivo rifiutato proprio per tale ragione.

⁵¹ Richiama l'attenzione sul punto VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*, cit., 274. La regola dell'art. 1461 c.c., in effetti, è stata tradizionalmente reputata idonea a tutelare solamente il contraente chiamato ad adempiere per primo, operando, in caso di adempimento contestuale, il rimedio disciplinato dalla disposizione immediatamente precedente: cfr., per tutti, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1658; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2011, 96; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli e Soc. Ed. Foro it, Bologna-Roma, 1988, 67 s.



di vedere la stessa prestazione, esattamente ricevuta, successivamente revocata ai sensi dell'art. 2901 cod. civ.⁵².

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, sembra preferibile impostare il problema domandandosi se tale pericolo in effetti sussista, prima di chiedersi se lo stesso legittimi l'*exceptio* fondata sul pericolo di revocatoria. E a tal riguardo non si può fare a meno di notare che proprio la presenza, nel sistema, dell'esenzione da revocatoria dell'adempimento del debito scaduto suggerisce di pervenire ad una risposta negativa alla prima domanda, che inevitabilmente si ripercuote nei medesimi termini sulla seconda. Stabilire se il promissario acquirente debba temere la revocatoria del contratto definitivo è questione che logicamente precede quella dell'esame dei presupposti per l'attivazione dei rimedi contrattuali, siano essi per vero conservativi oppure anche demolitori del sinallagma contrattuale.

Analogo discorso può farsi con riferimento alla revocatoria come possibile motivo di rifiuto della prestazione da parte del creditore, ex art. 1206 cod. civ. La valutazione circa la legittimità del rifiuto, postulata dalla norma in parola, ben può spingersi sino a considerare il mantenimento della (eseguita) prestazione nel patrimonio del creditore come aspetto rilevante dell'adempimento⁵³. Tuttavia, se si afferma che il definitivo rappresenta atto di esecuzione del contratto preliminare, e se l'adempimento trova "scudo" nell'art. 2901, comma 3, cod. civ., diventa arduo sostenere che il rifiuto *ex latere creditoris* sia legittimo.

In ultima analisi, ogni discorso sulla rifiutabilità della stipula del definitivo non può che svolgersi sul piano dei rapporti tra esso ed il preliminare che lo precede⁵⁴. Se si ritiene che la funzione solutoria sia "adombrata" o comunque "superata" dalla natura negoziale del contratto definitivo, non si vede ragione per negarne la revocabilità. Diversamente, se la stessa chiama in causa l'esenzione ex art. 2901, comma 3, cod. civ., vi concorra oppure no la funzione negoziale, non c'è spazio per ammettere la revocatoria, se non quando risulti revocabile anche il preliminare⁵⁵. E, allora, il profilo soggettivo, come già osservato, impedisce ogni facoltà di rifiuto. Un esito siffatto non pare poter essere posto in discussione in virtù della constatazione che sono riconosciute come rilevanti, ai fini rimediali, situazioni già esistenti al momento della stipula del preliminare

⁵² Protezione che la dottrina, citata sopra alle note 42 e 43, avvalorava proprio per estender e al pericolo di revocatoria l'autotutela dilatoria, muovendo tuttavia dalla ricostruzione dei confini di questa e non dell'eventuale doverosità della conclusione del definitivo.

⁵³ Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, Utet, 2015, 252; CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, loc. ult. cit.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, 424; CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli e Soc. Ed. Foro it., Bologna-Roma, 1973, 96.

⁵⁴ Diversamente, il rifiuto in via di autotutela potrebbe senza alcun dubbio giustificarsi, per rimanere nel campo delle vendite immobiliari, con riguardo al caso in cui il promissario acquirente, ignaro al momento della conclusione del preliminare, scopra poi che un terzo avanza pretese dominicali sull'immobile. Pericolo che lo legittimerebbe, ai sensi dell'art. 1481 c.c. citato, a sospendere il pagamento del prezzo e, dunque, a rifiutare di addivenire alla stipula del definitivo, come confermato dall'analisi del dato giurisprudenziale: v., da ultimo, Cass. 29 novembre 2019, n. 31314, in *Studium juris*, 2020, 734 ss. In dottrina, ex aliis, SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 484. Qualora, invece, l'ignoranza riguardi vincoli derivanti da sequestro o da pignoramento, ovvero l'esistenza di garanzie reali, che gravino sull'immobile promesso in vendita, il rimedio di riferimento è quello di cui all'art. 1482 c.c.: cfr. BOZZI, *Il contratto preliminare*, cit., 63.

⁵⁵ E infatti giustamente BRECCIA, *Le obbligazioni*, loc. ult. cit., con riferimento al pagamento, evoca il pericolo di revocatoria «in base alla legge fallimentare» (enfasi aggiunta). Analogamente, DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, già dir. da Mengoni e continuato da Schlesinger, Roppo, Anelli, *Le obbligazioni*, VI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 175. Cfr., altresì, CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, cit., 873 ss., il quale limita la facoltà di rifiuto al caso del *solvens* soggetto a procedura concorsuale, laddove, quando ciò non sia, «se alla scadenza del termine...l'insolvente offra di eseguire la prestazione dovuta, il contraente in bonis non potrà che accettarla, eseguendo a sua volta quella posta a proprio carico...». Parimenti, CATTANEO, *Della mora del creditore*, loc. ult. cit., osserva che sarà motivo legittimo di rifiuto, per il timore dell'insolvenza civile, solamente il pagamento del debito non scaduto.



(anche se ignote alla controparte), come la presenza di vizi occulti nella cosa promessa, così come situazioni sopravvenute (si pensi all'ipotesi di intervenuto mutamento della destinazione urbanistica del bene). Decidere come distribuire i "rischi" tra i contraenti, qualora gli stessi non abbiano provveduto in via pattizia, può prescindere dalla questione della natura (solutoria) del definitivo, come dimostra la circostanza che anche i più fermi sostenitori della tesi del pagamento traslativo non negano rilievo alle sopravvenienze, seppur ancorando il potere di rifiuto a quello, spettante ad ogni creditore, di ricusare l'adempimento inesatto⁵⁶. Il punto è però proprio questo: per affermare l'inesattezza dell'adempimento (dell'obbligo di *contrahere* o, se si vuole, direttamente, di trasferire), rispetto alla prospettiva della revocatoria, occorre presupporre ciò che, invece, è il *thema demonstrandum*, ossia l'inoperatività dell'esonazione ex art. 2901, comma 3, cod. civ. Disposizione che, di contro, può essere letta proprio nel senso di accollare il rischio del pregiudizio "da adempimento" in capo ai creditori che non siano in grado di dimostrare la presenza di tutti gli estremi dell'azione revocatoria nell'atto di assunzione dell'obbligazione poi adempiuta.

Alla luce di ciò, l'unica strada per mettere in discussione la revocabilità del preliminare – almeno nella eventualità in cui ad esso consegua il perfezionamento del definitivo – è quella di sostenere che il profilo obbligatorio venga "eliminato", "assorbito" dall'intervenuta stipula del definitivo⁵⁷. Tuttavia, tale rimozione dell'elemento della doverosità e, dunque, della rilevanza del momento solutorio nel contesto del completamento della sequenza traslativa avviata con il preliminare si espone all'obiezione che i privati non sembrano legittimati ad incidere in modo così radicale su effetti già prodottisi nella propria sfera giuridica. Le parti certamente possono risolvere il contratto preliminare, oppure anche discostarsene introducendo, nell'esercizio della propria autonomia, previsioni difformi all'interno del definitivo; ancora, possono stipulare il definitivo "prescindendo" dal pregresso preliminare⁵⁸. Tuttavia, allorché introducono con il definitivo il regolamento di interessi programmato e reso impegnativo in sede di preliminare, i contraenti non possono agire come se il medesimo, dopo e per effetto del definitivo, *tamquam non fuisset*. Il ricorso all'idea della «sostituzione novativa» o della «trasformazione degli effetti» non riesce ad elidere l'aspetto della doverosità, che, come osservato, costituisce il cuore della *ratio* dell'esonazione dell'art. 2901, comma 3, cod. civ. Invero, anche se *in thesi* attuata non mediante adempimento, bensì novazione, rimane che l'estinzione del rapporto nascente dal preliminare rappresenta un dovere per il debitore e per l'altro contraente⁵⁹. Lo stesso dicasi per la «trasformazione», che, come osservato, è ritenuta, dalla stessa dottrina che così tenta di spiegare gli effetti del definitivo sul preliminare⁶⁰, essere oggetto di un *impegno* assunto dalle parti. Neppure si sottrae a critica l'idea, assai suggestiva, che il momento negoziale sia contenuto in quello solutorio, che tuttavia "scompare" dall'orizzonte funzionale dell'atto⁶¹. Pure tale concettualizzazione, peraltro oggetto di perspicue obiezioni sul piano logico⁶², non vale ad escludere che il definitivo eserciti *anche* una funzione estintiva di un obbligo, si

⁵⁶ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 11.

⁵⁷ Anche se in relazione alla diversa questione dei rapporti tra preliminare e definitivo sotto il profilo della fonte degli effetti per le parti, critica fortemente l'idea dell'"assorbimento" del primo nel secondo, ridotto così a mero «antecedente storico», CALVO, *Contratto preliminare*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016, 150 ss.

⁵⁸ Su tali aspetti ci si soffermerà nell'ultimo paragrafo.

⁵⁹ Cfr. RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., 178.

⁶⁰ V. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 93.

⁶¹ NICOLÒ, voce *adempimento*, loc. ult. cit.

⁶² Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 217 s., nota 99, ove il rilievo che i termini della questione risultano, nell'opinione in considerazione, invertiti («la realizzazione della funzione solutoria, cronologicamente contemporanea a quella della funzione negoziale, viene, in ordine logico, a dipendere e quindi a seguire l'assolvimento della funzione negoziale») e già BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., II, Utet, Torino, 1962, 31, nt. 5.



espliciti la medesima in via prodromica ovvero insieme a quella negoziale, di modo che lo stesso mantiene comunque quel carattere di doverosità che ne esclude la revocabilità⁶³.

In conclusione, dunque, sembra che l'ineliminabile doverosità del completamento della sequenza preliminare – definitivo, sia per il debitore, sia per il terzo, imponga l'applicazione dell'art. 2901, comma 3, cod. civ. e, pertanto, conduca verso l'impossibilità di un'autonoma impugnazione del definitivo, ove concluso una volta scaduto il termine individuato (per il suo perfezionamento) nel preliminare⁶⁴. Del resto, l'idea della doverosità è ben salda nella stessa giurisprudenza più recente che, seppur accreditando un'opinione ostile alla revocabilità del preliminare, sottolinea che è al momento in cui quest'ultimo è perfezionato (al quale, quindi, si dice, occorre avere riguardo per l'indagine intorno alla *scientia damni*) che le parti hanno consumato la propria libertà di scelta.

4. – La tesi qui sostenuta non si risolve in una critica all'orientamento giurisprudenziale alla cui stregua, nell'ambito della revocatoria nascente dal fallimento (oggi liquidazione giudiziale), in caso di compravendita stipulata in adempimento di contratto preliminare, l'accertamento dei relativi presupposti va compiuto con riferimento al momento del contratto definitivo, in quanto «l'art. 67 legge fall. ricollega la consapevolezza dell'insolvenza al momento in cui il bene, uscendo dal patrimonio, viene sottratto alla garanzia dei creditori, rendendo irrilevante lo stato soggettivo con cui è assunta l'obbligazione, di cui l'atto finale comporta esecuzione, salvo che ne sia provato il carattere fraudolento». Affermazione, cui si accompagna quella per cui «qualora nel momento fissato per la stipulazione del contratto definitivo sussista pericolo di revoca dell'acquisto per la sopravvenuta insolvenza del promittente venditore, il promissario acquirente ha la facoltà di non addivenire alla stipulazione, invocando la tutela dell'art. 1461 c.c.»⁶⁵.

Proprio tenendo presente che il problema va impostato a partire dall'ambito di operatività dell'esenzione codicistica non si può che condividere appieno la regola di diritto appena ricordata. Invero, com'è noto, la revocatoria di matrice concorsuale può essere rivolta dalla curatela non solo contro i negozi aventi ad oggetto l'assunzione di obbligazioni, bensì, pure, nei confronti dei «pagamenti» (v. art. 67 ss. l. fall. e, oggi, art. 166 ss. CCII), quantunque relativi a debiti scaduti, salvo l'operare delle esenzioni introdotte nel tessuto del diritto fallimentare nel 2005⁶⁶. L'assoggettamento anche dei predetti pagamenti all'azione revocatoria concorsuale si giustifica, in particolar modo nel quadro della preponderante concezione distributiva dell'istituto⁶⁷, alla

⁶³ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 146 s.

⁶⁴ L'art. 2901, comma 3 c.c., invero, contempla l'esenzione da revocatoria unicamente per gli atti di adempimento di debiti scaduti. Con la conseguenza che il definitivo concluso prima della scadenza del termine individuato – per il suo perfezionamento – nel contratto preliminare, collocandosi al di fuori dell'ambito di applicazione dell'esenzione in esame, ove sussistano tutti i presupposti, deve ritenersi autonomamente revocabile.

⁶⁵ Le citazioni sono tratte da Cass. 25 maggio 2022, n. 16914, in *Dejure*. In senso conforme v., altresì, Cass. 16 marzo 2021, n. 7281, in *Dejure*; Cass. 26 febbraio 2018, n. 4508, in *Dejure*; Cass. 21 marzo 2017, n. 7216, in *Onelegale*; Cass. 29 marzo 2016, n. 6040, cit.; Cass. 21 ottobre 2011, n. 21927, in *Fall.*, 2012, 956 ss., con nota di FEDERICO, *L'elemento soggettivo dell'azione revocatoria tra preliminare e definitivo* e in *Imm. propr.*, con nota di PELLE, *Preliminare, definitivo ed azione revocatoria*; Cass. 16 gennaio 1992, n. 500, in *Vita not.*, 1992, 389 ss.; Cass. 4 novembre 1991, n. 11708, in *Giust. civ.*, 1992, I, 686 ss. Il fallimento del dante causa del promittente venditore e, dunque, il pericolo di una successiva revocatoria del suo titolo di acquisto viene considerato pericolo evizionale rilevante ai sensi dell'art. 1481 e, conseguentemente, idoneo ad autorizzare il rifiuto di stipula del definitivo, da Cass. 22 febbraio 2016, n. 3390, in *Dejure*.

⁶⁶ Già G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 209, argomentava per la revocabilità, in base all'art. 67, l. fall., muovendo dall'inapplicabilità dell'art. 2901, comma 3., c.c.

⁶⁷ Cfr., oltre a MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 151 ss.; AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*,



luce dell'esigenza di garantire, seppur tendenzialmente e con significative eccezioni, la *par condicio creditorum*⁶⁸ (esigenza che, per contro, come si è detto, non è rilevante, per sé, fuori dalla logica concorsuale).

Da tale disciplina si ricava che il contraente *in bonis* non è protetto contro il rischio che l'atto di adempimento del contratto preliminare, ossia il contratto definitivo, venga successivamente dichiarato inefficace nei confronti della massa dei creditori, in ragione dello stato di insolvenza in cui l'altro contraente – imprenditore commerciale sopra soglia – versava al momento della sua conclusione. Conseguentemente, riportando il discorso sul piano dei rimedi, appare senz'altro ragionevole riconoscere alla parte esposta all'azione revocatoria concorsuale il potere di rifiutare la stipulazione, ai sensi degli artt. 1460 s., nonché, nell'ottica atomistica del rapporto obbligatorio, anche *ex art.* 1206 cod. civ.⁶⁹. Ciò per il pericolo sia di non vedere consolidata la prestazione nel proprio patrimonio, sia di vedere le proprie conseguenti pretese di carattere risarcitorio e restitutorio soddisfatte (solo) “in moneta fallimentare”. Al cospetto di siffatti rischi, il contraente *in bonis* ben può dirsi legittimato a sospendere l'esecuzione del contratto preliminare in attesa di ricevere adeguate garanzie circa l'esatta realizzazione del programma negoziale, oppure – e l'interlocutore diverrà allora la curatela – di comprendere se la procedura concorsuale voglia subentrare nel contratto o determinarne lo scioglimento giusta le regole contenute, oggi, nell'art. 173 CCII⁷⁰.

Coerentemente con quanto appena rilevato, deve escludersi qualsiasi potere di rifiuto allorché operi una delle esenzioni previste dall'ordinamento: si tratta, in particolare, delle esenzioni dettate dall'art. 166, comma 3, lett. c), CCII (già art. 67 l. fall.), in relazione alle vendite e ai preliminari di vendita trascritti, riguardanti immobili aventi peculiari destinazioni d'uso e conclusi al giusto prezzo, nonché dall'art. 10 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, a tutela dell'acquirente di un immobile da costruire.

Eccettuate tali ipotesi, infatti, nonché eventuali ulteriori casi di esenzione che dovessero ritenersi applicabili, quando la negoziazione intervenga con un imprenditore commerciale assoggettabile alla procedura di liquidazione giudiziale che versi in stato di insolvenza, l'altro contraente mantiene, anche in sede di conclusione del definitivo, una discrezionalità in merito all'esecuzione del programma negoziale condensato nel

Milano, 2000, 5 ss.; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 337 ss.; ID., voce *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir. Annali*, II-2, Giuffrè, Milano, 2008, 71 ss. La giurisprudenza, quantomeno da Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Giur. comm.*, 2007, II, 567, con nota di GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore...la mette in crisi* sembra aver avallato la tesi distributiva della revocatoria. Per un riscontro successivo alla pronuncia delle sezioni unite v., tra le altre, Cass. 19 dicembre 2012, n. 23430, in *Dejure* e, più di recente, Cass., sez. un., 16 febbraio 2022, n. 5049, in *Fall.*, 2022, 773 ss. con nota di TRENTINI, *Revocabilità dell'escussione del pegno consolidato e conservazione della prelazione nella successiva insinuazione ex art. 70, comma 2, l.fall.* e in *GiustiziaCivile.com*, con nota di SERAFIN del 20 giugno 2022.

⁶⁸ Esprime efficacemente la differenza tra revocatoria ordinaria e concorsuale dei pagamenti BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, 1030: «...per il legislatore ordinario, il pagamento del debito scaduto non è soggetto a revocatoria in quanto si presenta quale atto dovuto, che non produce pregiudizio ai creditori, dato che alla eliminazione della posta passiva costituita dal rapporto debitorio scaduto corrisponde un incremento di eguale valore della massa dei beni. Una volta dichiarato il fallimento del debitore adempiente, lo stesso pagamento diventa però revocabile ai sensi del secondo comma dell'art. 67 l. fall., per il semplice fatto che l'atto è stato compiuto in periodo sospetto di insolvenza, durante il quale ogni atto di modifica della situazione patrimoniale del debitore è idoneo ad arrecare una alterazione della *par condicio*, così come un qualsiasi altro atto di gestione ordinaria, anche se vi è un equilibrio tra le controprestazioni ed eventualmente la controprestazione si trova ancora nel patrimonio del fallito».

⁶⁹ V. la dottrina citata *supra*, nota 53.

⁷⁰ Com'è noto, alla stregua della disposizione citata, il potere di scioglimento in capo alla curatela, inerente ai rapporti pendenti alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale, sussiste anche qualora la domanda di esecuzione in forma specifica sia stata scritta anteriormente all'avvio della procedura concorsuale. Lo scioglimento, tuttavia, «non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta» (art. 173, comma 1, CCII). Sulla tormentata vicenda dei rapporti tra contratto preliminare e procedure concorsuali v. LUMINOSO, *I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2020, 1060 ss.



preliminare. Il che, pare quasi superfluo evidenziarlo, emerge proprio dal riferimento contenuto nella lettera c) del comma 3 dell'art. 166 ai «preliminari di vendita trascritti»⁷¹.

Alla luce di ciò, ragioni di logica coerenza legate all'apprezzamento del definitivo come atto autonomamente revocabile – e sulla cui natura solutoria non importa nemmeno più soffermarsi – impongono di valutare lo stato soggettivo rilevante (cosa che, come si è visto, anche la giurisprudenza fa) con riferimento al momento in cui esso viene concluso. La titolarità, in capo al contraente *in bonis* avvedutosi dello stato d'insolvenza altrui, del potere di soprassedere alla stipula del definitivo, rende la soluzione consolidatasi in seno alle Corti nel campo concorsuale coerente con la *regula iuris* affermata nell'ambito della revocatoria ordinaria. Come qui la consumazione della «libertà di scelta» induce i giudici a ritenere che la *scientia damni* (o *consilium fraudis*) vada appurata al momento del perfezionamento del contratto preliminare, così, in materia concorsuale, il permanere della medesima autonomia sospinge verso l'apprezzamento della *scientia decoctionis* al momento del definitivo.

5. – Prima di volgere l'attenzione ai profili soggettivi, occorre considerare la non infrequente ipotesi in cui il completamento della sequenza preliminare-definitivo avvenga, non attraverso la spontanea esecuzione del programma negoziale, bensì mediante il ricorso all'autorità giudiziaria, alla stregua del rimedio compendiato nell'art. 2932 cod. civ., volto a supplire all'assenza di cooperazione della controparte contrattuale.

La circostanza che il trasferimento sia operato *ope iudicis*, attraverso una sentenza la quale, secondo l'opinione maggioritaria, ha natura costitutiva, si presta ad incidere sul regime di tutela dei creditori. Invero, l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 cod. civ., giusta l'orientamento che sembra prevalere presso la Corte di legittimità, non sarebbe esperibile da parte del creditore del promittente venditore, avverso le sentenze emesse, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., nei confronti del debitore, quantunque sulla base di un preliminare stipulato preordinatamente o scientemente in suo danno, essendo il creditore medesimo, come ogni altro terzo, soggetto all'efficacia della sentenza. Il creditore sarebbe nondimeno legittimato a svolgere, in base all'orientamento in parola, intervento adesivo autonomo nel giudizio instaurato in vista dell'adempimento coattivo degli impegni assunti nel preliminare, al fine di paralizzare, nei propri confronti, gli effetti depauperativi dell'emananda pronuncia; ovvero, in mancanza di detto intervento, ad esperire l'opposizione di terzo ex art. 404, comma 2, c.p.c., per rimuovere l'efficacia della sentenza nei suoi confronti⁷².

La dottrina prevalente si mostra critica verso la soluzione elaborata dalla giurisprudenza. Si rileva, infatti, che la revocatoria incide non sul piano dell'atto che ha prodotto il trasferimento, che in tal caso è un provvedimento giudiziale, bensì sul distinto piano del *rapporto* sostanziale, concernente la vicenda traslativa, il qua-

⁷¹ L'applicabilità delle esenzioni da revocatoria concorsuale a quella ordinaria esercitata dal curatore ex art. 165 CCII è controversa in giurisprudenza: la negano Cass. 14 gennaio 2021, n. 571, in *Dejure*; Cass. 24 febbraio 2020, n. 4796, in *Dejure*; Cass. 8 febbraio 2019, n. 3778, in *Fall.*, 2019, 599 ss., con nota di BROGLI. Più di recente, però, l'ha affermata Cass. 16 gennaio 2023, n. 1147, in *Pactum*, 2023, 3, in corso di pubblicazione.

⁷² V. Cass. 28 settembre 2011, n. 19804, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 877 ss., con nota di MURONI, *L'ardita sovrapposizione tra l'azione revocatoria e l'opposizione revocatoria di terzo ex art. 404 c.p.c. in un recente arresto della terza sezione della suprema corte*; Cass. 16 gennaio 1992, n. 497, in *Giust. civ.*, 1993, I, 767 ss., con nota di ANTONINI, *L'esperibilità dell'actio pauliana avverso la sentenza ex art. 2932 c.c.* Più di recente, in senso conforme, Cass. 17 febbraio 2023, n. 5114, in *Dejure*, anche se a livello di *obiter* (nella specie essendo stato impugnato con revocatoria l'atto di trasferimento di un immobile effettuato in adempimento di accordi assunti in sede di separazione personale).



le rimane identico a prescindere dal meccanismo di completamento del programma negoziale originariamente fissato nel preliminare⁷³.

A conforto della posizione della dottrina, ora richiamata, si può osservare che l'individuazione dell'oggetto dell'iniziativa del creditore, leso dalla pronuncia *ex art. 2932 cod. civ.*, nel *rapporto giuridico* originato da tale sentenza, sostitutiva del negozio, sembra per vero emergere dalla stessa giurisprudenza di legittimità richiamata. Ciò, in particolare, laddove si osserva che «oggetto della revocatoria è pur sempre il fenomeno successorio in sé, e non l'atto, sia esso rogito notarile o sentenza, destinato a dargli giuridicamente corpo, di talché ogni limitazione delle possibilità di reazione del creditore, una volta che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* sia stata pronunciata, è asistemático ed eccentrico, rispetto alle finalità proprie del mezzo di tutela azionato»⁷⁴. Se, allora, è il trasferimento del diritto, inteso come spostamento da un patrimonio ad un altro, indipendentemente dal suo titolo o dal suo modo, a ledere la garanzia patrimoniale generica, si faticano a comprendere le ragioni poste a fondamento del diniego al creditore pregiudicato dell'esperimento del medesimo strumento di tutela che gli competerebbe al cospetto del contratto definitivo.

Ulteriori dubbi sulla fondatezza della tesi che sottrae al creditore la possibilità di agire con un'ordinaria azione *ex art. 2901 cod. civ.* possono derivare da una lettura in termini di non congruenza tra i relativi presupposti e quelli dell'opposizione revocatoria disciplinata nel codice di rito. La conclusione giudiziale del procedimento traslativo avviato con il preliminare avrebbe in quest'ottica la conseguenza di ridurre, irragionevolmente, la tutela apprestata ai creditori⁷⁵. Resta, poi, sul piatto la questione se la pronuncia che accoglie la domanda *ex art. 404, comma 2, c.p.c.* determini solamente l'inopponibilità verso il revocante del provvedimento giurisdizionale rescisso ovvero sia idonea a rimuovere la pronuncia anche *inter partes*⁷⁶, con conseguente risorgere dell'obbligo nascente dal preliminare: effetto, quest'ultimo, non solo sovrabbondante, bensì anche non desiderabile agli occhi degli stessi creditori.

Ad ogni modo, non è questa la sede per ulteriormente approfondire la questione, che s'inserisce all'interno della diatriba sulla natura degli effetti, negoziali o giurisdizionali, derivanti dalla pronuncia *ex art. 2932 cod. civ.*⁷⁷. Pare opportuno, però, considerarla nell'ottica della tesi, qui preferita, che ammette la revocabilità del contratto preliminare. Non ci si può esimere, invero, dal mettere in luce come, accogliendo l'idea che a dover essere oggetto della reazione dei creditori sia proprio il preliminare, quale contratto che produce l'effetto costitutivo dell'obbligazione adempiuta attraverso o il definitivo o la sentenza del giudice, meglio si giustifichi la tesi secondo la quale non è necessario impugnare quest'ultima con il mezzo straordinario *ex art. 404, comma 2, c.p.c.* Può al riguardo osservarsi che il potere di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di contrarre è espressione, nella prospettiva della revocatoria, della medesima doverosità del

⁷³ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, cit., 451; MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, cit., 811; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, cit., 202; DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, cit., 384 ss.

⁷⁴ Così Cass. 28 settembre 2011, n. 19804, cit. Secondo MURONI, *L'ardita sovrapposizione tra l'azione revocatoria e l'opposizione revocatoria di terzo ex art. 404 c.p.c.*, cit., 886, l'osservazione della S.C. presenta profili di contraddittorietà rispetto all'orientamento della medesima che vuole revocabile solamente il definitivo.

⁷⁵ V., infatti, la critica di M. DE CRISTOFARO, sub *art. 2901 c.c.*, in *Comm. breve al c.c. Cian-Trabucchi*, a cura di Cian, 15ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, 3806: «...la non revocabilità del preliminare, affiancata dalla non revocabilità della sentenza, lascerebbe sprovvisto di tutela il creditore, affidato alla non facile dimostrazione dei ben diversi requisiti del dolo e della collusione delle parti necessarie ai fini dell'opposizione di terzo revocatoria».

⁷⁶ Cfr. LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, Roma, 1990, 7 ss., cui si fa rinvio per l'esame delle contrapposte tesi.

⁷⁷ Su cui v., per una trattazione generale, MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, 2º ed., XX, Utet, Torino, 1998, 383 ss.; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, cit., 32 ss.



completamento della sequenza avviata con il preliminare realizzantesi, fisiologicamente, con la stipula del definitivo. In tale ottica, ben può dirsi che la declaratoria di inefficacia del contratto preliminare – ovverosia del presupposto per l'adozione della pronuncia costitutiva – indipendentemente dalle modalità con cui la sequenza traslativa si completa, opera proprio sul piano sostanziale, del rapporto negoziale, visto attraverso la lente dei suoi riflessi nella sfera del creditore.

Ciò non significa negare ai creditori la facoltà di intervenire nel processo instaurato *ex art.* 2932 cod. civ. da uno dei paciscenti. Significa, nondimeno, che un siffatto intervento non dovrebbe essere rivolto ad ottenere un'anticipazione degli effetti di un'eventuale sentenza di revocazione di quella di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, fondata sulla «collusione» tra le parti, bensì a far dichiarare comunque inefficace l'atto di assunzione dell'obbligo (il preliminare), già sussistendo in capo alle parti stesse la consapevolezza del pregiudizio alla lesione della garanzia patrimoniale, nonché il conseguente adempimento, in tal caso realizzatosi mediante sentenza.

6. – La possibilità, da guardarsi altresì alla stregua di un onere, di impugnare il contratto preliminare (salvo quanto si dirà nel prossimo paragrafo) appare coerente, come già in precedenza sottolineato, con l'idea, accolta in seno all'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità da cui il presente scritto ha preso le mosse, che è il perfezionamento del preliminare il momento a cui guardare ai fini della valutazione dello stato soggettivo delle parti. Aspetto sul quale occorre ora porre l'attenzione, sulla scorta delle riflessioni condotte in precedenza sull'oggettiva revocabilità dei segmenti della sequenza preliminare-definitivo.

Per vero, nell'abbandonare la propria più antica posizione, giusta la quale il definitivo non può essere revocato autonomamente, la Corte di Cassazione aveva in un primo tempo affermato che tutti i presupposti soggettivi devono essere accertati con esclusivo riguardo al momento della stipula del definitivo, giusta l'assunto che il preliminare, privo del carattere “dispositivo” richiesto dall'art. 2901 cod. civ., sarebbe inidoneo a provocare pregiudizio ai creditori⁷⁸.

Senonché, nella pronuncia che appare sul punto più approfondita, resa pochi anni dopo, si è precisato (ma a ben vedere si è trattato di un vero e proprio *revirement* passato sotto silenzio⁷⁹) che una siffatta soluzione avrebbe sacrificato l'esigenza di tutelare la posizione del terzo di buona fede al momento dell'assunzione dell'impegno di contrarre. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha osservato che occorre «garantire l'operatività della tutela revocatoria solo in quanto essa sia in grado di rispettare la tutela dell'affidamento del terzo nella possibilità di obbligarsi con la stipulazione di un contratto cui ha interesse»⁸⁰.

Il richiamo alla tutela dell'affidamento del terzo contraente sulla situazione esistente al momento in cui «le parti consumano la propria libertà di scelta»⁸¹, onde porre un limite alla revocabilità in via autonoma del contratto definitivo, presenta taluni profili problematici. In particolare, non è chiaro quale sia l'oggetto di siffatto affidamento. Si può ipotizzare che esso investa la conclusione del definitivo o, come dice la stessa S.C., il «trasferimento del bene»⁸². Tuttavia, vale la pena criticamente osservare al riguardo che l'affidamento, co-

⁷⁸ V. Cass. 15 ottobre 2004, n. 20310, in *Dejure*.

⁷⁹ Lo nota MARTONE, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, cit., 1358.

⁸⁰ Così Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, cit.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² V. Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, cit.: «È quindi improprio e inconferente rispetto alla ratio e alla tipologia rimediale dell'azione revocatoria ritenere che il terzo che, successivamente al preliminare, abbia avuto consapevolezza della potenzialità lesiva dell'atto che andrà a stipulare *sia costretto a richiedere la risoluzione del contratto per sottrarsi a tale cooperazione con il debitore* nella per-



sì inteso, non viene meno in ragione del rischio della revoca del contratto definitivo. L'accoglimento della revocatoria, infatti, non scalfisce la piena vincolatività del rapporto obbligatorio nascente dal preliminare, così come non rende *inter partes* inefficace la (eventuale e successiva) realizzazione degli effetti – reali e non – riconducibili al definitivo. L'affidamento, semmai, risiede nella conservazione dell'attribuzione che il terzo riceve in virtù del definitivo, potenzialmente messa in pericolo dall'iniziativa dei creditori del suo dante causa, a fronte dell'originario (ma incognito) o sopravvenuto stato di incapacienza patrimoniale di quest'ultimo. Non è affidamento sull'esecuzione del preliminare, bensì affidamento sulla "irrevocabilità" del definitivo. A ben guardare, dunque, ci si avvede che quello in discussione altro non è che l'affidamento nell'operatività della regola compendiata nell'art. 2901, comma 3, cod. civ., la quale esclude che l'"accipiens" in buona fede debba porsi il dilemma se ricusare l'operazione economica oppure ricevere quanto gli è giuridicamente dovuto in considerazione dell'eventualità che l'atto di adempimento sia poi assoggettato ad azione revocatoria.

Ad essere coerenti sia con una ricostruzione del rapporto tra preliminare e definitivo nei termini di una vicenda "sostitutiva" della fonte degli effetti per le parti, sia con l'assunto che il primo, a differenza del secondo, è inidoneo a pregiudicare le ragioni dei creditori, occorrerebbe ammettere che il terzo: a) non sia esonerato, in sede di conclusione del definitivo, dal porsi il problema della lesività dell'atto rispetto alla garanzia patrimoniale su cui i creditori della controparte fanno affidamento; b) abbia il potere, per conseguenza, di rifiutare la stipulazione del definitivo medesimo fintantoché non ottenga garanzie sufficienti circa il futuro "consolidamento" della prestazione ricevuta nel proprio patrimonio. Tutto ciò riporta alle considerazioni già svolte e alla necessità di affrontare, quale *prius* logico, la questione della rifiutabilità di una prestazione resa in presenza dell'esenzione dettata dal terzo comma dell'art. 2901 cod. civ. Infatti, è alla coerente affermazione della rifiutabilità che, come si è già accennato, perviene la dottrina che sostiene convintamente la tesi della negoziabilità del definitivo, quale momento di esplicazione dell'autonomia privata nell'ambito della quale le parti hanno la possibilità e l'onere di verificare l'esistenza originaria dei presupposti e, soprattutto, la (in)esistenza di sopravvenienze rilevanti intervenute dopo il perfezionamento del contratto preliminare, tra le quali quelle relative alla sopraggiunta condizione di incapacienza del patrimonio della controparte contrattuale⁸³.

In conclusione, l'attuale posizione della giurisprudenza, seppur in maniera tutt'altro che lineare, finisce per avvalorare proprio la tesi qui suggerita come preferibile. La corrispondenza tra il risultato programmato in sede di contrattazione preliminare e il contenuto del definitivo ovvero della sentenza *ex art.* 2932 cod. civ., attraverso la quale il terzo riceve quanto promessogli, giustificano il sacrificio delle ragioni degli altri creditori, a meno che, *sin dal principio*, l'operazione – da apprezzarsi nella sua unitarietà in termini economici – non fosse "macchiata" dall'elemento della *fraus* o, comunque, il terzo non potesse non avvedersi che la sua realizzazione sarebbe andata a detrimento delle ragioni degli altri creditori⁸⁴. Proprio la prospettiva dell'ope-

petrazione dell'*eventus damni*. Il terzo è infatti, al momento in cui diventa consapevole della lesività dell'atto, *titolare di un diritto acquisito in buona fede al trasferimento del bene* rispetto al quale la tutela dell'integrità del patrimonio del debitore diventa necessariamente sub-valente proprio perché scopo e funzione dell'azione revocatoria è quello di rendere inefficace gli atti perpetrati in danno delle ragioni dei creditori. Al contrario la buona fede al momento della stipulazione del preliminare rende definitivamente estraneo il terzo al *consilium fraudis*» (enfasi aggiunta).

⁸³ Cfr. FRANCESCHELLI, G. GABRIELLI, voce *Contratto preliminare*, cit., 6; MARTONE, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, cit., 1357 ss.; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*.

⁸⁴ Pare opportuno ricordare che, giusta un certo indirizzo interpretativo, ai fini dell'affermazione della consapevolezza, in capo al terzo, circa il pregiudizio conseguente al compimento dell'atto revocando sarebbe invero sufficiente acclararne la colpa, ossia uno stato di colpevole ignoranza. Sulla questione, che qui non possibile esaminare approfonditamente, v. CICU, *L'obbligazione nel patri-*



razione economica, quale categoria⁸⁵ che conduce ad osservare i singoli segmenti che compongono la sequenza preliminare-definitivo come l'espressione di una negozialità unitaria e complessiva che sottende entrambi, consente di mettere bene in luce come il perfezionamento della sequenza medesima costituisca la realizzazione finale di un assetto di interessi che è già stato interamente programmato dalle parti al momento del preliminare.

7. – Questa stessa corrispondenza, ossia l'essere il definitivo la realizzazione dell'operazione economica avviata con il preliminare, segna, tuttavia, anche il limite della tutela del terzo contraente.

Le parti, infatti, possono liberamente decidere, oltre che di risolvere il contratto preliminare, anche semplicemente di discostarsi dalle sue previsioni, modificandone in varia misura i contenuti, e dando così luogo ad un nuovo ed effettivo esercizio di autonomia⁸⁶. L'aspetto rilevante di questo fenomeno nella prospettiva

monio del debitore, Milano, 1948, 33; CARRARO, *Il valore attuale della massima* «Fraus omnia corrumpit», in *Studi giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, 437; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*², cit., 122; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 213; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 111 ss.; NATOLI, BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 161; BIGLIAZZI-GERI, voce *Revocatoria (azione)*, cit., 4; COSSU, voce *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. it. disc. priv.*, XVII, Utet, Torino, 1998, 467 s.

⁸⁵ Preme sottolineare che per operazione ("economica") si intende, come noto, quella «categoria concettuale» che «identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano» (cfr. E. GABRIELLI, «Operazione economica» e teoria del contratto. *Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, 74 e ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 95 ss.). L'operazione economica, così intesa, potrà avere struttura "complessa" – il che è più intuitivo – quando si componga «di una pluralità, di un collegamento, di una dipendenza, o di un gruppo di atti e negozi», ma anche "semplice", quando la stessa, seppur nella pluralità di interessi coinvolti, si espliciti in un unico contratto. Infatti, a tal ultima ipotesi si riferisce BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 167 ove si legge che «è persino banale osservare che il termine contratto può con estrema disinvoltura servire per identificare atti estremamente semplici sotto il profilo dei contenuti (...) ovvero caratterizzati da plurimi gradi di complessità. A decretarne la complessità o meno sono gli interessi che le parti intendono regolamentare, la cui natura e articolazione, in primo luogo, può incidere sensibilmente sulle trattative (...)». L'A. parla a tal proposito di «contratti estremamente corposi». La duttilità della categoria "operazione economica", infatti, permette di guardare al contratto o ai contratti posti in essere da un punto di vista esterno, così da prender coscienza e dare importanza alla situazione complessiva di cui più contratti sono parti, o del contesto (e questo è il *quid pluris* di cui dà conto l'operazione economica, anche quando si sia dinnanzi ad un singolo atto) in cui l'unico contratto vive. Di guisa che l'operazione economica, sicuramente, permette di dare la giusta importanza a tutta una serie di «circostanze» (cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 78) che, seppur tenute in considerazione dalle parti e quindi attinenti alla «complessiva situazione di fatto in cui il contratto si inserisce», non attengono, invece, al contratto stesso, potendo, come si è detto, riferirsi tanto ad un singolo contratto, quanto ad una pluralità di essi. L'operazione economica appare, pertanto, come la più alta espressione dell'autonomia contrattuale riconosciuta ai privati, nella misura in cui la stessa «è sintesi sia delle determinazioni percettive, sia dei comportamenti attuativi, voluti dalle parti e della compresenza – in un medesimo regolamento contrattuale – di più funzioni, ciascuna corrispondente ad una peculiare prospettiva attraverso la quale l'ordinamento osserva e valuta la conformità dell'assetto di interessi ai principi e ai valori ordinanti del sistema normativo» (così E. GABRIELLI, «Operazione economica» e teoria del contratto, cit., 74, il quale prosegue, a 75, asserendo che «l'affare così come costruito dai privati deve essere riguardato nella sua unità formale, cioè come "operazione economica", indipendentemente dal singolo tipo o dall'insieme dei tipi, seppur tra loro collegati o dipendenti, che le parti hanno utilizzato per costruire il loro assetto di interessi»). Infine, non può tacersi lo stretto legame dell'operazione economica e del suo successo quale "categoria giuridica" con il progressivo affermarsi – seppur nelle diverse articolazioni di cui si darà conto – di una concezione della causa come "causa in concreto". Una concezione della causa come "funzione economico-individuale" (v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 67-133) dovrebbe imporre l'analisi del concreto contesto economico in cui i privati agiscono, dunque, l'indagine attorno all'operazione economica. Indagine che appariva pretermessa dall'identificazione tra causa e tipo dovuta alla concezione (bettiana) della causa come funzione economico-sociale.

⁸⁶ Cfr., tra i molti, SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 476; CALVO, *Contratto preliminare*, cit., 150 s.; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1251 («Il contratto concluso come definitivo può...comportarsi come contratto obbligato, o come contratto libero»); ROPPO, *Il contratto*, cit., 620; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 214.



dell'azione revocatoria attiene alla inconciliabilità tra modifiche liberamente accettate dal terzo all'assetto di interessi divisato nel preliminare ed esenzione *ex art.* 2901, comma 3, cod. civ. La rinnovata valutazione sui contenuti dell'operazione economica, quando compiuta nella consapevolezza dei suoi effetti pregiudizievoli per la garanzia patrimoniale su cui i creditori dell'altro contraente facciano affidamento, osta a ritenere che il definitivo sia atto dovuto, frutto di una già consumata libertà negoziale.

Non si tratta, beninteso, dell'ipotesi in cui i contraenti si limitino ad adattare il definitivo a sopravvenienze che incidono oggettivamente sul contenuto dello scambio: si pensi, esemplificativamente, ad una riduzione del prezzo di vendita fondato sul sopravvenire (o sull'accertamento) di un vizio di cui il promittente venditore è tenuto a "rispondere" o, ancora, al verificarsi di un perimento parziale del bene promesso, di modo che lo scambio non possa che attuarsi per la parte residua. Le variazioni quantitative o qualitative della cosa promessa che corrispondono a effetti legali o al contenuto di rimedi a disposizione del terzo (tale nella prospettiva della revocatoria) non alterano la funzione (anche) solutoria dell'impegno assunto con il preliminare. Per contro, ogniquale volta le modificazioni del contenuto del rapporto siano espressione di ripensamenti e/o di adeguamenti frutto di autonoma discrezionalità, appare indiscutibile, nella logica dell'art. 2901, comma 3, che il terzo che le pattuisce si esponga al "rischio" della revocatoria. Per premunirsi contro tale eventualità, sul medesimo incombe l'onere di accertamento preventivo, se del caso pretendendo garanzie di adempimento aggiuntive o in alternativa, semplicemente, rifiutando di addivenire a tali modifiche⁸⁷. Il medesimo ordine di idee si ritrova nella dottrina che sottolinea come l'estinzione dell'obbligazione, attraverso non l'esecuzione della prestazione originariamente dovuta, bensì mediante *datio in solutum*, disinnesci l'esenzione in parola, evidenziando come il creditore, per effetto della stessa, si veda attribuire qualcosa di differente dal pattuito e quindi *ab origine* non dovuto⁸⁸.

Vi è, poi, un ulteriore limite alla revocabilità del contratto definitivo che discende, ancora una volta, dalla libera scelta (del debitore e) del terzo di "discostarsi" (l'uso delle virgolette sarà subito di séguito giustificato) dall'assetto di interessi programmato con il preliminare. Occorre, invero, considerare che le parti potrebbero concludere il "definitivo" omettendo ogni riferimento all'intervenuto preliminare. L'assenza di *expressio causae*, frequente nelle ipotesi in cui il preliminare di vendita immobiliare non sia stato trascritto, pone una serie di problemi che richiedono un approfondimento.

A monte, v'è da chiedersi, avuto riguardo ad un'opinione maturata in dottrina, se quando è occulto il preliminare esso sia autonomamente idoneo a pregiudicare le ragioni dei creditori, proprio perché incognito⁸⁹. La questione ha ragione di porsi, a ben vedere, solamente nel giudizio per la revocatoria del definitivo, nell'ambito del quale tanto il debitore quanto il terzo potrebbero difendersi invocando l'art. 2901, comma 3,

⁸⁷ Si pensi all'ipotesi in cui, in sede di definitivo, a fronte di una sensibile riduzione del prezzo di vendita pattuito nel preliminare, che risponde all'esigenza del debitore di accedere immediatamente a nuova liquidità (destinata ad essere rapidamente dissipata), ma che pregiudica le possibilità di soddisfazione dei creditori del medesimo, il terzo abbia accettato di versarlo immediatamente invece che ratealmente. Orbene, in questo caso il terzo *imputet sibi* il rischio di veder revocato il proprio acquisto, qualora avesse conosciuto le condizioni patrimoniali dell'altra parte.

⁸⁸ Sulla revocabilità della *datio in solutum*, salvo verificare la sussistenza, in concreto, dell'*eventus* e della *scientia damni*, vi è oramai concordia in dottrina e in giurisprudenza. Cfr., *ex aliis*, C. M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, cit., 450; BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, cit., 7; RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 739; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 236. In giurisprudenza, v. Cass. 14 novembre 2017, n. 26927, in *Dejure* (ove l'affermazione, chiarissima, che «se l'estinzione del debito avviene attraverso una *datio in solutum*, si verifica una scelta volitiva, da parte del debitore in accordo con il creditore, sufficiente ad escludere il carattere di "atto dovuto" dal meccanismo negoziale prescelto») e Cass. 17 maggio 2010, n. 12045, in *Dejure*.

⁸⁹ Cfr., ad es., TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, loc. ult. cit.; MICCOLIS, *Profili processuali della trascrizione del contratto preliminare*, cit., 206 ss.



cod. civ. Trattandosi di eccezione in senso stretto⁹⁰, i convenuti hanno l'onere di sollevare nel primo atto difensivo tale fatto impeditivo dell'accoglimento della domanda; domanda che l'attore deve conseguentemente poter estendere al preliminare, con ampliamento del *thema decidendum et probandum* al fatto che già in quel momento fossero riscontrabili i presupposti della pauliana. La soluzione deve confrontarsi con l'orientamento pretorio giusta il quale non è necessario, per ottenere la revocatoria del definitivo, la proposizione di un'apposita domanda volta a far dichiarare inefficace il preliminare⁹¹. La regola si spiega nell'ottica, fatta propria dalla stessa giurisprudenza, che ritiene revocabile il solo definitivo richiedendo però sia provato *consilium fraudis* al momento del preliminare: non potendosi proporre autonoma domanda contro il preliminare, non avrebbe senso richiedere alle parti di impugnare questo insieme al definitivo. Diversamente, nella prospettiva qui considerata, che ammette sul piano sostanziale la revocabilità del preliminare, si ritiene che la domanda debba essere ampliata dall'attore, in stretta conseguenza dell'eccezione formulata dai convenuti⁹². Potrebbe tuttavia sorgere difficoltà qualora il termine di prescrizione per l'impugnazione del preliminare con lo strumento disegnato all'art. 2901 cod. civ. sia spirato, ex art. 2903 cod. civ., per il decorso di oltre cinque anni dalla data del preliminare. Il problema – puntualmente segnalato dalla dottrina propensa ad ammettere la revocabilità di entrambi gli atti⁹³ – non può che risolversi (in disparte, sul piano pratico, l'effettiva possibilità di riscontrare la sussistenza della *scientia damni* in un tempo assai remoto) richiamando i consueti principi in materia di prescrizione, applicati anche in tema di revocatoria dalla S.C.⁹⁴.

Ferma quindi per i creditori la possibilità, anzi l'onere, di impugnare il definitivo nelle ipotesi sopra tratteggiate, occorre tornare al caso in cui quest'ultimo atto sia (effettiva) esecuzione dell'impegno assunto con il preliminare, per verificare, a chiusura della disamina svolta, la compatibilità tra la tesi qui suggerita e il diritto vivente della S.C., in relazione al momento di apprezzamento dell'elemento oggettivo della pauliana.

L'affermazione, presente nella più recente giurisprudenza, giusta la quale l'*eventus damni* si ha solamente al momento della conclusione del definitivo, ovvero sia quando il bene fuoriesce dal patrimonio del debitore, benché non condivisibile in quanto disconosce l'autonoma lesività del preliminare, può egualmente ritenersi corretta, da una prospettiva però differente e tutta interna all'istituto della revocatoria. Secondo una prima opinione, che fa leva sulla differenza tra interesse sostanziale e interesse processuale ad agire, l'inefficacia dell'atto revocabile deve sussistere al momento del suo compimento, sicché l'eventuale miglioramento della condizione patrimoniale del debitore, facendo venir meno il secondo ma non il primo, non osta a che, a fron-

⁹⁰ Cfr. Cass. 28 febbraio 2019 n. 5806, in *Dejure*; Cass. 13 agosto 2015, n. 16793, in *Dejure*.

⁹¹ V. Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, cit. e Cass. 20 agosto 2009, n. 18528, cit.

⁹² Ad avviso di GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 147, nel caso in cui il contratto definitivo non contenga l'*expressio causae*, i creditori potranno revocare direttamente quest'ultimo, poiché l'occultamento del preliminare costituirebbe frutto di simulazione loro inopponibile ex art. 1416 c.c. A sommosso avviso di chi scrive, non si può dare per scontato che le parti, concludendo il definitivo, stiano dissimulando il precedente preliminare: anzi, se volessero (tentare di giovarsi) del regime di irrevocabilità, avrebbero di certo interesse a dichiarare a che titolo procedono alla vendita. In entrambi i casi, però, ciò che conta è assicurare tutela ai creditori, inconsapevoli dell'esistenza del rapporto preparatorio sino al giudizio.

⁹³ V. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., 250, che tuttavia lo risolve bizzarramente considerando la sequenza preliminare-definitivo come integrante una sorta di "illecito permanente", mutuando concetti di ascendenza penalistica (v. art. 158 c.p.), sicché il termine di prescrizione per impugnare il primo non decorrerebbe fino al compimento del secondo.

⁹⁴ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Giur. it.*, 2008, I, 91 ss., secondo la quale «l'art. 2903 c.c., laddove stabilisce che l'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto, deve essere interpretato (attraverso il coordinamento con la disposizione generale in tema di prescrizione, di cui all'art. 2935 c.c.) nel senso che la prescrizione decorre dal giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi, in quanto solo da quel momento il diritto può esser fatto valere e l'inerzia del titolare protratta nel tempo assume effetto estintivo». Il principio è stato, più di recente, ribadito anche in Cass. 24 marzo 2016, n. 5889, in *Dejure*.



te del successivo peggioramento della condizione medesima, l'atto torni ad essere revocabile (ancorché non lo sia stato *medio tempore*). Altra parte della dottrina, rifiutando il postulato della ontologica diversità tra i due tipi di interesse, ha condivisibilmente replicato che per pronunciare l'inefficacia dell'atto occorre accertare un nesso di causa-effetto tra esso e il pregiudizio che legittima la reazione dei creditori, di modo che la domanda di revocatoria non sarebbe accoglibile se il medesimo pregiudizio, dopo il compimento dell'atto in discorso, fosse "scomparso"⁹⁵.

Sulla scorta di tale – più condivisibile – opinione, si può affermare che il giudice, qualora al preliminare abbia fatto seguito il definitivo, ed entrambi gli atti siano impugnati dai creditori di una delle parti, dovrà verificare la sussistenza del presupposto oggettivo della revocatoria tenendo in considerazione *anche* il momento in cui il bene è stato trasferito. Ciò in quanto lo stesso giudice è chiamato ad accertare che la lesione della garanzia patrimoniale generica fosse ancora in atto al momento in cui il programma negoziale, fissato nel preliminare, è stato compiutamente realizzato; se la verifica desse esito negativo, dovrebbe infatti concludere che tra lo stesso negozio e il pregiudizio ai creditori non vi è nesso di causalità rilevante. Ciò non implica misconoscere la immediata lesività del negozio costitutivo dell'obbligazione di concludere il contratto (o comunque di trasferire), al contrario: significa sostenerla sempreché la medesima lesività non sia venuta meno prima della declaratoria di inefficacia.

8. – Tirando le fila del discorso sin qui svolto, sembra possibile affermare che, in termini generali, il contratto preliminare sia autonomamente revocabile; anzi, che la sua impugnazione mediante l'*actio pauliana* costituisca per i creditori un autentico onere, se desiderano conservare integre le aspettative di soddisfazione dei loro crediti, tanto nella ipotesi in quella in cui lo stesso rimanga inadempito, quanto in quella in cui ad esso facciano seguito il definitivo ovvero una sentenza *ex art.* 2932 cod. civ. Invero, l'adempimento (una volta scaduto il relativo termine) del preliminare mediante la stipulazione del definitivo, ovvero anche attraverso la domanda e, quindi, la sentenza *ex art.* 2932 cod. civ., nella misura in cui si limitano a realizzare, pur restando eventuali sopravvenienze (ad es., introducendo le variazioni di prezzo conseguenti alla scoperta di vizi nella cosa), il diritto delle parti all'acquisto del bene promesso in vendita, non appare impugnabile, ostandovi l'eccezione compendiata nel terzo comma dell'*art.* 2901 cod. civ. Pertanto, solo dimostrando la sussistenza di tutti i presupposti per la declaratoria d'inefficacia del contratto preliminare, con particolare riferimento all'*eventus* ed alla *scientia damni*, al momento della sua conclusione, i medesimi creditori potranno soddisfarsi esecutivamente sull'immobile promesso in vendita e trasferito, *ex contractu* od *ope iudicis*, impugnando tanto il negozio costitutivo dell'obbligazione di contrarre, quanto il suo adempimento. L'unitarietà dell'operazione economica, che pur si articola nella sequenza preliminare-definitivo, impone di valutare la posizione del terzo contraente revocando, come del resto ammette la giurisprudenza di legittimità più recente, al momento del suo concepimento e non del suo completamento.

Restano, coerentemente, al di fuori della regola appena ricostruita tutte le ipotesi in cui i termini di quella stessa operazione vengano mutati, in virtù di un deliberato accordo tra debitore e terzo. Si tratta, come si è osservato, dei casi in cui il contratto definitivo compendi un regolamento contrattuale differente, sotto i più svariati profili (dell'oggetto, dei termini di pagamento, ecc.). Analogamente, la stipulazione del contratto definitivo intervenuta prima della scadenza del termine previsto dalle parti non può essere osservata alla stre-

⁹⁵ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 85 ss., sulla scorta di MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 37 ss.



JUS CIVILE

gua di un “atto dovuto”, dunque irrevocabile ai sensi dell’art. 2901, comma 3, cod. civ. Da tutto ciò consegue che ogniquale volta le parti procedano a modificare, collocandosi all’esterno del perimetro della doverosità, l’assetto d’interessi originariamente programmato, i creditori avranno non solo il potere, bensì anche l’onere di impugnare il c.d. definitivo, dimostrando con riferimento a tale atto la ricorrenza dei presupposti della pauliana. Così come, in generale, hanno l’onere di impugnare, se aspirano a conservare intatta la garanzia patrimoniale generica, qualsiasi atto dispositivo compiuto dal proprio debitore.