

Aula B



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

542/06

ORIGINALE
CANTIERI S. M. S.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Donato	Plenteda	Presidente	R.G.N. 28372/02
Dott. Walter	Celentano	Consigliere	
Dott. Aldo	Ceccherini	Consigliere	Cron. 542
Dott. Stefano	Schirò	Rel. Consigliere	Rep. 140
Dott. Maria Rosaria	Cultrera	Consigliere	Ud. 21/09/05

Oggetto: preliminare di compravendita; fallimento del promittente alienante; scioglimento del contratto; art. 72 l.f.

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

FALLIMENTO LA IACO COSTRUZIONI s.r.l., in persona del curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, via Cavour 211, presso l'avv. Francesco Capecci, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Pizzutelli, del Foro di Frosinone, giusta delega in atti;

- **ricorrente** -

contro

FALLIMENTO LAUREDIL s.p.a., in persona del curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, via G. B. Vico 29, presso l'avv. Paolo Spada, che lo rappresenta e difende giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

3031

2005



avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma n. 2060/02 del 28 maggio 2002.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21 settembre 2005 dal relatore, cons. Stefano Schirò;

uditi, per il ricorrente, l'avv. Vincenzo Pizzutelli, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso, e, per il controricorrente, l'avv. Pierluigi Giammaria, per delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale, dott. Umberto Apice, che ha concluso chiedendo l'accoglimento del terzo motivo, assorbiti gli altri.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Fallimento La Iaco Costruzioni s.r.l., con citazione notificata il 6 luglio 1998, chiese l'esecuzione specifica del contratto preliminare di compravendita, stipulato il 4 novembre 1996 con la promittente venditrice Lauredil s.p.a. e avente ad oggetto un villino da questa realizzato.

Nella contumacia della convenuta, il Tribunale di Frosinone accolse la domanda.

Dichiarato il fallimento della Lauredil s.p.a., il curatore di detto Fallimento manifestò la volontà di sciogliersi dal contratto preliminare ex art. 72, comma



4, l.f. e propose appello.

Il Fallimento appellato eccepi l'inammissibilità dell'impugnazione, affermando che l'esercizio del potere di recesso dell'appellante si era tradotto, processualmente, in un'eccezione che, in quanto non proposta in primo grado, era ormai preclusa ex art. 345 c.p.c. Inoltre, sempre secondo l'appellato, il Fallimento appellante sarebbe decaduto dal diritto di recesso avendo trascurato di farlo valere davanti al tribunale, sebbene la domanda ex art. 2932 c.c. fosse al medesimo ben nota, in quanto trascritta fin dal luglio 1998, prima della dichiarazione di fallimento della Lauredil s.p.a.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza n. 2060/02 del 28 maggio 2002, accolse l'appello e rigettò la domanda, compensando le spese. Affermò che il potere di recesso attribuito al curatore fallimentare ex art. 72, comma 4, l.f. - nella specie efficacemente esercitato, prima che con l'atto di appello, con la comunicazione che il Fallimento appellato aveva ammesso di aver ricevuto il 25 novembre 1999 - ha natura sostanziale e può essere esercitato fino a quando <<la cosa non è passata in proprietà del compratore>> e che nella specie tale effetto non si era prodotto, in quanto la sentenza di primo grado che aveva disposto il trasferimento di



proprietà dell'immobile oggetto della controversia non era passata in giudicato.

Ricorre per cassazione, sulla base di tre motivi illustrati con memoria, il Fallimento La Iaco Costruzioni s.r.l. Resiste con controricorso il Fallimento Lauredil s.p.a. Il controricorrente ha anche depositato, ex art. 379, comma 4, c.p.c., osservazioni scritte sulle conclusioni del Pubblico Ministero.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A) Con il primo motivo il Fallimento La Iaco Costruzioni s.r.l. - denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2907 c.c., 99, 100, 345, nuovo testo, c.p.c., 72, comma 4, l.f., in relazione all'art. 2932 c.c., e del principio della domanda, nonché vizio di motivazione - censura la sentenza impugnata per avere i giudici di appello, sulla base di argomentazioni <<breviloquenti, apodittiche ed immotivate ed in sé gravemente errate>>, ritenuto infondata l'eccezione d'inammissibilità della dichiarazione di scioglimento del contratto, non formulata in primo grado dal Fallimento della promittente alienante ed ormai preclusa ex art. 345 c.p.c.

Afferma in particolare il Fallimento La Iaco Costruzioni che, in base al principio della domanda,



l'esercizio del diritto di recesso dal contratto (ove non fatto valere in via di azione) deve necessariamente tradursi nel processo nella proposizione di un'eccezione, in difetto della quale il giudice non può pronunciarsi sul punto. Tale principio vale anche - prosegue il ricorrente - per il potere del curatore del fallimento del promittente venditore di sciogliersi dal contratto preliminare ex art. 72, comma 4, l.f., soprattutto nel caso in cui, come nella specie, l'esercizio di tale potere è diretto a paralizzare la pretesa avversaria di ottenere una sentenza di trasferimento della proprietà di un bene attraverso l'esecuzione specifica del contratto preliminare, e costituisce pertanto un'eccezione in senso proprio, da proporsi in giudizio nei modi legge, restando irrilevanti a tale riguardo la natura sostanziale di detto potere e l'avvenuto esercizio dello stesso, oltre che in sede giudiziale, anche con dichiarazione stragiudiziale.

B) Con il secondo motivo - denunciandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 72, comma 4, l.f., nonché degli artt. 2932 e 2652, n. 2, c.c., 345, nuovo testo, e 180, comma 2, nuovo testo, c.p.c. - si critica la decisione di secondo grado per aver ritenuto ammissibile l'eccezione di scioglimento del contratto



ex art. 72, comma 4, l.f., fatta valere dal Fallimento appellante per la prima volta nel giudizio di appello, in violazione del disposto dell'art. 345, comma 2, nuovo testo, c.p.c., che stabilisce che in detta fase processuale non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.

Il ricorrente afferma inoltre che:

- l'art. 72, comma 4, l.f. non prevede, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di appello, che il potere di recesso possa esercitarsi in qualsiasi momento anteriore al passaggio della cosa in proprietà del compratore, a prescindere dal giudizio che questi abbia intrapreso ex art. 2932 c.c. per l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e il trasferimento coattivo dell'immobile;

- la sentenza impugnata non ha tenuto conto che nella specie la domanda di esecuzione specifica del preliminare rimasto inadempito era stata trascritta prima del fallimento della promittente venditrice, e che successivamente era stata trascritta anche la sentenza di primo grado che aveva accolto tale domanda, trovando quindi applicazione il principio, trascurato dai giudici di appello, della prevalenza ex art. 2652, n. 2, c.c. della trascrizione della domanda e della sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c.,



rispetto a successive trascrizioni contro il convenuto;

- non rileva (diversamente da quanto osservato dai giudici di appello) che, nel momento in cui il curatore del Fallimento Lauredil ha esercitato la facoltà di scioglimento del contratto, non era ancora passata in giudicato la sentenza di esecuzione specifica del contratto preliminare, essendo già intervenuta in primo grado la decadenza dell'eccezione di scioglimento del contratto, in quanto in quella sede non proposta; infatti, essendo stato il fallimento della Lauredil dichiarato con sentenza del 1° aprile 1999, da tale data avrebbe potuto essere esercitata la facoltà di scioglimento del contratto da parte del curatore, il quale si sarebbe anche potuto costituire nel giudizio di primo grado davanti al tribunale e partecipare all'udienza del 21 giugno 1999, fissata per la precisazione delle conclusioni, e in tale udienza proporre l'eccezione di scioglimento del contratto.

C) Con il terzo motivo il ricorrente - denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 132 n. 4 c.p.c., in relazione all'art. 72, 1°, 2° e 4° comma, l.f. ed ai principi generali, nonché omesso esame e omessa pronuncia o, comunque, insufficiente motivazione su punti decisivi della controversia prospettati dall'appellato - deduce in primo luogo che



la sentenza impugnata non ha esposto nello svolgimento del processo alcuni fatti rilevanti ai fini della decisione, indicati dall'appellato e già riportati dalla sentenza di primo grado, quali:

- la richiesta in data 31 maggio 1997 della s.p.a. Lauredil di essere ammessa al passivo del Fallimento La Iaco Costruzioni s.r.l. per il pagamento del residuo prezzo, rilevante ex art. 72, comma 1, l.f.;

- la dichiarazione in data 17 febbraio 1998 del curatore del Fallimento La Iaco Costruzioni di subentro in luogo del fallito nel contratto preliminare del 4 novembre 1996 e di intimazione alla Lauredil di stipulare il contratto di trasferimento, rilevante ai sensi dell'art. 72, comma 2, l.f.;

- l'adesione della Lauredil s.p.a., che con nota del 2 marzo 1998 rappresentava nel contempo la propria esigenza organizzativa di soprassedere momentaneamente alla richiesta del Fallimento dell'acquirente;

- la dichiarazione di fallimento del venditore, intervenuta in tempo utile per consentire al curatore di eccepire nel giudizio di primo grado, all'udienza del 21 giugno 1999, lo scioglimento del contratto.

Lamenta ancora il ricorrente che la Corte d'appello di Roma ha omesso di esaminare e non si è pronunciata sulla eccezione del Fallimento del promissario



acquirente in merito all'inapplicabilità nella specie dell'art. 72, comma 4, l.f., per avere il curatore del medesimo Fallimento già esercitato in precedenza, con nota del 2 marzo 1998, e azionato con citazione del 6 luglio 1998 il potere di subentro nel contratto ex art. 72, comma 2, l.f., con conseguente prevalenza di tale dichiarazione di subentro rispetto alla successiva dichiarazione di scioglimento del contratto da parte del curatore del Fallimento del promittente alienante.

D) Tutti e tre i motivi del ricorso, da esaminarsi congiuntamente in quanto attinenti a questioni strettamente connesse, sono infondati e non meritano accoglimento.

La facoltà del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita stipulato dal fallito e non ancora eseguito, ai sensi dell'art. 72, comma 4, l.f., può essere esercitata fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino all'esecuzione del contratto preliminare attraverso la stipula di quello definitivo o per mezzo della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., resa in difetto di adempimento del preliminare e passata in giudicato (Cass. S.U. 14 aprile 1999, n. 239; Cass. 16 maggio 1997, n. 4358; 5 dicembre 2002, n. 17257; 25 agosto 2004, n. 16860) e dunque anche nel giudizio di appello (Cass. 6 febbraio



1999, n. 1037; 30 marzo 2000, n. 3867; 14 aprile 2004, n. 7070), senza che la controparte possa opporre la violazione dell'art. 345 c.p.c. (Cass. 5 dicembre 2002, n. 17257), atteso che il limite per la proposizione delle eccezioni in senso proprio non assume rilevanza rispetto al compimento di atti che (come nella specie) costituiscano esercizio di un potere sostanziale (Cass. 6 febbraio 1999, n. 1037).

Invero l'art. 345 c.p.c. regola l'attività processuale della parte costituita, mentre la manifestazione di volontà del curatore volta allo scioglimento del contratto - che costituisce espressione di un diritto potestativo del curatore (Cass. 26 ottobre 2000, n. 14102; 25 agosto 2004, n. 16860) e di una sua attività discrezionale che può essere effettuata senza che siano richiesti atti formali o manifestazioni esplicite (Cass. 17 aprile 1992, n. 4723), anche eventualmente per facta concludentia (Cass. 2004/16860) - opera direttamente sul contratto e può essere manifestata anche in sede stragiudiziale, allorché la formulazione dell'eccezione di scioglimento del contratto non sia possibile nell'ambito del processo per ragioni di ordine generale, quale quelle attinenti, ad esempio, ai limiti propri del giudizio di legittimità (Cass. 16 maggio 1997, n. 4358).



La Corte d'appello di Roma, tenuto conto che il curatore del Fallimento Lauredil ha esercitato la facoltà di scioglimento del contratto ex art. 72, comma 4, l.f. con comunicazione che l'appellata ha ammesso di aver ricevuto il 25 novembre 1999 e successivamente con lo stesso atto di appello, ha correttamente applicato i principi sopra enunciati, affermando - con sintetica ma congrua motivazione, idonea rendere conto dell'iter logico-giuridico seguito e posto a base della decisione - che <<la facoltà di recesso dal contratto del curatore della parte venditrice può invero esercitarsi fino a quando "la cosa non è passata in proprietà del compratore">> e che tale effetto nella specie non si era verificato, in quanto la sentenza di primo grado che lo aveva disposto non era passata in giudicato. Sulla base di tali considerazioni i giudici di appello hanno anche implicitamente disatteso e comunque considerato irrilevanti, in quanto superate dai principi in concreto applicati e ritenuti decisivi, le ulteriori deduzioni e argomentazioni difensive svolte dall'appellato, restando così esclusi i vizi di omessa pronuncia, di violazione dell'art. 132, n. 4, c.p.c. e di insufficiente motivazione prospettati con il terzo motivo di ricorso.

E) E' comunque infondata, ad avviso del collegio, la



tesi del ricorrente secondo cui l'antecedente esercizio del subentro nel contratto preliminare, ex art. 72, comma 2, l.f. del curatore del fallimento del promissario acquirente renda inapplicabile il quarto comma dello stesso art. 72 e inammissibile lo scioglimento del contratto, in quanto la dichiarazione di subentro, anteriormente azionata, prevarrebbe, anche in applicazione del principio di certezza del diritto, rispetto alla dichiarazione di scioglimento del contratto. Deve infatti ritenersi che l'esercizio della facoltà di scioglimento unilaterale del contratto, conferita al curatore del fallimento del promittente alienante dall'art. 72, comma 4, l.f., possa essere impedita solamente dal sopravvenuto trasferimento della proprietà del bene al compratore e quindi dall'esecuzione del contratto preliminare di compravendita e che l'esecuzione del contratto preliminare di compravendita idonea a impedire l'esercizio della suddetta facoltà di scioglimento si identifichi o in quella che deriva dalla volontaria stipulazione del contratto definitivo, o nella statuizione giudiziale passata in cosa giudicata, che tenga luogo di detta stipulazione, poiché soltanto in uno di tali modi si può verificare l'effetto traslativo della proprietà della cosa e l'esaurimento della



situazione giuridica obbligatoria scaturente dal contratto preliminare, nella pendenza della quale può, invece, legittimamente inserirsi l'iniziativa del curatore per lo scioglimento del vincolo (Cass. 14 aprile 2004, n. 7070), fermo restando che all'effetto traslativo prodotto dal contratto di vendita certamente non è assimilabile il mero effetto processuale che una sentenza ex art. 2932 c.c., finché non passi in giudicato, riesca a produrre (Cass. 16 maggio 1997, n. 4358). Ritiene altresì il collegio che tali principi trovino applicazione anche nell'ipotesi, come quella di specie, in cui il rapporto contrattuale intercorra tra il fallimento del compratore e il fallimento del venditore, non ravvisandosi nella normativa di cui ai primi tre commi dell'art. 72 l.f., relativa al fallimento del compratore, una disciplina che sia ostativa all'esercizio del potere di scioglimento del contratto da parte del fallimento del venditore a norma del quarto comma dello stesso art. 72 l.f.

F) E' invece inammissibile, quale motivo nuovo non dedotto nel giudizio di appello e implicante un accertamento di fatto (l'avvenuta trascrizione della domanda e della sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c.), la censura attinente alla violazione del principio della prevalenza, ex art. 2652, n. 2,



c.c., di dette trascrizioni sulla facoltà di scioglimento del contratto da parte del fallimento del promittente venditore.

Risulta infatti dalla stessa esposizione dello svolgimento del processo effettuata dal ricorrente (v. pagg. 4-5 del ricorso per cassazione) che il Fallimento La Iaco Costruzioni, nel resistere all'appello di controparte, si è limitato ad eccepire l'inammissibilità, ex art. 345 c.p.c. della dichiarazione di scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 72, comma 4, l.f., l'inapplicabilità nella specie della stessa disposizione per avere il fallimento del promissario acquirente già esercitato e azionato in giudizio il potere di subentro nel contratto ex art. 72, comma 2, l.f. e comunque per essere stata in precedenza manifestata la volontà della s.p.a. Lauredil, ancora in bonis, di eseguire il contratto preliminare e di far valere nel passivo del Fallimento La Iaco Costruzioni il suo credito per il suo residuo prezzo e, in conclusione, la prevalenza, in applicazione del principio di certezza del diritto, della dichiarazione di subentro nel contratto del curatore del Fallimento della promissaria acquirente, senza far riferimento alla questione della opponibilità al fallimento della trascrizione della domanda e della



sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto preliminare ex art. 2932 c.c., questione di cui, peraltro, non fa menzione alcuna neppure la sentenza di appello qui impugnata (altro significato - limitato alla constatazione che il Fallimento Lauredil aveva avuto conoscenza dell'avvenuta proposizione della domanda ex art. 2932 c.c. da parte del fallimento La Iaco Costruzioni già nel corso del giudizio di primo grado e avrebbe pertanto dovuto esercitare in quella fase processuale, a pena di decadenza, la facoltà di scioglimento del contratto - ha il riferimento da parte della curatela appellata, di cui si fa menzione nella sentenza di appello, all'avvenuta trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. fin dal luglio 1998).

G) Trova applicazione al riguardo il principio, più volte enunciato da questa Corte e pienamente condiviso dal collegio, secondo cui i motivi del ricorso per cassazione devono investire, a pena d'inammissibilità, questioni che siano già comprese nel tema del decidere del giudizio di appello, non essendo prospettabili per la prima volta in sede di legittimità questioni nuove o nuovi temi di contestazione non trattati nella fase del merito né rilevabili d'ufficio. Pertanto, ove il ricorrente proponga detta questione in sede di



legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione avanti al giudice del merito, ma anche di indicare in quale atto del precedente giudizio lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminarne il merito (Cass. 7 agosto 2001, n. 10902; 29 gennaio 2003, n. 1377; 3 aprile 2003, n. 5150).

H) Il ricorso non merita pertanto accoglimento, ma ricorrono giusti motivi per la totale compensazione tra le parti delle spese processuali relative alla presente fase di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa integralmente tra le parti le spese processuali della fase di legittimità.

Così deciso in Roma, il 21 settembre 2005.

Il consigliere estensore

Stefano Scirò

Il presidente

Donato Plenteda

Depositario

GEN 2006

IL CANCELLIERE

16

CANCELLIERE
Andrea Blanchi