

ORDINANZA

Il Tribunale di Venezia, in accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. proposta dalla Esa s.a.s. di Marchesin Paola & C. (già Esa s.n.c. di Webber Ines & C.) contro la Marti s.n.c. di Amadardo Gianfranco & C., dispose il trasferimento all'attrice di un opificio industriale, oggetto di un preliminare di vendita stipulato fra le parti nel dicembre del '97; respinse, invece, la domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale avanzata dalla promissaria acquirente nei confronti della promittente venditrice.

La decisione fu appellata in via principale dalla Marti s.n.c. ed in via incidentale dalla Esa s.a.s..

Con sentenza non definitiva del 3.11.2004 la Corte d'Appello di Venezia respinse l'appello principale ed accolse quello incidentale: confermò, pertanto, la pronuncia costitutiva del trasferimento dell'immobile, affermò il diritto della Esa ad ottenere il ristoro dei danni subiti per il mancato godimento del bene, da liquidare in misura corrispondente al suo valore locatizio, e rimise la causa in istruttoria, demandando ad un ctu di stimare detto valore; espletata la ctu, il giudice d'appello, con sentenza definitiva del 14.11.06, condannò la Marti a pagare alla Esa, a titolo risarcitorio, € 15.555,68 oltre agli interessi legali sulla somma annualmente rivalutata a partire dal 30.6.99.

Il 27.4.2007, mentre era ancora pendente il termine lungo di impugnazione delle sentenze di cui all'art. 327 c.p.c., la Marti fu dichiarata fallita dal Tribunale di Venezia.

Con separati ricorsi, rispettivamente notificati il 7.5.07 ed il 5.7.07, l'uno affidato a cinque motivi e l'altro a tre motivi, sia la Marti s.n.c. sia il Fallimento della Marti s.n.c. hanno domandato la cassazione delle sentenze.

Il Fallimento, nel proprio ricorso, ha pure dedotto che il 22.6.07 il curatore aveva comunicato alla promissaria acquirente di volersi avvalere della facoltà concessagli dall'art. 72 l. fall. ed ha preliminarmente richiesto a questa Corte di dare atto



dell'intervenuto scioglimento del contratto preliminare.

La Esa ha resistito con separati controricorsi.

Alla vicenda processuale sin qui riassunta si ricollegano quelle scaturite dalle domande, di rivendica dell'immobile oggetto del contratto preliminare e di ammissione del credito risarcitorio liquidato dalla Corte d'Appello di Venezia, presentate dalla Esa allo stato passivo del Fallimento della Marti s.n.c., entrambe respinte dal giudice delegato.

Le opposizioni ex art. 98 l. fall. proposte dalla promissaria acquirente contro le statuizioni di rigetto sono state a loro volta respinte dal Tribunale di Venezia, con decreti dell'11.3 e del 21.5.08.

Quanto alla domanda di ammissione del credito, il tribunale ha escluso che il giudizio dovesse essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. in attesa della decisione di questa Corte sul ricorso proposto dal Fallimento contro le sentenze d'appello 3.11.2004 e 14.11.06, rilevando che la facoltà di sciogliersi dal contratto preliminare concessa al curatore dall'art. 72 l. fall. può essere esercitata in qualsiasi momento anteriore al trasferimento della proprietà del bene od al passaggio in giudicato della sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c. e non deve essere necessariamente esplicitata in sede processuale; ha quindi osservato che l'eventuale declaratoria di inammissibilità della questione preliminare dedotta dal curatore nel ricorso per cassazione, pur comportando il passaggio in giudicato della pronuncia di inadempimento della Marti s.n.c. all'obbligo di trasferimento dell'immobile, non potrebbe far venir meno l'efficacia della sopravvenuta comunicazione di scioglimento dal contratto preliminare inviata dal curatore alla promissaria acquirente, con conseguente venir meno del diritto al risarcimento di quest'ultima.

Anche il rigetto della domanda di rivendica è stato fondato dal tribunale sul rilievo che la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare non trova ostacolo nel fatto che la domanda ex art. 2932 c.c., e l'eventuale sentenza non definitiva di accoglimento, siano state trascritte anteriormente al fallimento.



Ciascuno dei provvedimenti è stato impugnato da Esa s.a.s. con ricorso per cassazione affidato a due motivi, cui il Fallimento della Marti s.n.c. ha resistito con separati controricorsi, con il primo dei quali ha proposto ricorso incidentale condizionato.

Il Fallimento ha depositato memoria.

Disposta la riunione dei ricorsi proposti contro le sentenze d'appello, e ritenuta l'opportunità di riunire al primo di essi (n. 19460/07) anche i ricorsi proposti contro i due decreti del tribunale, vertenti fra le medesime parti ed aventi ad oggetto le medesime questioni di diritto, il collegio

OSSERVA

Preliminarmente va rilevato che Marti s.n.c., dopo aver notificato il ricorso, non ha provveduto ad adempiere alle ulteriori formalità previste dall'art. 369 c.p.c., sicché la cancelleria non era tenuta a darle comunicazione della fissazione dell'udienza (Cass. n. 13569/92).

Questione principale controversa nei giudizi riuniti è se il curatore possa o meno esercitare la facoltà concessagli dall'art. 72 l. fall., di sciogliersi dal contratto preliminare con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile a un terzo, anche nel caso in cui il terzo promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda ex art. 2932 c.c., volta ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito.

Va precisato che, a quanto consta, la questione è stata ripetutamente affrontata da questa Corte solo in fattispecie in cui, *ratione temporis*, trovava applicazione il testo dell'art. 72 l. fall. anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/06, mentre nel caso in esame, poiché il Fallimento della Marti s.n.c. è stato dichiarato il 27.4.07, occorre aver riguardo al testo dell'articolo novellato dal predetto decreto legislativo (non ancora, ulteriormente, riformato dal d.lgs. n. 169/07).

Deve escludersi, tuttavia, che dall'applicabilità della norma posteriore alla riforma,

anziché di quella anteriore, possa derivare una diversa soluzione della presente controversia: il vecchio testo dell'art. 72 IV comma I. fall., il quale prevedeva che *"...in caso di fallimento del venditore... se la cosa venduta non è passata in proprietà del compratore, il curatore ha la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto"...*; trova infatti sostanziale corrispondenza nel I e nel III comma del testo dell'articolo 72 modificato dal citato d.lgs., con i quali, rispettivamente, il legislatore ha ribadito, in via generale, che il curatore ha facoltà di sciogliersi dai rapporti pendenti ed ha precisato che detta facoltà può essere esercitata anche in presenza di un contratto preliminare, fatta salva l'ipotesi, che qui non interessa, disciplinata dall'art. 72 bis.

Ciò premesso, va innanzitutto segnalato che sulla questione si era in passato formato un indirizzo consolidato, alla cui stregua la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita stipulato dal fallito e non ancora eseguito, ai sensi del comma 4 dell'art. 72 L.F., poteva essere esercitata fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino all'esecuzione del contratto preliminare od al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. (fra le tante, con specifico riguardo al tema dell'avvenuta trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., ritenuta non preclusiva all'esercizio della predetta facoltà, Cass. nn. 3001/82, 4731/88, 1497/89, 4887, 4888, 4889/89, 12033/91, 2577/93, 518/95, 2703/95, 41105/97, 4358/97, 4747/99, 14102/00, 17257/02, 7070/04 nonché Cass. S.U. n. 239/99).

Con la sentenza n. 12505 del 7.7.04, le S.U. di questa Corte, ponendosi in contrasto col predetto indirizzo, hanno per la prima volta enunciato il principio secondo cui *quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento*

accordatogli, in via generale, dall'art. 72 della legge fallimentare.

Il principio, però, non ha sempre trovato seguito nelle successive sentenze di questa Corte che hanno affrontato la questione: vi si sono infatti uniformate Cass. nn. 15218/010, 16660/010 e 27093/011, mentre se ne sono discostate, adeguandosi al precedente indirizzo, Cass. nn. 20451/05, 28479/05, 46/06, 542/06, 33/2008, 17405/09.

A parte la necessità di dare definitiva soluzione al contrasto allo stato esistente su una questione di massima di particolare importanza, il collegio reputa opportuno sottoporre all'attenzione delle SS.UU. gli argomenti per i quali non ritiene di poter condividere il principio enunciato dalla sentenza n. 12505 del 7.7.04.

Il principio si fonda, in sintesi, sulle seguenti considerazioni: 1) ai sensi dell'art. 2652 n. 2 c.c., gli effetti della pronuncia di accoglimento ex art. 2932 c.c., pur essendo subordinati alla trascrizione della sentenza, retroagiscono alla data di trascrizione della domanda, sicché è l'adempimento di tale formalità ad assumere rilievo decisivo ai fini "dell'opponibilità ai terzi" del trasferimento attuato con la pronuncia medesima ed a far prevalere il diritto acquistato dall'attore, una volta trascritta la sentenza, sui diritti contrari o incompatibili venutisi nel frattempo a creare "in capo al terzo"; 2) il sistema del codice civile circa gli effetti della trascrizione delle domande giudiziali trova il suo completamento nell'art. 2915 secondo comma c.c., che risolve il conflitto fra creditore pignorante e i terzi, i cui diritti siano accertati in epoca successiva al pignoramento, in base alla data della trascrizione della domanda, che ha l'effetto di "prenotare" gli effetti della futura sentenza di accoglimento; 3) l'art. 45 l. fall. non si pone in antitesi con la predetta disciplina, ma la integra, dovendo essere interpretato nel senso che le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi hanno effetto rispetto ai creditori concorsuali se compiute in data anteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento; 4) la S.C. ha sempre ritenuto opponibili ai creditori concorsuali le sentenze pronunciate in data successiva alla dichiarazione di fallimento se le relative domande sono state in



precedenza trascritte, fuorché nell'ipotesi di accoglimento della domanda svolta ai sensi dell'art. 2932 c.c.; 5) gli argomenti adoperati per sostenere tale ultimo orientamento non appaiono persuasivi; 6) in particolare, non appare convincente l'argomento tratto dall'art. 72 L.F., che riconosce al curatore il potere di sciogliersi dal contratto preliminare, in quanto anche tale disposizione deve essere coordinata con l'art. 45 l. fall. , sicché quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta in data successiva, è opponibile alla massa dei creditori.

Ora, quanto alla proposizione sub. 1), la decisione sembra dare per scontata l'efficacia retroattiva della sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c. (che dunque garantirebbe la posizione del promissario acquirente, figurativamente compratore a titolo definitivo sin dalla data di trascrizione della domanda), mentre, al contrario, secondo il prevalente indirizzo di legittimità, la predetta sentenza, avente efficacia costitutiva *ex nunc*, determina l'effetto traslativo del bene solo dal momento del suo passaggio in giudicato (fra le più recenti, , Cass. nn. 71/011, 10564/03, 5287/2000, 641/2000, 2522/99), con la conseguenza che la dichiarazione del curatore di volersi sciogliere dal contratto risulterebbe preclusiva di tale effetto, a prescindere dal disposto dell'art. 45 l. fall.

Né il potere di scioglimento può confondersi con i "*diritti contrari o incompatibili*" contemplati dall'art. 2652 n. 2 cit., che sono quelli (vantati dai terzi) attinenti alla proprietà (o ad altri diritti reali) del bene oggetto della domanda trascritta, come è reso palese dal fatto che la norma attribuisce prevalenza alla trascrizione della sentenza che accoglie la domanda ex art. 2932 c.c. rispetto alle trascrizioni ed iscrizioni eseguite –contro il convenuto- dopo la trascrizione della domanda.

Va per altro verso considerato che la facoltà riconosciuta al curatore dall'art. 72 comma 4 L.F. prescinde dalle questioni che attengono all'opponibilità alla massa degli atti per i quali è necessaria la trascrizione ed anzi, a ben vedere, detta

opponibilità presuppone, posto che il curatore che non ritenga conveniente subentrare nel contratto preliminare privo di data certa anteriore al fallimento può, avvalendosi del disposto dell'art. 45 l. fall., semplicemente ignorarlo od eccepire, qualora gliene venga richiesto l'adempimento dal contraente *in bonis*, che esso è privo di effetti nei suoi confronti ed, analogamente, nel caso in cui la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica sia stata trascritta in data successiva alla sentenza di fallimento, limitarsi a chiederne il rigetto ai sensi della medesima norma. Si vuol dire, in buona sostanza, che la questione sulla quale interrogarsi deve essere spostata in avanti, non essendo in discussione se la trascrizione della domanda giudiziale sia o meno opponibile al curatore, ma se, nonostante la sua opponibilità, questi possa ugualmente esercitare la facoltà di scioglimento dal contratto preliminare riconosciutagli dall'art. 72 comma 4 L.F.

La proposizione sub. 6) trascura invece ogni considerazione in ordine alla natura della predetta facoltà ed ai limiti entro i quali può essere esercitata (se cioè essa debba costituire oggetto di un'eccezione in senso lato o in senso stretto, con le conseguenze che dall'una o dall'altra soluzione deriverebbero in tema di preclusioni processuali, o se, piuttosto, non sia espressione di un potere potestativo, manifestabile anche al di fuori del processo e non soggetto ad alcuna preclusione che non sia quella derivante dal giudicato) e finisce con il riconoscere alla mera trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. un impedimento all'esercizio della facoltà medesima (benché subordinato all'accoglimento della domanda trascritta) che la legge non contempla affatto.

Sembra dunque, in definitiva, che l'argomento decisivo adoperato dalle S.U. n. 12505/04, riassunto sub. 6), si risolva in una tautologia: infatti, quand'anche dovesse darsi per scontato (il che non è) che gli effetti della sentenza di accoglimento, ancorché successiva alla data del fallimento, debbano farsi retroagire alla data della trascrizione della domanda, andrebbe ancora spiegato per quali ragioni, a fronte della volontà manifestata in giudizio dal curatore di sciogliersi dal contratto, la

domanda dovrebbe essere accolta.

P.Q.M.

La Corte rimette gli atti al Primo Presidente perché valuti l'opportunità che le Sezioni Unite si pronuncino ai sensi dell'art. 374 II comma c.p.c.

Roma, 25 settembre 2013

Il presidente



Il Funzionario Giudiziario
ARTESE CASSANO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi - 4 DIC. 2013

Il Funzionario Giudiziario
ARTESE CASSANO

IL CASO.it