



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta da

Magda CRISTIANO - Presidente -
Laura TRICOMI - Consigliere -
Guido MERCOLINO - Consigliere Rel. -
Alberto PAZZI - Consigliere -
Cosmo CROLLA - Consigliere -

Oggetto:

opposizione allo stato
passivo

R.G.N. 8094/2016

Cron.

CC - 25/01/2023

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 8094/2016 R.G. proposto da
MASSIMO, rappresentato e difeso dall'Avv.

;

- *ricorrente* -

contro

FALLIMENTO DELL'EDILPIAZZA S.R.L. in liquidazione, in persona del curatore
p.t. Dott. rappresentato e difeso dall'

- *controricorrente* -

avverso il decreto del Tribunale di Vicenza n. 1159/16, depositato il 4 marzo
2016.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 25 gennaio 2023



dal Consigliere Guido Mercolino.

FATTI DI CAUSA

1. Con decreto del 4 marzo 2016, il Tribunale di Vicenza ha rigettato l'opposizione proposta da Massimo [redacted] avverso lo stato passivo del fallimento dell'Edilpiazza S.r.l. in liquidazione, avente ad oggetto l'ammissione al passivo in via privilegiata di un credito di Euro 303.180,00, a titolo di restituzione della caparra versata per l'acquisto di un terreno, pattuito con contratto preliminare del 26 aprile 2011, nonché l'ammissione in via privilegiata, ai sensi dell'art. 2775-*bis* cod. civ., di un credito di Euro 579.600,00, già ammesso al passivo in via chirografaria, a titolo di restituzione della caparra e degli acconti versati per l'acquisto di un appartamento, pattuito con contratto preliminare del 18 gennaio 2010.

A fondamento della decisione, il Tribunale ha ritenuto non provato il pagamento del primo importo, non risultando che gli assegni prodotti, privi di data certa, fossero stati incassati dalla società fallita, e non potendo considerarsi sufficiente né l'indicazione degli acconti e delle relative date nei contratti preliminari, non recanti alcuna quietanza, né l'emissione delle fatture, configurabili come documenti a formazione unilaterale, né la richiesta di esibizione del libro giornale della società fallita, avuto riguardo alla posizione di terzietà del curatore rispetto al rapporto dedotto in giudizio.

Quanto al privilegio, rilevato che i contratti preliminari non erano stati trascritti, come richiesto dall'art. 2645-*bis* cod. civ., ha escluso la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 72, settimo ed ottavo comma, del r.l. 16 marzo 1942, n. 267, ritenendo insufficiente, alla stregua del principio di tipicità, l'avvenuta trascrizione di un atto di destinazione ai sensi dell'art. 2645-*ter* cod. civ., ancorché recante la menzione del contratto preliminare, e dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dall'opponente.

2. Avverso il predetto decreto il [redacted] ha proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, illustrati anche con memoria. Il curatore del fallimento ha resistito con controricorso.



RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la nullità del decreto impugnato per violazione dell'art. 99, decimo comma, della legge fall., rilevando che il provvedimento è stato pronunciato da un Collegio del quale faceva parte, in qualità di relatore, il magistrato investito della funzione di Giudice delegato al fallimento.

2. Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione dell'art. 115 cod. proc. civ. e degli artt. 1362 e 1366 cod. civ., censurando il decreto impugnato nella parte in cui ha ritenuto non provato il pagamento della caparra e degli acconti, nonostante la produzione degli assegni a tal fine utilizzati, la cui consegna, risultante dal contratto preliminare, poneva a carico del curatore del fallimento la prova del mancato incasso.

3. Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la falsa applicazione degli artt. 2645-*bis* e 2775-*bis* cod. civ., dell'art. 72, settimo comma, della fall. e dell'art. 12 disp. prel. cod. civ., censurando il decreto impugnato nella parte in cui ha ritenuto insufficiente, ai fini dell'applicabilità del privilegio di cui allo art. 2775-*bis* cit., la trascrizione dell'atto recante il vincolo di destinazione, in contrasto con la *ratio* dell'art. 72, comma settimo, cit., consistente nel tutelare il promissario acquirente che abbia stipulato un contratto preliminare di compravendita munito di data certa anteriore al fallimento.

4. Con il quarto motivo, il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 112 e 125 cod. proc. civ., censurando il decreto impugnato per aver dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, settimo e ottavo comma, della legge fall., senza prendere posizione in ordine ai profili da lui evidenziati.

5. Con la memoria depositata ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ., la difesa del ricorrente ha dichiarato di rinunciare al primo motivo d'impugnazione, dando atto dell'orientamento giurisprudenziale affermatosi in tema di opposizione allo stato passivo, che, al di fuori delle ipotesi d'interesse proprio e diretto nella causa, ravvisa nell'incompatibilità prevista dall'art. 99, comma decimo, della legge fall. una causa non già di nullità, deducibile come motivo d'impugnazione del decreto emesso all'esito del giudizio, ma di ricusazione, che la parte interessata ha l'onere di far valere nelle forme e nei termini di



cui all'art. 52 cod. proc. civ. (cfr. Cass., Sez. I, 15/04/2019, n. 10492; 9/11/2016, n. 22835; Cass., Sez. VI, 27/07/2017, n. 18681)

Tale rinuncia, a differenza di quella prevista dall'art. 390 cod. proc. civ., non richiede la sottoscrizione della parte né il rilascio di uno specifico mandato, non comportando la disposizione del diritto in contesa, ma costituendo espressione di una valutazione tecnica concernente le più opportune modalità di esercizio della facoltà d'impugnazione, rimessa alla discrezionalità del difensore (cfr. Cass., Sez. III, 27/08/2020, n. 17893; Cass., Sez. I, 3/11/2016, n. 22269; Cass., Sez. V, 15/05/2006, n. 11154); per effetto della stessa, deve ritenersi superfluo qualsiasi apprezzamento in ordine alla fondatezza della censura proposta con il predetto motivo, al cui esame il ricorrente non ha più alcun interesse, ritenendo la questione ormai superata.

6. Il secondo motivo è infondato.

Ai fini del rigetto della domanda di ammissione al passivo del credito avente ad oggetto la restituzione della caparra confirmatoria e degli acconti corrisposti in esecuzione del contratto preliminare stipulato il 26 aprile 2011, il decreto impugnato si è infatti attenuto al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in caso di adempimento di obbligazioni pecuniarie mediante il rilascio di assegni bancari, l'estinzione del debito si perfeziona soltanto nel momento dell'effettiva riscossione della somma portata dal titolo, poiché la consegna dello stesso deve considerarsi effettuata, salva diversa volontà delle parti, *pro solvendo* (cfr. Cass., Sez. Un., 18/12/2007, n. 26617; Cass., Sez. II, 5/06/2018, n. 14372; Cass., Sez. III, 1/12/2010, n. 24402; 11/11/1992, n. 12129).

E' pur vero che, nell'ambito di tale orientamento, è stato ulteriormente precisato che, poiché l'emissione dell'assegno, quale titolo pagabile a vista, si perfeziona mediante il passaggio dalla disponibilità del traente a quella del prenditore, ai fini della prova del pagamento, quale fatto estintivo dell'obbligazione, è sufficiente che il debitore dimostri l'avvenuta emissione e la consegna del titolo, incombendo invece al creditore la prova del mancato incasso, la quale, pur costituendo una prova negativa, non si risolve in una *probatio diabolica*, dal momento che, avuto riguardo alla legge di circolazione del titolo, il possesso dello stesso da parte del creditore che lo ha ricevuto implica



il mancato pagamento (cfr. Cass., Sez. I, 30/07/2009, n. 17749). Nella specie, tuttavia, il Tribunale ha correttamente ritenuto non provata la consegna degli assegni circolari prodotti a sostegno della domanda, rilevando che le ricevute apposte sugli stessi risultavano prive di data certa, e quindi inopponibili al fallimento, e reputando insufficiente, per lo stesso motivo, anche la produzione delle fatture emesse dalla società fallita: è noto d'altronde che la fattura commerciale, in quanto documento a formazione unilaterale, avente la funzione di far risultare documentalmente elementi relativi all'esecuzione di un contratto, s'inquadra fra gli atti giuridici a contenuto partecipativo, consistendo nella dichiarazione, indirizzata all'altra parte, di fatti concernenti un rapporto già costituito, sicché, quando tale rapporto sia contestato, non può costituire valido elemento di prova delle prestazioni eseguite, anche se annotata nei libri obbligatori, ma, al più, un mero indizio (cfr. Cass., Sez. II, 12/01/2016, n. 299; 20/05/2004, n. 9593; Cass., Sez. III, 28/06/2010, n. 15383).

Quanto poi alle quietanze asseritamente contenute nel contratto preliminare prodotto in giudizio, avente data certa in quanto registrato, si osserva che, nel lamentare l'omessa valutazione del tenore letterale dell'atto, dal quale si evincerebbe il contestuale versamento della caparra e degli acconti, il ricorrente ha riportato, a corredo delle proprie censure, non già il testo del contratto stipulato il 26 aprile 2011, ma quello dell'altro preliminare stipulato il 18 gennaio 2010, in esecuzione del quale fu versata la somma di Euro 579.600,00, già ammessa al passivo dal Giudice delegato, sia pure in via chirografaria: il motivo risulta pertanto, sotto tale aspetto, carente di specificità, non essendo accompagnato dalla trascrizione delle parti salienti dell'atto di cui viene censurata l'interpretazione, indispensabile per consentirne il controllo, non potendo questa Corte sopperire alle lacune dell'atto d'impugnazione mediante l'espletamento d'indagini integrative (cfr. Cass., Sez. III, 8/03/2019, n. 6735; Cass., Sez. lav., 15/11/2013, n. 25728; 11/07/2007, n. 15489).

7. E' parimenti infondato il terzo motivo, concernente la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2775-*bis* cod. civ.

Correttamente, infatti, la sentenza impugnata ha ritenuto non configura-



bile nel caso in esame la fattispecie di cui all'art. 72, settimo e ottavo comma, della legge fall., in considerazione della mancata trascrizione del contratto preliminare, espressamente richiesta dalle predette disposizioni e non surrogabile da quella, effettuata ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione sui beni promessi in vendita.

La trascrizione degli atti di destinazione, effettuata ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., risponde infatti ad una funzione ben diversa da quella della trascrizione del contratto preliminare di vendita immobiliare, prevista dall'art. 2645-bis cod. civ. Quest'ultima, infatti, è collegata all'esecuzione del preliminare, producendo, in caso di adempimento volontario o di esecuzione in forma specifica, un effetto prenotativo, in virtù del quale la trascrizione degli atti di esecuzione o della sentenza di cui all'art. 2932 cod. civ. prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni effettuate *medio tempore* contro il promittente alienante, ed in caso d'inadempimento l'insorgenza del privilegio previsto dall'art. 2775-bis cod. civ. a favore dei crediti del promissario acquirente che ne conseguono. Analogo effetto costitutivo la trascrizione produce, relativamente al credito del promissario acquirente, in caso di scioglimento del preliminare ai sensi dell'art. 72 della legge fall., mentre l'effetto prenotativo è limitato, in caso di fallimento del promittente, al preliminare avente ad oggetto immobili ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente, nel senso che ne impedisce lo scioglimento, in deroga a quanto previsto dal primo comma dell'art. 72. La trascrizione degli atti di destinazione non presuppone invece il trasferimento della proprietà dei beni cui si riferisce, e serve soltanto a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, in funzione della produzione dell'effetto segregativo previsto dall'ultima parte dell'art. 2645-ter, il quale, oltre a limitare l'impiego dei beni conferiti e dei loro frutti alla finalità prevista dall'atto di destinazione, ne consente la sottoposizione ad esecuzione, in deroga a quanto previsto dall'art. 2740, primo comma, cod. civ., soltanto per i debiti contratti a tale scopo. La stipulazione dell'atto di destinazione non fa sorgere d'altronde alcun credito a favore del conferente, ma comporta soltanto una limitazione del suo potere di



godimento del bene, operante peraltro sul piano obbligatorio ed inidonea ad escludere il suo potere di disposizione; dall'atto di destinazione deriva invece un credito del beneficiario, la cui soddisfazione è tuttavia assicurata, in caso d'inadempimento del conferente, dalla segregazione dei beni vincolati rispetto al restante patrimonio del debitore, e dalla loro destinazione in via esclusiva alla realizzazione dell'interesse del creditore; rispetto a tali atti, non avrebbe avuto pertanto alcun senso l'introduzione di un privilegio analogo a quello di cui all'art. 2775-*bis* cod. civ., previsto a favore dei crediti derivanti dall'inadempimento della promessa di vendita, e subordinato alla trascrizione del preliminare.

Ciò consente di escludere anche l'applicabilità del principio più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, ed invocato dal ricorrente a sostegno delle proprie censure, secondo cui le norme del codice civile che stabiliscono i privilegi, pur avendo carattere eccezionale, in quanto poste in deroga al principio generale di cui all'art. 2741 cod. civ., e non essendo quindi suscettibili di applicazione in via analogica, possono essere oggetto d'interpretazione estensiva, la quale, a differenza dell'analogia, postula un'operazione logica volta ad individuarne il reale significato e la portata effettiva anche oltre il limite apparentemente segnato dalla formulazione testuale, tenendo in considerazione l'intenzione del legislatore e la causa del credito che, ai sensi dell'art. 2745 cod. civ., rappresenta la ragione giustificatrice di qualsiasi privilegio (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 17/05/2010, n. 11930; Cass., Sez. I, 5/03/2009, n. 5297; 26/08/2005, n. 17396).

8. E' infine infondato il quarto motivo d'impugnazione, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, settimo e ottavo comma, della legge fall., nella parte in cui non estende il privilegio di cui all'art. 2775-*bis* cod. civ. all'ipotesi di trascrizione dell'atto di destinazione previsto dall'art. 2645-*ter* cod. civ.

Premesso che il mancato esame della questione di legittimità costituzionale di una norma di legge non può tradursi nel vizio di omessa pronuncia, non costituendo la stessa oggetto di un'autonoma istanza, in quanto strumentale rispetto alla domanda che implica l'applicazione della norma, e restando la questione deducibile e rilevabile nei successivi stati e gradi del giu-



dizio, se rilevante ai fini della decisione (cfr. Cass., Sez. V, 29/10/2010, n. 22123; Cass., Sez. lav., 15/03/2006, n. 5621; Cass., Sez. I, 16/07/2005, n. 15092), si osserva che, nell'insistere sull'illegittimità costituzionale dell'art. 72, il ricorrente omette d'indicare le norme costituzionali che ritiene violate e d'illustrare le relative ragioni, riportandosi ad una memoria depositata nel giudizio di merito, senza trascriverla neppure parzialmente a corredo del motivo e senza allegarla al ricorso. Tali indicazioni sono riportate soltanto nella memoria depositata ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ., con la quale il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 3 Cost., senza peraltro essere in grado di dimostrare la sussistenza di un'ingiustificata disparità di trattamento, la cui configurabilità deve ritenersi esclusa sulla base delle considerazioni svolte in riferimento al terzo motivo.

9. Il ricorso va pertanto rigettato con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come dal dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 10.000,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ricorrono i presupposti per il raddoppio del contributo, se dovuto.

Così deciso in Roma il 25/01/2023

La Presidente

