

17405/00



REPUBBLICA ITALIANA

ORIGINALE

CONTRIBUTO UNIFICATO

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. UGO VITRONE

- Presidente -

Dott. RENATO RORDORF

- Consigliere - R.G.N. 25079/2004

Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA

- Consigliere - R.G.N. 36/2005

Dott. MARINA ANNA TAVASSI

- Consigliere - R.G.N. 834/2005

Dott. ANTONIO DIDONE

- Rel. Consigliere - Cron. 17405

ha pronunciato la seguente

Rep. 5300

Ud. 10/06/2009

**SENTENZA**

sul ricorso 25079-2004 proposto da:

PU

CURATELA FALLIMENTO LAURA DI CLELIA GARAVELLI,  
FRANCESCO TERZI & C. S.A.S., NONCHE' DEL SOCIO  
ACCOMANDATARIO TERZI FRANCESCO MARIO (c.f.  
04911150722), in persona del Curatore Avv. PASQUALE  
MISCIAGNA, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA  
BOCCA DI LEONE 78, presso l'avvocato CICALA CURZIO,  
rappresentati e difesi dall'avvocato GADALETA MAURO,  
giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente-

contro

2009

1078

GIOVINE ANNAMARIA, TERZI MARCO, TERZI MASSIMO, BANCA  
ANTONIANA POPOLARE VENETA S.C.A.R.L., GIOVINE ANTONIO;

- intimati -

sul ricorso 36-2005 proposto da:

GIOVINE ANNAMARIA (c.f. GVNNNR79C50A662L),  
elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA PRATI DEGLI  
STROZZI 30, presso l'avvocato PAIANO SIMONA (STUDIO  
AVV. F. MOLFESE), rappresentata e difesa dall'avvocato  
GIANCASPERO BERARDINO, giusta procura in calce al  
controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

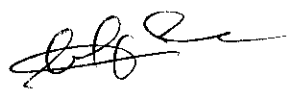
contro

CURATELA DEL FALLIMENTO LAURA DI CLELIA GARAVELLI,  
FRANCESCO TERZI & C. S.A.S. NONCHE' DEL SOCIO  
ACCOMANDATARIO TERZI FRANCESCO MARIO, GIOVINE ANNA  
MARIA, TERZI MARCO, TERZI MASSIMO;

- intimati -

sul ricorso 834-2005 proposto da:

TERZI MASSIMO (c.f. TRZMSM69A04A662U), TERZI MARCO  
(c.f. TRZMRC65H01A662J), elettivamente domiciliati in  
ROMA, VIA CICERONE 28, presso l'avvocato RAMPELLI  
ELISABETTA, che li rappresenta e difende unitamente  
agli avvocati CIRIELLO CLAUDIO, TEDESCHI FELICE  
ALBERTO, giusta procura speciale per Notaio dott.  
IGNAZIO PADOLECCHIA di MOLA DI BARI - Rep. n. 9952 del  
20.12.04;



**- controricorrenti e ricorrenti incidentali -**

**contro**

GIOVINE ANNAMARIA (c.f. GVNNNR79C50A662L),  
elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA PRATI DEGLI  
STROZZI 30, presso l'avvocato PAIANO SIMONA (STUDIO  
AVV. F. MOLFESE), rappresentata e difesa dall'avvocato  
GIANCASPERO BERARDINO, giusta procura a margine del  
controricorso al ricorso incidentale;

**- controricorrente al ricorso incidentale-**

**contro**

CURATELA DEL FALLIMENTO LAURA DI CLELIA GARAVELLI,  
FRANCESCO TERZI & C. S.A.S. NONCHE' DEL SOCIO  
ACCOMANDATARIO TERZI FRANCESCO MARIO;

**- intimati -**

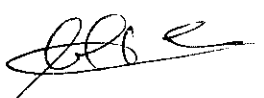
avverso la sentenza n. 1103/2003 della CORTE D'APPELLO  
di BARI, depositata il 20/11/2003;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 10/06/2009 dal Consigliere Dott. ANTONIO  
DIDONE;

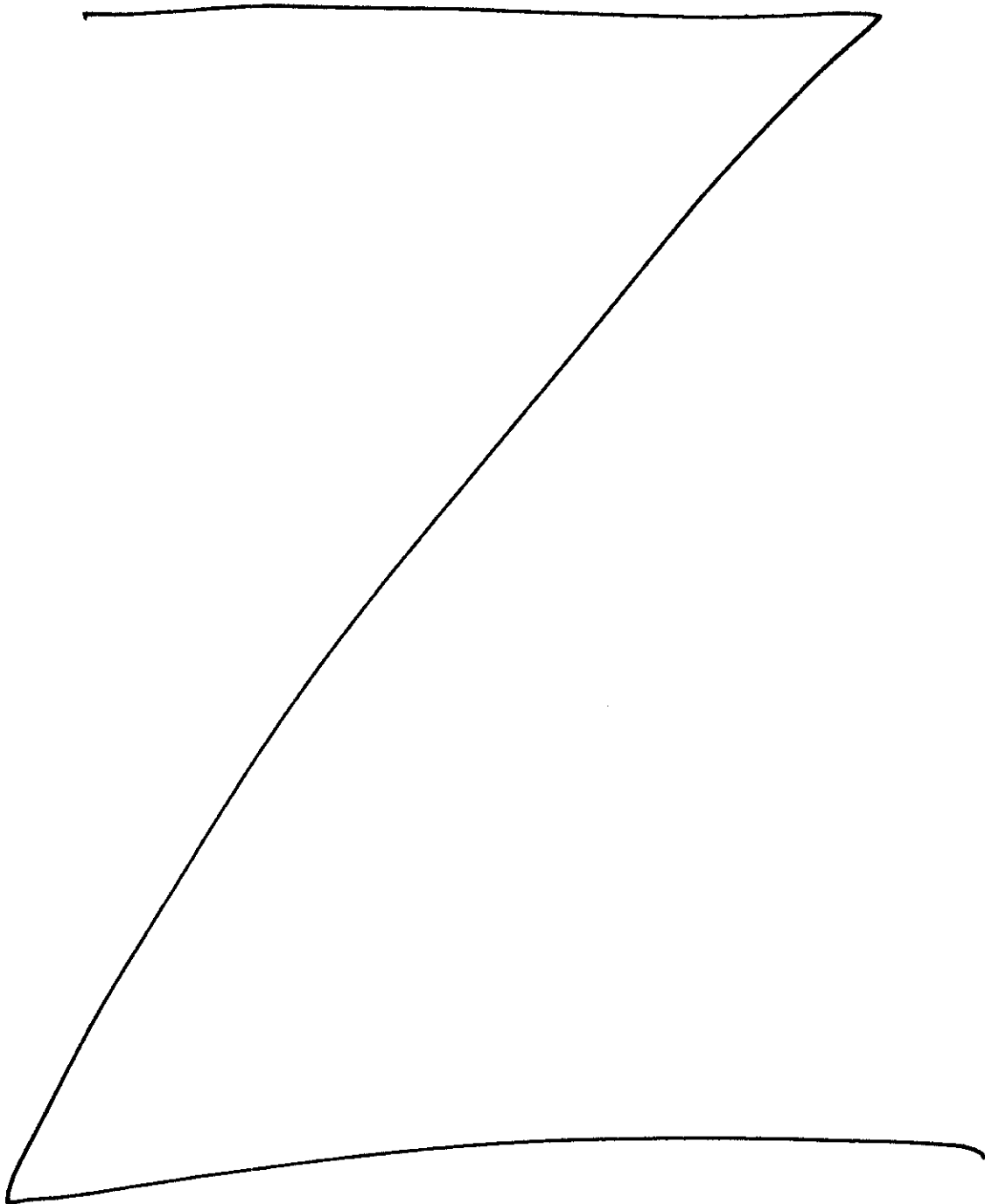
udito, per i ricorrenti, l'Avvocato GADALETA che ha  
chiesto l'accoglimento del ricorso principale, rigetto  
altri ricorsi;

udito, per i controricorrenti e ricorrenti  
incidentali, l'Avvocato RAMPELLI che ha chiesto il  
rigetto dei ricorsi;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore



Generale Dott. PIERFELICE PRATIS che ha concluso per  
l'accoglimento dei ricorsi Curatela Fall.to di Clelia  
e Giovine Annamaria, rigetto del ricorso Terzi  
Massimo.



*Pierfelice Pratis*

## Svolgimento del processo

§ 1.- Francesco Terzi e i figli Massimo e Marco chiesero l'esecuzione di un preliminare di vendita immobiliare per persona da nominare nei confronti di Antonio Giovine che si era rifiutato per la mancata cancellazione dell'ipoteca sulla quota di Francesco Terzi e la condanna della Banca dell'Agricoltura alla cancellazione dell'ipoteca.

Nel giudizio intervenne Annamaria Giovine terza promissaria acquirente nominata la quale, <sup>inoltre,</sup> con autonoma citazione chiese nei confronti dei Terzi l'esecuzione specifica del contratto e la condanna al pagamento della penale per il ritardo.

Il tribunale di Bari riunì le due cause e, con sentenza del 23 giugno 1999, rigettò tutte le domande dei Terzi e dispose il trasferimento coattivo dell'immobile previo versamento del residuo prezzo e il pagamento della penale.

La Giovine propose appello dolendosi del mancato trasferimento di pertinenze e accessori e delle modalità di versamento del residuo prezzo.

Massimo Terzi propose appello incidentale nei confronti della Giovine e chiese la risoluzione del preliminare per inadempimento, lamentando, altresì, il mancato accoglimento della domanda proposta contro la banca per la mancata cancellazione dell'ipoteca. Analogo appello incidentale proposero anche Francesco e Marco Terzi.

Interrotta la causa per la dichiarazione di fallimento di Francesco Terzi, si costituì, successivamente, il curatore fallimentare e chiese lo scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.

La Corte d'Appello, con sentenza del 20 novembre 2003, dichiarò inammissibile l'appello incidentale dei Terzi contro la decisione della prima causa, avente ad oggetto la domanda di adempimento nei confronti del Giovine, per la quale non vi era stato appello principale e anche quello proposto nella seconda causa, avente ad oggetto l'esecuzione specifica nei confronti dei Terzi, nella quale era stato dedotto un fatto nuovo, ossia l'inadempimento della Giovine e non della banca, come dedotto in primo grado.

Dichiarò inammissibili gli appelli proposti contro Giovine Antonio per difetto di legittimazione passiva.

Osservò la Corte di merito che lo scioglimento del contratto ex art. 72 spiegava i suoi effetti nei confronti di tutti i promittenti venditori e così venivano meno sia le domande di adempimento che quelle di risoluzione e le domande accessorie, relative alla caparra, alla penale e ai danni. Dispose, quindi, la restituzione della metà dell'immobile al fallimento e per l'altra metà a Massimo e Marco Terzi, rigettò la domanda di Annamaria Giovine nei confronti dei promittenti venditori in bonis, sia perché proposta tardivamente sia perché il contratto non poteva

sciogliersi solo pro parte e dispose la restituzione dell'acconto versato dalla Giovine nelle forme dell'indebitato. Rigettò gli appelli dei Terzi nei confronti della banca.

Contro la sentenza di appello il curatore del fallimento della s.a.s. Laura di Clelia Garavelli, Francesco Terzi & C. nonché del socio accomandatario Francesco Mario Terzi ha proposto ricorso per cassazione affidato ad unico motivo.

Resiste con controricorso Giovine Annamaria, la quale ha proposto ricorso incidentale affidato a sette motivi.

Resistono con controricorso, altresì, Terzi Massimo e Terzi Marco, i quali hanno proposto ricorso incidentale affidato a tre motivi, resistito con controricorso dalla Giovine.

La Banca Antoniana Popolare Veneta e Giovine Antonio non hanno svolto difese.

La Giovine e i Terzi hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

#### Motivi della decisione

§ 1.1.- I ricorsi - proposti contro la medesima sentenza - devono essere riuniti.

§ 2.- Con unico motivo, articolato sotto tre profili, la curatela fallimentare ricorrente lamenta che la Corte di merito abbia condannato il fallimento al pagamento della somma di euro 38.468,27 in favore della



Giovine, denunciando: a) violazione dell'art. 156 c.p.c., per insanabile contrasto tra motivazione (nella quale correttamente si fa riferimento all'insinuazione al passivo del relativo credito) e dispositivo, nel quale è contenuta la condanna al pagamento; b) violazione degli artt. 24 e 93 l. fall. perché con la condanna il credito, di natura concorsuale, viene trasformato in debito di massa, richiamando in proposito Cass., 14358 del 2000; c) vizio di motivazione per il contrasto esistente tra motivazione e dispositivo in relazione alla necessità dell'insinuazione e alla condanna pronunciata.

§ 2.1.- Il motivo è fondato perché «la scelta del curatore fallimentare nel senso dello scioglimento del contratto preliminare di vendita, non è assimilabile all'esercizio della facoltà di recesso e fa venire meno il vincolo contrattuale con effetto "ex tunc". Da ciò consegue un naturale effetto restitutorio, nel senso che deve essere ripristinata la situazione anteriore alla stipula del "preliminare", e le restituzioni ed i rimborsi opereranno secondo la disciplina dettata dalle norme dell'"indebitum", dal momento che l'efficacia retroattiva della scelta priva di titolo sin dall'origine le prestazioni eseguite. Resta peraltro fermo che le restituzioni ed i rimborsi del contraente "in bonis" subiranno gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e verranno soddisfatti,



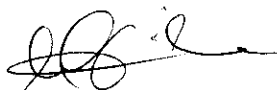


quindi, in moneta concorsuale, nel rispetto della "par condicio">> (Sez. 1, Sentenza n. 14358 del 03/11/2000). Per contro, la sentenza impugnata ha pronunciato "condanna" del fallimento alla restituzione della somma, pur dando atto, contraddittoriamente, nella motivazione, del predetto principio. Talché, ai sensi dell'art. 382 c.p.c. in tale parte la pronuncia deve essere cassata senza rinvio per avere accolto una domanda improponibile.

§ 3.- Con il controricorso la Giovine sottolinea che, dopo l'interruzione e la costituzione da parte della curatela, nel costituirsi nuovamente in giudizio, lei aveva proposto domanda di condanna alla restituzione dell'acconto, al pagamento della penale e al risarcimento del danno soltanto nei confronti di Terzi Marco e Terzi Massimo.

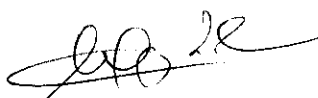
In mancanza di specifico motivo di ricorso incidentale del predetto vizio di ultrapetizione dedotto dalla Giovine non si può tenere conto se non ai fini della pronuncia sulle spese processuali.

§ 3.1- Con il primo motivo di ricorso incidentale la Giovine denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1453 c.c. e vizio di motivazione. Censura la pronuncia di inammissibilità della domanda di risoluzione perché non riproposta nelle conclusioni deducendo che la stessa era implicitamente riproposta per essere presupposta dalla specifica riproposizione



della domanda di condanna alla restituzione dell'acconto, al pagamento della penale e al risarcimento dei danni. La domanda di risoluzione non costituiva autonomo capo della domanda ma era finalizzata all'accoglimento di tali ultime domande. Contraddittoriamente la Corte di merito ha ritenuto esercitata la domanda di risoluzione pur avendo rilevato l'inammissibilità della stessa, rigettando le domande consequenziali.

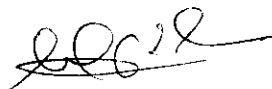
§ 3.2.- Con il secondo motivo del ricorso incidentale la resistente denuncia vizio di motivazione e violazione dell'art. 1453 c.c. deducendo, in estrema sintesi, che l'avvenuto tramutamento in corso di causa dell'originaria domanda della Giovine da quella di adempimento specifico dell'obbligo di concludere il contratto con quella di risoluzione nei confronti degli altri promittenti venditori (oltre che di restituzione dell'acconto e pagamento della penale), ha per sé automaticamente determinato lo stesso effetto dello scioglimento del vincolo contrattuale della quota immobiliare di spettanza del fallito, che resta definitivamente acquisita alla massa fallimentare, e, correlativamente, il disinteresse della curatela alla cura di ogni altra questione concernente i comproprietari delle altre quote immobiliari, alla quale la curatela è estranea.



§ 3.3.- Con il terzo motivo la ricorrente incidentale denuncia vizio di motivazione e violazione dell'art. 1453 c.c. e deduce che, trasformatasi l'azione in domanda di risoluzione sarebbe stato inammissibile lo scioglimento ex art. 72 l. fall. e, d'altra parte, poiché l'art. 1453 c.c. fa salvo il diritto al risarcimento del danno, sulla relativa domanda non avrebbe avuto influenza la mancata riproposizione della domanda di risoluzione del preliminare.

§ 3.4.- Con il quarto motivo denuncia vizio di motivazione e violazione degli artt. 72 l. fall., 1453 e 1218 c.c. Deduce che erroneamente la Corte di merito avrebbe ritenuto travolti dall'esercizio della facoltà ex art. 72 l. fall. gli effetti già prodottisi dell'inadempimento. Deduce che il principio invocato dalla Corte di appello e affermato dalle Sezioni unite (n. 239 del 1999) non è applicabile in caso di domanda di risoluzione ma solo in caso di domanda ex art. 2392 c.c. o di pendenza del termine.

All'infuori di questi due casi la dichiarazione del curatore non produce effetto perché non finalizzata alla conservazione del bene che è apprendibile dalla massa. Non produce effetto quando l'altro contraente abbia chiesto il risarcimento del danno che non può essere messo nel nulla dalla dichiarazione del curatore, con "purgazione" degli inadempienti, specie di quelli in bonis i quali non possono trarre vantaggio



dal fallimento di uno dei promittenti venditori i quali e, in applicazione dei principi sulle obbligazioni solidali, devono subire il riparto della perdita per l'insolvenza del condebitore in solido (art. 1299 c.c.).

Invoca Cass. 2754 del 2002 e Sez. un. 12505 del 2004.

Se si ammette che il contraente in bonis conserva il diritto al risarcimento sorto prima dello scioglimento nei confronti del fallito a maggior ragione si deve riconoscere che lo conserva nei confronti degli altri promittenti in bonis.

§ 3.5.- Con il quinto motivo la ricorrente incidentale denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1292 e 1294 c.c. e 61 l. fall. deducendo che erroneamente la Corte di merito ha diviso a metà, per quote, la somma oggetto di restituzione ponendola a carico di Terzi Marco e Massimo soltanto una quota pur trattandosi di obbligazione solidale, essendo unica e inscindibile la prestazione restitutoria. I predetti andavano condannati a restituire euro 77.645,69.

§ 3.6.- Con il sesto motivo denuncia l'omessa pronuncia sulla domanda di pagamento degli interessi sulla somma corrisposta come caparra confirmatoria.

§ 3.7.- Con il settimo motivo denuncia violazione dell'art. 91 c.p.c. deducendo che in caso di accoglimento del ricorso l'esito della lite muta e non sussistono motivi per compensare le spese (spese

compensate perché lo scioglimento avrebbe vanificato le ragioni originariamente fatte valere dalle parti).

§ 3.1.2.- I controricorrenti Terzi eccepiscono l'inammissibilità del quinto e del sesto motivo del ricorso incidentale perché la copia del controricorso notificata a Massimo Terzi è priva della pagina 26 mentre la copia notificata a Marco Terzi contiene due pagine 26.

L'eccezione è priva di fondamento perché i contro ricorrenti si sono adeguatamente difesi in ordine ad entrambi i predetti motivi del ricorso incidentale (cfr. Sez. Un., Sentenza n. 4112 del 22/02/2007) stante, altresì, l'unicità di difesa tecnica.

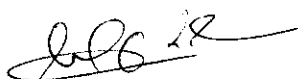
§ 4.1.- Con il primo motivo di ricorso incidentale Terzi Massimo e Terzi Marco denunciano la violazione dell'art. 273 c.p.c. deducendo che erroneamente sarebbe stata dichiarata l'inammissibilità del loro appello incidentale perché le cause in primo grado erano state riunite non per ragioni di opportunità bensì perché trattavasi della stessa causa. Essi hanno impugnato il rigetto delle domande principali proposte.

Con il controricorso al ricorso incidentale la Giovine eccepisce che i Terzi avevano proposto appello incidentale nei confronti di Giovine Antonio e non contro di lei, anche perché nei confronti della stessa non era stata proposta alcuna domanda rigettata in primo grado. Deduce la inammissibilità del primo dei

due motivi di ricorso incidentale perché non è stata impugnata la statuizione di inammissibilità dell'appello incidentale conseguente alla mancata specifica impugnazione dell'*electio amici*.

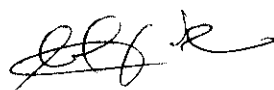
§ 4.1.1- Il motivo è fondato perché <<nel contratto per persona da nominare, avvenuta la formale e tempestiva designazione dell'*eligendo*, non si realizza un contratto tra questi ed il promittente, diverso da quello che lo stipulante aveva concluso anche per sé sotto la condizione risolutiva della nomina di un terzo soggetto, in quanto il contratto, *malgrado* la *surrogazione di un soggetto diverso alla persona dello stipulante, si perfeziona in tutti i suoi elementi oggettivi prima della dichiarazione di nomina, la quale ha l'effetto di fare acquistare ex tunc all'eletto la qualifica di soggetto negoziale, nonché tutti i relativi diritti ed obblighi*>> (Sez. 3, Sentenza n. 1998 dell'8/04/1981).

In altri termini, <<nel contratto per persona da nominare, la riserva della nomina del terzo determina una parziale indeterminatezza soggettiva del contratto, ovvero una *fattispecie di contratto a soggetto alternativo*. A seguito dello esercizio del potere di nomina, il terzo subentra poi nel contratto e, prendendo il posto della parte originaria, acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente, con effetto retroattivo, con la



conseguenza per cui deve essere considerato fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente ed a questo legata dal rapporto costituito dallo stipulante>> (Sez. 1, Sentenza n. 8410 del 25/08/1998).

Pertanto, il tratto peculiare del contratto per persona da nominare è dato proprio <<dal subentrare nel contratto di un terzo - per effetto della nomina e della sua contestuale accettazione - che, prendendo il posto del contraente originario (lo stipulante), acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente (promittente) determinando, inoltre, la contemporanea fuoriuscita dal contratto dello stipulante, con effetto retroattivo, per cui il terzo si considera fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente e a questa legata dal rapporto costituito dall'originario stipulante>> (Sez. 2, Sentenza n. 3115 del 17/03/1995). Appare evidente, dunque, che, nella concreta fattispecie, la sentenza di primo grado è stata emessa sull'unico contratto preliminare nel quale è subentrata la Giovine con conseguente fuoriuscita dello stipulante. Sì che la domanda proposta dai Terzi nei confronti di quest'ultimo, dopo la riunione di cause, si è automaticamente trasferita nei confronti della Giovine, la quale è subentrata allo stipulante e l'appello principale proposto da quest'ultima



legittimava i Terzi a proporre appello incidentale contro la parte della sentenza che aveva disatteso la loro domanda originariamente proposta contro lo stipulante, Giovine Antonio.

Da quanto innanzi esposto discende l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla Giovine.

§ 4.2.- Con il secondo motivo i ricorrenti incidentali denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 99, 112 e 345 c.p.c. e art. 1453 c.c. lamentando che erroneamente la Corte di merito abbia ritenuto nuova la domanda di risoluzione per inadempimento proposta in appello, posto che anche in primo grado era stato lamentato l'inadempimento di Giovine Antonio il quale <<si era rifiutato di stipulare l'atto>>. Quindi non solo l'inadempimento della banca bensì anche quello del promissario acquirente era stato dedotto, invocando l'art. 1453 c.c.

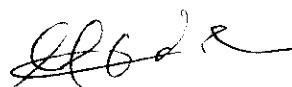
§ 4.3.- Con il terzo motivo di ricorso incidentale i controricorrenti denunciano la violazione degli artt. 345 c.p.c. e 2033 c.c. deducendo l'inammissibilità (perché nuova) della domanda di restituzione formulata soltanto in appello. La facoltà di scioglimento sarebbe esercitabile dal curatore fallimentare anche in sede di comparsa conclusionale. In tal caso la restituzione non potrebbe essere domandata se non previa rimessione in rilettura della causa.





§ 5. - Osserva la Corte che la gran parte delle censure formulate con il ricorso principale e con quelli incidentali attiene alla questione - già risolta dalle Sezioni unite - relativa agli effetti dello scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall. nell'ipotesi in cui più siano i promittenti venditori e la dichiarazione di fallimento abbia riguardato uno solo tra essi nonché quella - non espressamente risolta dalle Sezioni unite - circa gli effetti dello scioglimento sull'azione di risoluzione già proposta e sulle relative domande di pagamento di penale e di danni e, infine, in ordine ai rapporti tra la dichiarazione di scioglimento e le conseguenti domande di restituzione con l'art. 345 c.p.c., nella medesima fattispecie di pluralità di parti promittenti venditori. Sì che tutti i motivi possono essere esaminati congiuntamente alla luce dei principi accolti dalla giurisprudenza di legittimità. L'esame congiunto, invero, potrà mettere in luce più agevolmente le ragioni dell'assorbimento di molte delle censure prospettate e dell'inammissibilità di altre.

E' necessario, peraltro, evidenziare in via preliminare che le censure formulate dalla Giovine in ordine alla statuizione di inammissibilità della domanda di risoluzione sono infondate perché dal processo verbale dell'udienza del 27.9.2002 si evince che la Giovine ha precisato le conclusioni (richiamate anche nell'udienza



del 6.6.2003), prendendo <<atto della scelta effettuata dal curatore di risolvere il preliminare di vendita>> e riproponendo espressamente soltanto l'azione ex art. 2932 c.c. nei confronti dei promittenti in bonis e, in via subordinata, la condanna dei medesimi alle restituzioni e al pagamento della penale, oltre interessi dalla domanda. Talché la domanda di risoluzione non è stata espressamente riproposta e il suo abbandono (come incensurabilmente accertato dal giudice del merito) è congruente con la presa d'atto dello scioglimento del contratto per effetto della dichiarazione del curatore fallimentare.

§ 5.1. - Va premesso che nessuno dei ricorrenti (principale e incidentali) ha specificamente contestato la corretta applicazione fatta dalla Corte di merito del principio enunciato dalle Sezioni unite con sentenza n. 239 del 1999 secondo cui <<qualora sia intervenuto un preliminare di vendita di immobile indiviso ed il bene sia stato considerato dalle parti come un unicum inscindibile e non con riferimento alle singole quote facenti capo a ciascuno dei comproprietari, ove uno di costoro successivamente fallisca ed intervenga, poi, la dichiarazione di scioglimento del contratto da parte del curatore ex art. 72 quarto comma legge fall., resta preclusa al promissario compratore la possibilità di ottenere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ. nei

confronti degli altri comproprietari promittenti venditori rimasti in bonis, sia pure limitatamente alle loro quote, poiché la dichiarazione di scioglimento del curatore determina il venir meno ab origine e con effetti retroattivi della volontà negoziale manifestata dal promittente fallito e, dunque, di un elemento essenziale della volontà negoziale unitaria manifestata dai promittenti, verificandosi, pertanto, una situazione simile a quella - che parimenti impedisce la pronuncia della sentenza ex art. 2932 - della inesistenza o invalidità originaria della manifestazione di volontà di uno dei soggetti integranti la parte complessa promissaria venditrice e, quindi, l'unitaria volontà di tale parte>>.

Nell'enunciare tale principio le Sezioni unite hanno evidenziato - per quanto specificamente interessa il presente giudizio - che <<l'art. 2932 c.c. prevede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto soltanto "qualora sia possibile">>.

Da ciò discende che <<il fallimento del promissario venditore segna una fase di arresto nel processo di formazione del negozio, perché fa venire meno nel fallito il potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio. La dichiarazione di fallimento immobilizza la situazione patrimoniale quale era alla data in cui fu pronunciata ed impedisce perciò che

possa integrarsi una fattispecie suscettibile di produrre un mutamento della situazione stessa e soprattutto una diminuzione della massa attiva esistente ai sensi dell'art. 42 l. fall.....>> e <<la dichiarazione di scioglimento non può non avere un contenuto più ampio e, quindi, si deve ritenere che la stessa ha valore sostanziale, assoluto, definitivo e opera con effetto retroattivo - con efficacia non solamente endofallimentare, ma con effetti anche qualora il fallito sia ritornato in bonis, restando insensibile all'eventuale revoca del fallimento - facendo venire meno, fin dall'origine, la promessa di vendere, non esistendo alcun argomento logico o testuale che consenta di ammettere che lo scioglimento non incida sulla volontà inizialmente manifestata>>. Mentre il fallimento, dunque, <<impedisce l'emanazione della sentenza ex art. 2932 c.c., ma lascia inalterato il contratto - con la conseguenza che lo stesso può essere fatto valere una volta che il promissario venditore sia tornato in bonis e sempre che il bene sia nella sua disponibilità - la dichiarazione di scioglimento del curatore, che consente allo stesso di disporre del bene acquisito alla massa, agisce sulla manifestazione di volontà che ha dato luogo al preliminare caducandola fin dall'origine>>.

Con l'ulteriore conseguenza che, <<qualora sia intervenuto un preliminare di vendita di immobile



indiviso, considerato dalle parti attinente al bene come un unicum inscindibile e non come singole quote che fanno capo ai singoli comproprietari, il fallimento di uno di questi ultimi, cui sia seguita la dichiarazione di scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 72, comma 4, l. fall., impedisce al promissario acquirente di ottenere la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. nei confronti dei promissari venditori in bonis, limitatamente alle loro quote, perché è venuta meno ab origine quell'unica volontà negoziale che sola consente l'emanazione della sentenza, allo stesso modo come alla sentenza costitutiva non si può pervenire, sulla base della sentenza delle S.U. n. 7481 del 1993, per l'inesistenza o l'invalidità originaria della manifestazione di volontà di una delle parti che confluisce nell'unica volontà della complessa parte promissaria venditrice>>. Né, infine, è ipotizzabile <<una scindibilità ex lege di un contratto unico che non ha alcuna base normativa e contrasta con l'operata ricostruzione circa il modo di operare della dichiarazione di scioglimento del contratto>>.

Da tali principi discende che, intervenuta quest'ultima e non essendo ipotizzabile una scindibilità del contratto unico, la sopravvenuta impossibilità di adempiere da parte dei promittenti venditori in bonis esclude che nei loro confronti possa essere coltivata



alcuna azione discendente da inadempimento precedente allo scioglimento, che ha effetti ex tunc, eliminando l'unica volontà della complessa parte promissaria venditrice.

Pertanto sono infondati non solo tutti i motivi del ricorso incidentale della Giovine relativi all'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., proposta solo in secondo grado e dopo la dichiarazione di scioglimento ex art. 72 l. fall. (§ 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4) ma anche il secondo motivo del ricorso incidentale dei Terzi (§ 4.2), perché anch'esso formulato in relazione alla domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c. proposta in appello, stante l'impossibilità di risoluzione di un contratto che, per effetto della dichiarazione di scioglimento del curatore, deve essere considerato privo, sin dall'origine, dell'unica volontà della complessa parte promissaria venditrice.

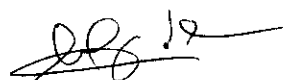
§ 5.2. - E' fondato, invece, il quinto motivo del ricorso incidentale della Giovine, con conseguente assorbimento dei successivi motivi. Per converso, è infondato l'ultimo motivo di ricorso incidentale dei Terzi (§ 4.3).

Infatti, la presunzione di solidarietà ex art. 1294 c.c. che assiste le obbligazioni nascenti a carico dei promittenti venditori di un immobile unitariamente considerato comporta, quanto alle obbligazioni restitutorie ex art. 2033 c.c., che, una volta

pronunciato lo scioglimento del contratto, ciascuno dei promittenti venditori sia tenuto per l'intero alle restituzioni. Sì che erroneamente la Corte territoriale ha diviso a metà la somma da restituire tra la parte dichiarata fallita e le parti in bonis, in proporzione della proprietà dell'intero immobile, essendo unica la prestazione a carico dei promittenti venditori.

In argomento, questa Corte ha già avuto modo di ritenere che <<in caso di stipulazione di un preliminare di vendita di bene in comunione "pro indiviso" sussistono i presupposti dell'obbligazione solidale passiva, e cioè la pluralità dei soggetti, l'identità della prestazione cui sono tenuti i soggetti (la prestazione del consenso alla stipula del contratto definitivo di vendita) e l'identità della fonte dell'obbligazione (il contratto preliminare stipulato), non rimanendo essa esclusa in ragione della eventuale disparità delle quote ideali in titolarità dei medesimi, aspetto questo concernente solamente il rapporto (interno) tra di essi intercorrente - valendo a segnare la proporzione dei reciproci diritti in caso di adempimento solamente da parte di uno o alcuni-, e non anche quello (esterno) con i creditori>> (Sez. 2, Sentenza n. 4965 del 11/03/2004).

D'altra parte, l'eccezione di novità ex art. 345 c.p.c. della domanda di restituzione dell'acconto è stata correttamente rigettata dalla Corte territoriale alla



luce di una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della citata disposizione e di quella di cui all'art. 72 l. fall. come interpretata da questa Corte. Si è ritenuto, invero, che «la facoltà del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita stipulato dal fallito e non ancora eseguito, ai sensi dell'art. 72, quarto comma, legge fall., può essere esercitata fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino all'esecuzione del contratto preliminare attraverso la stipula di quello definitivo ovvero fino al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., resa in difetto di adempimento del preliminare, e dunque anche nel giudizio di appello; il limite alla proponibilità delle eccezioni in senso proprio, previsto dall'art. 345 cod. proc. civ., non assume infatti rilevanza rispetto al compimento del predetto atto, il quale costituisce esercizio di un diritto potestativo di carattere sostanziale e manifestazione di una scelta discrezionale spettante al curatore, che opera direttamente sul contratto e può essere effettuata mediante dichiarazione nella comparsa di costituzione o in altro scritto difensivo, come la comparsa conclusionale o atto del procuratore, anche non sottoscritto dal curatore e la cui sussistenza è rilevabile d'ufficio ai fini della decisione» (Sez. 1, Sentenza n. 33 del 7/01/2008).





In particolare, tale meccanismo (giudicato conforme all'art. 24 Cost.) è stato coordinato con le regole sulle preclusioni processuali precisandosi che «se l'opzione di cui all'art. 72 c. 4 LF. integra un diritto potestativo assegnato all'apprezzamento discrezionale del curatore e per la tutela di interessi della massa e se essa è esercitabile in ogni sede e modo, in piena libertà di forme e senza limiti temporali, ne discende che essa non è eccezione per il processo ma è scelta che ha effetti sul processo (inibendo la possibilità di adottare la pronuncia ex art. 2932 c.c., altrimenti efficace anche nei riguardi del fallimento, al contrario di quanto incomprensibilmente ventilato dal ricorrente nella memoria finale) e che deve comunque essere formulata nel processo per impedire la formazione del giudicato (avente effetti sostanzialmente preclusivi di alcuna opzione). Nè, si badi, l'esistenza di una siffatta eccezione - articolabile in ogni grado e momento del processo di merito - appare eversiva dei principi dettati dal nuovo processo civile per le eccezioni in senso stretto in guisa da costituire irragionevole ictus alla coerenza ordinamentale di quel processo: da un canto l'interesse della massa merita che la valutazione stragiudiziale del miglior modo per tutelarla non sia ristretta negli angusti limiti posti per le eccezioni processuali, dall'altro canto sarebbe

irragionevole ridurre ad eccezione processuale in senso stretto l'esercizio di una facoltà che ha effetti - sostanziali - sul vincolo giuridico>> (Sez. 1, Sentenza n. 10436 del 2005).

Ciò posto, se l'opzione di cui all'art. 72 c. 4 LF. integra un diritto potestativo assegnato all'apprezzamento discrezionale del curatore che non integra <<eccezione per il processo ma è scelta che ha effetti sul processo>> e che deve comunque essere formulata nel processo per impedire la formazione del giudicato, il pieno rispetto dell'art. 24 Cost. (e, ora, dell'art. 111 Cost., quanto al rispetto della parità delle parti nelle armi) impone di ritenere ammissibile la domanda delle restituzioni conseguente alla predetta facoltà di scioglimento, anche se esercitata in appello. Ciò in applicazione analogica della norma (art. 345, comma 1, c.p.c., nel testo previgente applicabile alla concreta fattispecie e, comunque, immutata, in parte qua, anche dopo la novella del 1990) che consente di chiedere in appello il risarcimento dei danni sofferti dopo la pronuncia della sentenza di primo grado.

§ 6.- In relazione ai motivi accolti (del ricorso principale, il 5° del ricorso incidentale della Giovine, con assorbimento del 6° e del 7° e il 1° del ricorso incidentale dei Terzi) la sentenza impugnata deve essere cassata e, non essendo necessari ulteriori

accertamenti in fatto, la Corte può decidere la causa nel merito con conseguente condanna di Terzi Marco e Terzi Massimo, in solido, al pagamento in favore della Giovine della somma di euro 77.468,53 oltre interessi legali dalla domanda.

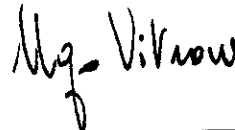
L'effetto della dichiarazione del curatore ex art. 72 l. fall. ha impedito l'accertamento giudiziale dell'imputabilità dell'inadempimento del contratto e ha comportato la necessità del mutamento delle rispettive difese delle parti. Sì che appare giustificata l'integrale compensazione delle spese processuali relative all'intero giudizio.

P.Q.M.

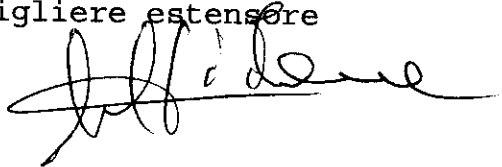
La Corte, riuniti i ricorsi, accoglie il ricorso principale, il quinto motivo del ricorso incidentale della Giovine, assorbiti il sesto e il settimo, nonché il primo motivo del ricorso incidentale dei Terzi, rigettando tutti gli altri motivi. Cassa la sentenza impugnata in relazione alle censure accolte e, decidendo nel merito, condanna Terzi Marco e Terzi Massimo in solido al pagamento in favore della Giovine della somma di euro 77.468,53 oltre interessi legali dalla domanda. Dichiarata interamente compensate fra le parti le spese processuali dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Prima Sezione civile il 10 giugno 2009.

Il Presidente



Il consigliere estensore



UNITA' SUPPLEMENTARE N. 24/11/09  
PROVA  
Depositato il 24/11/2009  
" \_\_\_\_\_  
CANCELLIERE



CANCELLIERE  
Andrea Bianchi