

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARNEVALE Corrado	- Presidente -
Dott. CECCHERINI Aldo	- Consigliere -
Dott. DI AMATO Sergio	- Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria	- rel. Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 13928/2006 proposto da:

C.D.C. COSTRUZIONI S.R.L. (P.I. (OMISSIS)), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SALENTO 73, presso l'avvocato CHIARA LIETO, rappresentata e difesa dagli avvocati SILVESTRI Patrizia, VASILE ALFONSO, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO DELLA FASHION S.R.L. (C.F. (OMISSIS)), in persona del Curatore Dott. C.G., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CASSIODORO I/A, presso l'avvocato ANNECCHINO MARCO, rappresentato e difeso dall'avvocato DALIA Gaspare, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 420/2006 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 15/02/2006; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/01/2013 dal Consigliere Dott. MARIA ROSARIA CULTRERA; udito, per la ricorrente, l'Avvocato VASILE ALFONSO che ha chiesto l'accoglimento del ricorso; udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARESTIA Antonietta, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con atto di citazione notificato il 7 febbraio 1997 il curatore del fallimento della società Fashion s.r.l. ha convenuto in giudizio innanzi al Tribunale di Napoli la società CDC Costruzioni s.r.l.: e, premesso l'intervenuto scioglimento del contratto preliminare di vendita dell'immobile sito in

(OMISSIS) meglio descritto in atto, stipulato il giorno 27.7.1992 fra la società in bonis, promissaria acquirente, e la convenuta promittente alienante, ha chiesto condannarsi la CDC alla restituzione delle somme incassate a titolo di caparra ed al risarcimento del conseguente pregiudizio.

La predetta convenuta si è costituita chiedendo il rigetto della domanda eccependo l'intervenuta risoluzione del contratto controverso per inadempimento della società Fashion ai sensi degli artt. 1457 e 1454 c.c., sia perché alla scadenza del termine essenziale, prefissato nell'atto alla data del 30 settembre 1992 entro il quale la società acquirente si era obbligata a versare il residuo del prezzo convenuto ed pagare i costi accessori, la società Fashion, già immessa nel godimento dell'immobile, non aveva versato il residuo prezzo, non si era accollato il mutuo né aveva pagato i costi per l'allaccio delle utenze, sia perché la stessa non aveva ottemperato all'invito a comparire il giorno 2 marzo 1995 innanzi al notaio per la stipula del definitivo, che concretava diffida ad adempiere al versamento del saldo del prezzo pattuito. Ha quindi dedotto il proprio diritto a trattenere la caparra ex art. 1385 c.c., e, in riconvenzionale, ha chiesto la condanna della curatela alla restituzione del cespite controverso ed al conseguente risarcimento del pregiudizio patito per la sua mancata disponibilità, ovvero al giusto compenso per la mancata disponibilità dell'immobile e in subordine, ha eccepito la compensazione con la somma ad essa spettante a tale titolo.

Il Tribunale adito, con sentenza 13 marzo 2002 ha accolto la domanda principale ed ha condannato la convenuta alla restituzione delle somme incamerate a titolo di caparra confirmatoria, disponendo di contro il rigetto della riconvenzionale.

La statuizione è stata impugnata dalla società CDC innanzi alla Corte d'appello di Napoli che, con sentenza n. 420 depositata il 4 febbraio 2006, ne ha disposto la conferma osservando per quel che rileva che: 1.- la risoluzione del contratto, anche nel caso in cui opera di diritto in presenza del termine essenziale, di diffida ad adempiere ovvero di clausola risolutiva espressa, deve essere accertata con sentenza dichiarativa e non può essere fatta valere nei confronti del compratore fallito. La convenuta, trattenendo la caparra, pretenderebbe un trattamento preferenziale, sottraendosi al concorso; 2.- la consegna dell'immobile alla società in bonis, peraltro non provata, secondo quanto convenuto espressamente nel contratto preliminare, venne eseguita a titolo di comodato, diverso dunque dal titolo dedotto in causa dalla CDC; 3. - la domanda di equo indennizzo non trova giustificazione attesa la natura gratuita del menzionato titolo di detenzione, ascrivibile, secondo quanto accertato, al contratto di comodato.

La società CDC ha infine impugnato quest'ultima decisione con ricorso per cassazione in base a tre motivi. Il curatore fallimentare si è costituito con controricorso ulteriormente illustrato con memoria difensiva depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Col primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della L. Fall., artt. 54, 55, 65 e 67. La Corte del merito avrebbe disatteso la sua eccezione, sull'assunto che la risoluzione del contratto per scadenza del termine essenziale deve essere accertata con sentenza dichiarativa e non può essere fatta valere se non è stata formulata relativa domanda prima del fallimento del promissario acquirente, poiché produrrebbe effetti restitutori lesivi della par condicio creditorum, facendo malgoverno degli enunciati citati a conforto, disapplicabili nel caso di specie in cui, diversamente dalle ipotesi contemplate in quegli arresti, la risoluzione del contratto si è perfezionata in via automatica per scadenza del termine essenziale, nonché per effetto della diffida ad adempiere, già in epoca precedente alla data dello scioglimento dallo stesso esercitato dal curatore fallimentare ai sensi della L. Fall., art. 72.

Il curatore resistente deduce l'infondatezza della censura rilevando che l'automatismo della risoluzione, assunto dalla ricorrente a fondamento della sua tesi difensiva, comunque necessita di pronuncia dichiarativa che, in caso di fallimento della parte asseritamente inadempiente, deve precederne la relativa declaratoria.

Il motivo appare fondato. La Corte territoriale argomenta la statuata reiezione del gravame proposto dall'odierna ricorrente asserendo che la risoluzione del contratto, anche nel caso in cui opera di diritto in presenza del termine essenziale, di diffida ad adempiere ovvero di clausola risolutiva espressa, deve essere accertata con sentenza dichiarativa e non può essere fatta valere nei confronti del compratore fallito; la convenuta, trattenendo la caparra, pretenderebbe un trattamento preferenziale, sottraendosi al concorso (Cass. n. 4365/2001).

La decisione è all'evidenza ispirata al consolidato orientamento (per tutte cfr. Cass. citata, n. 185/1995, n. 12396/1998, n. 7178/2002, n. 25868/2011) che esclude l'operatività automatica delle ipotesi riferite in quanto non è sufficiente, affinché si produca ope legis l'effetto risolutivo del contratto, l'esistenza dell'inadempimento colpevole di una delle parti, ma occorre che il contraente che intenda giovarsene dichiararsi all'altro di volersene avvalere (Cass. n. 2674/1997 n. 5455/1997); e ciò in quanto l'effetto risolutivo scaturisce dal concorso non solo dall'inadempimento di uno dei contraenti ma anche della suddetta dichiarazione che ha sicuramente natura sia negoziale, in quanto espressiva della volontà di esercitare il diritto potestativo attribuito al contraente fedele dalla clausola, che recettizia, necessitando, perché produca l'effetto voluto, di essere portata a conoscenza della controparte, con manifestazione che, in assenza di una specifica espressa previsione formale, può essere consacrata sia in un atto stragiudiziale, a forma libera, sia in un atto giudiziale, e cioè direttamente nell'atto introduttivo del giudizio con il quale si intenda chiederne l'applicazione (Cass. n. 54367.1995, n. 4911/1995).

Ne ha fatto tuttavia malgoverno applicandolo in relazione ad argomento difensivo che lo stesso

giudice d'appello, secondo quanto emerge dal testo della decisione impugnata, ha interpretato e qualificato non già in termini di domanda riconvenzionale, ma quale mera eccezione diretta all'accertamento incidenter tantum della risoluzione del contratto preliminare, prodottasi in via automatica già prima che il curatore esercitasse la facoltà di scioglimento a mente della L. Fall., art. 72, verificabile quale fatto impeditivo della domanda ed estintivo dell'obbligazione di restituzione delle somme incamerate a titolo di caparra confirmatoria senza far richiesta di un provvedimento giudiziale favorevole da contrapporre alla domanda principale. Secondo tale interpretazione, di cui non si è doluto il curatore fallimentare, la CDC si limitò pertanto ad esprimere una richiesta che procurò un ampliamento del tema della controversia, ma al solo fine di ottenere il rigetto della domanda, opponendo al diritto fatto valere dall'attore un diritto idoneo a paralizzarlo. L'automatismo dell'effetto risolutivo invocato dalla predetta società CDC in presenza delle condizioni di fatto da essa rappresentate in atti- inadempimento della fallita alle obbligazioni assunte entro il termine essenziale pattuito scaduto in data precedente all'apertura del suo fallimento, nonché esito infruttuoso della diffida ad adempiere - imponeva pertanto alla Corte del merito non già la decisione sulla domanda di risoluzione che, riconducibile all'archetipo dell'azione generale di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c., non è ammessa alla stregua della regola del concorso formale, ma piuttosto la verifica incidentale dell'eccepita anteriorità del suo perfezionarsi, dunque della sua cristallizzazione in data precedente al fallimento, con la conseguente sua opponibilità alla procedura.

Senza affatto smentire l'enunciato, che s'intende invece ribadire, secondo cui dopo il fallimento del debitore il creditore non può proporre domanda di risoluzione del contratto, neanche nell'ipotesi di domanda diretta a far accertare, con riferimento ad inadempimento anteriore, l'avveramento di una condizione risolutoria, a meno che la domanda non sia stata "quesita" prima della dichiarazione di fallimento, "atteso che la relativa pronuncia produrrebbe effetti restitutori e risarcitori lesivi del principio di paritario soddisfacimento di tutti i creditori e di cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche". Sul solco di Cass. n. 6713/1982, Cass. n. 12396/98, n. 4365/2001 cit. 9, va rilevato che la Corte del merito non ne ha fatto corretta applicazione, siccome siffatto effetto, introdotto nella controversia al solo fine di paralizzare la domanda del curatore, non è collegabile ad iniziativa giudiziaria esercitata contro il curatore successivamente all'apertura del fallimento. La verifica nel merito dell'eccezione era, per l'effetto ammissibile.

Alla luce di tali considerazioni merita accoglimento anche il secondo motivo, con cui la ricorrente deduce vizio di motivazione in relazione all'omesso esame delle deposizioni del testi P. e D.P. che hanno confermato il trasferimento della detenzione dell'immobile a favore della Fashion, e dal mancato accesso del c.t.u., nell'immobile, risultato chiuso ed inutilizzato. Lamenta invero la società

CDC che la Corte territoriale, dando atto e quindi attribuendovi valore preminente alla clausola prevista nel contratto, secondo cui il trasferimento anticipato dell'immobile sarebbe avvenuto a titolo di comodato, non avrebbe tenuto conto del suo collegamento con la promessa di vendita dell'immobile, non avendo indagato sulla sua finalità, riconducibile ad esecuzione anticipata del contratto. Il resistente deduce l'infondatezza della censura.

Il cespite, laddove risultasse in giudizio trattenuto in godimento dalla procedura in forza di contratto risoltosi in data anteriore al suo scioglimento da parte del curatore fallimentare, quale che fosse il titolo fondante la sua detenzione da parte del promissario acquirente previsto in quel negozio, dovrebbe invero rientrare nella disponibilità del promittente alienante, e con riferimento alla data in cui l'effetto risolutivo ebbe a prodursi. La circostanza resta pertanto subordinata alla verifica demandata al giudice d'appello in relazione alla questione precedenti in precedenza trattata.

Resta assorbito l'esame del terzo motivo, con cui la ricorrente denuncia ancora vizio di motivazione in relazione a fatto controverso rappresentato dalla richiesta dell'equo indennizzo per la mancata disponibilità dell'immobile e di compensazione col credito della fallita per la restituzione della somma incamerata a titolo di caparra confirmatoria. Il rigetto è stato disposto dalla Corte del merito in ragione della gratuità della causa dell'asserito contratto di comodato - senza termine - e della insostituibilità della procedura di verifica fallimentare in relazione al credito addotto per equo indennizzo. Nulla si argomenta in ordine all'eccezione di compensazione. All'evidenza la definizione della questione è correlata e subordinata a quelle dedotte nelle precedenti censure.

Alla luce della precedenti considerazioni la decisione impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte d'appello di Napoli che provvedere altresì alla regolamentazione delle spese della presente fase di legittimità.

#### **P.Q.M.**

La Corte: accoglie i primi due motivi del ricorso e dichiara assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del presente giudizio, alla Corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 9 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 4 marzo 2013