



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Sezione 1^a civile

Udienza Pubblica del 17 maggio 2024

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. 5, r.g. n. 36032/2018

Rel. Cons. Vella

E.A. srl propose opposizione avverso il provvedimento del giudice delegato al Fallimento della E. 2000 spa, che aveva rigettato la sua domanda di rivendica e/o restituzione avente ad oggetto alcuni immobili siti in (omissis), trasferiti con l'atto di compravendita dell'11/6/2013.

Il Tribunale di (omissis), con decreto del 31/10/2018, ha accolto l'opposizione.

La curatela del fallimento ha proposto ricorso per la cassazione del decreto, affidandosi a due motivi. E.A. srl si è difesa depositando controricorso.

Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione ex art. 360 comma 1, n. 3 cpc degli artt. 45, 72 l.fall., 307 cpc, 2668, 2915, 2652 c.c., per avere il Tribunale errato nel dichiarare ammissibile e suscettibile di essere decisa nel merito in sede di insinuazione al passivo e di opposizione al passivo la domanda formulata dalla società intimata E.A. srl di rivendica di beni immobili e la presupposta domanda di risoluzione di atto pubblico recante trasferimento della proprietà dei cespiti alla società poi fallita, pur essendo intervenuta l'estinzione del giudizio ordinario di cognizione introdotto con citazione trascritta prima del fallimento ed essendo venuta meno l'efficacia della trascrizione.

Il motivo pone una questione di sicuro rilievo nomofilattico, sulla quale vi sono state differenti interpretazioni della Corte.

Secondo un primo orientamento solo le domande principali (prodromiche) di risoluzione contrattuale trascritte anteriormente alla dichiarazione di fallimento della parte convenuta in giudizio possono proseguire legittimamente con il rito ordinario, attesa l'opponibilità della relativa sentenza alla massa dei creditori in ragione dell'effetto prenotativo della trascrizione, mentre le pretese, accessorie, di restituzione e risarcimento del danno devono necessariamente procedere, previa separazione dalle

prime, nelle forme della L. Fall., art. 93 e ss., in quanto assoggettate alla regola del concorso e non suscettibili di sopravvivere in sede ordinaria (v. Cass. n. 3953-16).

In parziale dissonanza con questa decisione vi sono due identiche decisioni per cui, invece, la L. Fall., art. 72, comma 5, secondo periodo, postulerebbe - anche alla luce dei principi di specializzazione, concentrazione e speditezza sottesi alla L. Fall., artt. 24 e 52, nonché del contraddittorio incrociato tipico del procedimento di accertamento del passivo - che la domanda di risoluzione proposta prima della declaratoria fallimentare, se diretta in via esclusiva a far valere le conseguenziali pretese risarcitorie o restitutorie in sede concorsuale, non possa mai proseguire in sede di cognizione ordinaria, dovendo essere interamente proposta secondo il rito speciale disciplinato dalla L. Fall., art. 93 e ss. (Cass. n. 2990/2020; Cass. 2991/2020).

In sostanza la divergenza tra i due orientamenti rileva ove, come nel caso di specie, si tratti di domanda di risoluzione trascritta prima del fallimento, in relazione alla possibilità di prosecuzione del giudizio di risoluzione nella sede propria anziché, come affermato dall'indirizzo più recente, in quella di verifica dei crediti.

Del resto, il quinto comma dell'art. 72 l.fall. risolve sul piano normativo la questione dell'opponibilità della domanda di risoluzione (trascritta) al curatore, ma non indica espressamente il tipo di giudizio (ordinario ovvero di accertamento del passivo), secondo il quale deve proseguire la causa di risoluzione contrattuale.

Questione dalla cui risoluzione dipende la decisione della causa, posto che la curatela ha eccepito che la mancata riassunzione del giudizio interrotto in sede ordinaria avrebbe determinato, con l'estinzione del giudizio ex art. 307 cpc, anche la perdita di efficacia della trascrizione della domanda ai sensi dell'art. 2668 c.c.

Che la problematica presenti evidenti profili di incertezza è reso evidente da una recente decisione della corte (Cass. 17777/2023) concernente l'applicazione del Regolamento CE n. 1346 del 29.5.2000, relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliera.

La Corte, per enunciare, in motivazione, la regola che sarebbe stata applicabile secondo il diritto interno, richiama il precedente rappresentato da Cass. 2990/2020, arrivando però ad una conclusione con esso parzialmente dissonante ("Poiché nel caso di specie la domanda di risoluzione non era stata proposta dal creditore al solo fine di conseguire una condanna a contenuto risarcitorio e restitutorio, ma anche per ottenere la propria liberazione dagli obblighi assunti con il contratto di compravendita di cui è causa, il giudice di merito avrebbe dovuto comunque, anche in applicazione della norma di diritto interno, separare le pretese risarcitorie e restitutorie, affidate alla competenza del giudice fallimentare in applicazione della L. Fall., art. 24, dalla domanda di risoluzione del contratto per grave inadempimento della società venditrice, che avrebbe invece potuto e dovuto esaminare. Anche sulla base della norma fissata dal diritto nazionale, dunque, la soluzione adottata nel caso concreto dalla Corte distrettuale è erranea" Cass. 17777/2023).

Né elementi dirimenti a suffragio dell'una o dell'altra tesi possono essere tratti da Cass. ssuu 5694/2023 dato che in tale decisione da una parte si afferma che "coerentemente Cass. 3953/2016 ha precisato che, a loro volta e pur in un indirizzo più concessivo, "le pretese, accessorie, di restituzione e risarcimento del danno devono necessariamente procedere, previa separazione dalle prime (simulazione e risoluzione contrattuale già trascritte), nelle forme degli art. 93 e ss. l.fall., in quanto assoggettate alla regola del concorso e non suscettibili di sopravvivere in sede ordinaria" e dall'altra si sottolinea che l'oggetto della pronuncia (di accertamento del passivo) può abbracciare, oltre alle domande di condanna (incompatibili ex se alla formazione di un titolo in sede extraconcorsuale), anche quelle di accertamento e che però siano strettamente funzionali ad una successiva insinuazione al passivo (così, anche per "la domanda di risoluzione che costituisca antecedente logico-giuridico della domanda di risarcimento o restituzione", Cass. 2990/2020).

Incertezze interpretative che vanno contestualizzate considerando che il contrasto evidenziato tra le due pronunce rileva soltanto in caso di trascrizione della domanda in quanto, anche in base al primo degli orientamenti citati, è del tutto pacifico che deve essere sempre e comunque esaminata e decisa dal giudice fallimentare la domanda di risoluzione che, non trascritta, costituisca l'antecedente logico-giuridico della domanda di risarcimento o restituzione (così correttamente Cass. 5368/2022 e più di recente Cass. 25393/2023).

Questione che si pone nei medesimi termini con riferimento alle domande di risoluzione comunque quesite prima della dichiarazione di fallimento posto che il c. 5 dell'art. 72, equipara dal punto di vista degli effetti e quindi della competenza e del rito le domande di risoluzione, purché proposte anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

La predetta norma stabilisce, infatti che "l'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda". L'ultimo inciso della norma pone, infatti, una distinzione tra le azioni di risoluzione. Se, infatti, si tratta di domanda di risoluzione di contratti, aventi per oggetto contratti non soggetti a trascrizione, si considera promossa prima del fallimento l'azione della quale prima del fallimento sia stato notificato al convenuto l'atto di citazione o depositato in cancelleria il ricorso introduttivo. Se, al contrario, la domanda di risoluzione abbia ad oggetto contratti soggetti a trascrizione, sono promosse prima del fallimento le azioni, i cui atti introduttivi siano stati trascritti anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

E ciò in quanto l'azione di risoluzione produce effetti sostanziali immediati nei confronti del convenuto fin dall'inizio della sua pendenza, opponibili anche al curatore dopo la sua dichiarazione di fallimento in forza del richiamato art. 72 comma 5 l.fall.

Contrasto che presenta profili di analogia con quanto affermato dalla Corte in fattispecie simili, quali l'azione ex art. 2932 cc (Cass. 7547/2018 che richiamando Cass. 3953/2016 afferma che "Il Collegio ritiene di condividere questa impostazione

anche con riferimento alla domanda giudiziale trascritta di trasferimento immobiliare ex art. 2932 c.c., presentandosi la stessa di tratto omologo a quella di risoluzione di un preliminare di permuta”).

Si tratta quindi di questione già decisa in modo contrastato dalle sezioni semplici ed anche all'interno delle singole sezioni e che presenta profili di particolare importanza nomofilattica (Cass. Sez. II, 20/05/2011, n. 11185).

Per tale ragione si chiede la rimessione degli atti al Primo presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite della seguente questione: se la domanda di risoluzione proposta e trascritta prima della dichiarazione di fallimento, se diretta in via esclusiva a far valere le consequenziali pretese risarcitorie o restitutorie in sede fallimentare, possa proseguire legittimamente con il rito ordinario, mentre le pretese, accessorie, di restituzione e risarcimento del danno devono necessariamente procedere, previa separazione dalla prima, nelle forme della L. Fall., art. 93 e ss., ovvero debba essere interamente proposta secondo il rito speciale disciplinato dalla L. Fall., artt. 93 e ss..

In subordine si chiede il rigetto del motivo.

In primo luogo, va detto che per la soluzione della questione non può farsi riferimento alle norme del CCII.

Al riguardo, le Sezioni Unite hanno già avuto modo di osservare che, poiché il CCII è testo in generale non applicabile - per scelta del legislatore - alle procedure (come quella in esame) aperte anteriormente alla sua entrata in vigore (art. 390, comma 1, CCII), la pretesa di rinvenire in esso norme destinate a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare potrebbe essere ammessa se (e solo se) si potesse configurare - nello specifico segmento - un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro (così testualmente Cass. SU n. 12476 del 2020, punto IV della motivazione).

Criterio di nessuna utilità nel caso di specie essendo stato integralmente riprodotto, a livello dell'art. 172, quinto comma, di detto Codice, il disposto dell'art. 72, quinto comma, secondo periodo, l. fall.

A tal proposito non è stata quindi colta l'occasione offerta dall'art. 2, primo comma, lett. m), l. 19 ottobre 2017, n. 155 (delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza), recante la direttiva a «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi» della riforma, per riscrivere quella disciplina in modo da dirimere i contrasti ermeneutici che la stessa ha determinato sin dalla sua introduzione.

Dal punto di vista sistematico vi sono ragioni che militano a favore di entrambe le soluzioni anche se va privilegiata quella che prevede che il giudice fallimentare possa, anzi debba, conoscere anche dei diritti e poteri che si pongono in rapporto di pregiudizialità rispetto a quelli restitutori e/o risarcitori, con la possibilità, quindi, per il creditore, di formulare, in sede di domanda di insinuazione al passivo, anche un *petitum* di risoluzione contrattuale.

Il giudizio radicato davanti al giudice ordinario sulla domanda pregiudiziale resterebbe procedibile, senza, peraltro, che, in relazione allo sviluppo, che così si avrebbe, di due distinti e paralleli percorsi cognitivi vertenti sullo stesso tema, in sede, rispettivamente, ordinaria e fallimentare, si debba paventare il «rischio di conflitto tra giudicati, restando [questo] escluso per la diversa attitudine alla stabilità dei provvedimenti conclusivi dei rispettivi giudizi (il primo con autorità di giudicato ex art. 2909 cod. civ., il secondo con valenza endoconcorsuale ex art. 96, ult. co., legge fall.)» (Cass. n. 2990/2020 § 13.2).

A favore di una tale ricostruzione milita anche, *a contrario*, la dimostrazione delle conseguenze derivanti da soluzioni alternative che consentano di sfuggire alla necessità di quell'eccezione.

Le maggiori criticità derivanti dalla separazione dei giudizi si manifestano sotto un profilo centrale, che deve guidare la scelta dell'interprete: quello della tutela dei diritti di difesa del creditore insinuato e dei creditori concorrenti.

Invero se la domanda di ammissione al passivo per le restituzioni e/o il risarcimento del danno viene proposta, come accade solitamente, in pendenza del giudizio ordinario per la risoluzione il principio di tipicità delle ipotesi di ammissione condizionata al passivo impedisce di ammettere con riserva il credito restitutorio o condannatorio nell'attesa che, all'esito del giudizio di cognizione ordinaria, si formi il giudicato sulla pronuncia di risoluzione, non rientrando la fattispecie che ci occupa tra quelle previste dall'art. 96 comma 3 l.fall.

Con la conseguenza che per salvaguardare le ragioni del creditore si imporrebbe al giudice delegato di adottare l'unica possibile misura di raccordo col giudizio pregiudiziale di risoluzione già pendente, ovvero sia la sospensione del giudizio di accertamento del passivo per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.

A tal proposito va rammentato come la soluzione da adottare nel caso di specie, la sospensione ex art. 295 c.p.c., è stata ripetutamente dichiarata incompatibile con i principi che presiedono all'accertamento del passivo, anche alla luce della disciplina della legge fallimentare riformata ("Stante che la specialità ed esclusività del rito di accertamento del passivo disposta nella procedura fallimentare non contempla deroghe in punto di sospensione processuale, si deve ritenere che non può aver pregio la richiesta formulata da un creditore di sospendere ex art. 295 c.p.c. la procedura di verifica fallimentare sino al definitivo accertamento delle di lui pretese da parte del giudice extrafallimentare", in questi termini. Cass. n. 7547/2018; per medesime considerazioni Cass. 5255/2017).

Tale orientamento fa leva, in via segnata, sulla regola generale della c.d. specialità ed esclusività del rito di accertamento del passivo disposta nella procedura fallimentare, che non contempla deroghe in punto di sospensione processuale.

Con la conseguenza che il creditore dovrebbe attendere il rigetto della domanda d'insinuazione e il successivo avvio del giudizio di opposizione allo stato passivo, con tutte le incognite che allora ne deriverebbero quanto alla possibilità, per il creditore

opponente, di beneficiare dell'accantonamento della quota di riparto, in quanto legata, detta possibilità, all'incerta prospettiva delle misure cautelari di cui all'art. 113, primo comma, n. 2, l. fall.

Medesime considerazioni valgono per la tutela dei diritti dei creditori concorrenti

Come correttamente sottolineato da Cass. 2990/2020 lasciando proseguire nella sede ordinaria la domanda pregiudiziale di risoluzione, i creditori “si troverebbero costretti – come segnalato anche da accorta dottrina – a proporre contro la sentenza di eventuale accoglimento [di quella domanda], l'opposizione di terzo (ordinaria o revocatoria) ex artt. 404 cod. proc. civ. oppure l'accertamento in separato giudizio dei propri autonomi diritti».

Se tali rimedi consentono di ritenere suddetta interpretazione della norma esente da censure di contrarietà al dettato costituzionale è di tutta evidenza l'assoluta inidoneità di quegli strumenti ad assicurare un risultato di tutela equipollente a quello del contraddittorio incrociato nell'ambito del *simultaneus processus* di verifica del passivo fallimentare.

L'esclusività della verifica del passivo riposa sull'esigenza che ciascun creditore sia posto nella condizione di partecipare dialetticamente all'accertamento di ogni situazione soggettiva fatta valere in funzione dell'inserimento di un credito, proprio o altrui, nel passivo

Come autorevolmente rammentato dalle sezioni unite della Corte “sul piano della giustificazione in tema di diritti, la esclusività dell'accertamento del passivo riunisce pertanto l'aspirazione al concorso sostanziale (con la soddisfazione per i propri crediti sul ricavato delle liquidazioni) con gli oneri procedurali del concorso formale (sottoponendosi ciascuno al vaglio unitario dei propri titoli), così realizzandosi la *par condicio creditorum* e, in essa, il controllo reciproco e avanti allo stesso giudice (in processo simultaneo) sulle disuguaglianze di trattamento, priorità e specialità di statuto legalmente previste, combinandosi accertamento del credito e attitudine concorsuale di ogni pretesa insinuata” (Cass. ssuu 5694/2023).

Né infine, appare contraria a tale ricostruzione l'impianto argomentativo di Cass. 3953/2016, fondato, essenzialmente, sulla considerazione per cui assumere che l'attrazione al rito della verifica del passivo delle pretese restitutorie/risarcitorie fondate sulla risoluzione del contratto si estenda anche alla domanda diretta a produrre quell'effetto pregiudiziale, sarebbe soluzione gravemente lesiva del principio, direttamente presidiato a livello costituzionale e di convenzione europea dei diritti dell'uomo, della ragionevole durata del processo.

La ragione di ciò riposerebbe sul fatto che «la convenzione europea dei diritti dell'uomo - oltre che, poi, il sistema costituzionale (art. 111 Cost.) - ha annoverato tra i diritti fondamentali anche quello alla ragionevole durata del processo, e tale diritto suppone che le norme sulla trascrizione delle domande giudiziali non siano vulnerate da interpretazioni tese a compromettere la realizzazione piena e sollecita della tutela cui la parte postula di aver diritto secondo il diritto sostanziale presidiato», sicché “il

distinto principio della generalizzata attrazione nel rito speciale di verifica dei crediti delle domande principali dichiarative e costitutive ancorché già trascritte - comporta proprio un simile vulnus, in quanto imporrebbe l'implicita affermazione di improseguibilità nella sede ordinaria del giudizio di simulazione e di risoluzione contrattuale, come se la attrazione nel rito speciale della pretesa di accertamento del diritto restitutorio o del credito risarcitorio dovesse necessariamente estendersi anche a quelle domande. Con il che imporrebbe all'attore, inutilmente, di ricominciare tutto il giudizio d'accapo in sede fallimentare» (Così Cass. 3953/2016).

Come correttamente sottolineato dalla dottrina i tempi di celebrazione della verifica del passivo fallimentare sono, almeno di norma, sensibilmente più contratti rispetto ai giudizi ordinari e nulla osta al recupero in sede fallimentare del materiale istruttorio dianzi raccolto al cospetto del giudice ordinario.

Rilievi fatti propri da Cass. 2990/2020 che sottolinea la possibilità di compiere già dinanzi al giudice delegato «gli atti di istruzione compatibili con le esigenze di speditezza del procedimento» di cui all'art. 95, terzo comma, l. fall., per poi, del caso, procedere a un'istruttoria ulteriore nel quadro della successiva opposizione allo stato passivo (§ 12.2).

Può quindi ben dirsi che l'argomento sollevato da Cass. 3953/2016 costituisce, anzi, un sicuro punto a favore della tesi prospettata, anche considerando gli effetti dell'una o dell'altra scelta sulla durata della procedura in quanto, come autorevolmente rammentato dalle sezioni unite della Corte, "l'instaurazione di parentesi di cognizione esterne rispetto al modulo procedimentale concorsuale costituisce infatti uno dei fattori più significativi delle violazioni normative derivanti dall'eccessiva durata del processo (L. n. 89 del 2001)" (Cass. ssuu, 16508/2010).

Né, infine, tale interpretazione appare in contrasto con la diversa soluzione adottata dalla Corte con riferimento alla domanda giudiziale trascritta di trasferimento immobiliare ex art. 2932 c.c., per la quale la L. Fall., art. 72 non detta una regola processuale analoga a quella prevista per la domanda di risoluzione contrattuale.

Si è ben consci che questa interpretazione cozza con quella della dottrina maggioritaria che reputa non applicabile l'art. 34 c.p.c. nei procedimenti endoconcorsuali.

Vi sono valide ragioni per un ripensamento di tale posizione e quindi per il superamento di quell'interpretazione che ritiene sussistere un divieto generale di una cognizione incidentale a carattere costitutivo nell'ambito di tali procedimenti, dato che si dovrebbe tener conto della peculiare struttura giurisdizionale ormai assunta dall'accertamento del passivo, che si svolge nel pieno contraddittorio delle parti dinanzi ad un giudice terzo.

Invero, proprio nell'art. 72, quinto comma, l. fall. può rinvenirsi l'addentellato testuale idoneo ad alimentare quell'eccezione alla regola.

E ciò in quanto l'unico riferimento plausibile alla non meglio identificata «domanda» che, ai sensi del secondo periodo di cui la norma si compone, dev'essere proposta secondo le disposizioni di cui al Capo V, è che essa si identifichi con la «domanda» oggetto di trascrizione di cui è parola al precedente periodo: di talché è evidente che in tal caso quel che rileva è soltanto la domanda di risoluzione e non certo le istanze accessorie di natura restitutoria o risarcitoria.

Tra l'altro, una diversa lettura della norma la svuoterebbe di significato, rendendo del tutto superfluo il secondo periodo, non essendo mai stato messo in dubbio nel sistema concorsuale che - a fronte di una azione di risoluzione del contratto per inadempimento promossa prima del fallimento - ogni pretesa pecuniaria, risarcitoria o restitutoria debba comunque essere fatta valere in sede concorsuale (cfr. in questi termini Cass. 2990/2020. Il principio del concorso formale sulle pretese restitutorie o risarcitorie derivanti dalla domanda di risoluzione contrattuale proposta prima della dichiarazione di fallimento, non ammette distinzioni o deroghe in base ai presupposti di quest'ultima, sia essa di natura dichiarativa, in presenza di clausola risolutiva espressa ex articolo 1456 c.c., o costitutiva, per inadempimento colposo ex articolo 1453 c.c. (cfr. Cass. 10294/2018)).

Pronuncia di risoluzione che non potrebbe che avere effetti esclusivamente endoconcorsuali, non conoscendo la legge fallimentare decisioni sull'accertamento del passivo con rilevanza di giudicato esterno, a differenza di quel che accade nelle fattispecie disciplinate dal CCII che attribuisce efficacia di giudicato alle decisioni che attengono alle domande di rivendicazione e restituzione di beni immobili.

In definitiva in caso di interruzione L. Fall., ex articolo 43 del giudizio ordinario di cognizione nel quale siano state proposte domande risarcitorie o restitutorie derivanti da risoluzione per inadempimento contrattuale, il contraente in bonis, in forza della L. Fall., articolo 72, comma 5, secondo periodo, deve riassumere detto giudizio davanti al giudice delegato, secondo il rito dell'accertamento del passivo. Ciò in quanto il giudice fallimentare può conoscere anche dei petita che si pongono in rapporto di pregiudizialità con l'insinuazione al passivo (Cass. 15982/2018; Cass. 20350/2005), ove necessario procedendo anche ad un accertamento di natura costitutiva, comunque destinato a restare confinato in ambito endofallimentare. Nulla osta, quindi, alla riproposizione con il ricorso L. Fall., ex articoli 93 o 101 di un petitum di risoluzione contrattuale originariamente formulato nell'atto introduttivo di un giudizio ordinario di cognizione.

Trasferimento dell'azione in sede fallimentare che deve avvenire con un atto di riassunzione al fine di conservare gli effetti della domanda giudiziale svolta in sede ordinaria, non potendosi ritenere che alla parte possano derivare pregiudizi di natura sostanziale a causa delle diversità formale dei modelli processuali.

A tal proposito va infine sottolineato che se si vuole ottenere il risultato di trascinare gli effetti della domanda svolta in sede ordinaria nel rispetto delle regole processuali, l'unica soluzione è quella di ritenere che il creditore debba riassumere il processo davanti al giudice delegato entro tre mesi dall'interruzione (rectius dalla dichiarazione

giudiziale di interruzione del processo e nello specifico da quando questa viene portata a conoscenza di ciascuna parte secondo quanto statuito da Cass su 12154/2021).

Orbene nel caso di specie è incontestato che E.A. srl conveniva in giudizio E. 2000 spa chiedendo la risoluzione del contratto di compravendita per inadempimento o avveramento della condizione risolutiva con annessi effetti restitutori; che la domanda veniva regolarmente trascritta e che il giudizio veniva interrotto a seguito della dichiarazione di fallimento di E. 2000 spa e tempestivamente riassunto nelle forme dell'insinuazione al passivo.

Si chiede quindi il rigetto del primo motivo del ricorso con l'affermazione del seguente principio di diritto: in caso di interruzione L. Fall., ex articolo 43 del giudizio ordinario di cognizione nel quale sia stata proposta una domanda di risoluzione al fine di conseguire una condanna a contenuto risarcitorio e restitutorio, il contraente in bonis, in forza della L. Fall., articolo 72, comma 5, secondo periodo, deve riassumere l'intero giudizio davanti al giudice delegato, con domanda di insinuazione al passivo del credito restitutorio e/o risarcitorio previo accertamento incidentale della fondatezza della presupposta domanda di risoluzione. Trasferimento dell'azione in sede fallimentare che deve avvenire con un atto riassuntivo entro il termine di tre mesi dall'interruzione del giudizio ordinario al fine di conservare gli effetti della domanda giudiziale svolta in sede ordinaria.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione ex art. 360 comma 1, n. 3 cpc dell'art. 45 l.fall. nella parte in cui il tribunale ha ritenuto applicabile ed opponibile al fallimento la scrittura privata del 24.5.2013 e con essa le clausole non riprodotte nel definitivo di compravendita.

La censura è incentrata sulla mancata trascrizione della scrittura privata che renderebbe la stessa inopponibile al fallimento ex art. 45 l.fall.

L'opponibilità della scrittura privata risponde al generale principio per cui ai fini dell'insinuazione allo stato passivo, la data certa ex art. 2704 c.c. assume rilevanza per dimostrare l'anteriorità della scrittura privata rispetto alla dichiarazione di fallimento di uno dei suoi autori, ai soli fini della sua opponibilità alla procedura concorsuale (ex multis Cass. 1520/2021), a nulla rilevando la mancata trascrizione rilevante ai diversi fini di cui all'art. 45 l.fall.

La scrittura privata è stata utilizzata dal tribunale, unitamente al contratto di compravendita, al verbale di assemblea del 16 maggio 2012, al verbale del cda del 16 maggio 2013 per ritenere ed accertare che le parti, attraverso quella serie di atti collegati tra loro, avessero effettivamente avuto l'intenzione di porre in essere un'operazione unitaria "finalizzata a far acquisire quote sociali della società poi fallita in capo alla società opponente reperendo la liquidità attraverso la vendita degli immobili di proprietà dell'opponente" subordinando il trasferimento degli immobili alla concessione del mutuo, "...la mancata concessione del mutuo era una condizione risolutiva degli effetti dell'accordo" (pagina 4 del decreto).

Interpretazione che, secondo il tribunale, aveva trovato un preciso riscontro nell'atto di successivo ritrasferimento di parte degli immobili in data 17 aprile 2014.

In particolare, i comportamenti successivi delle parti, che volontariamente hanno proceduto alla retrocessione di parte dei beni a seguito del mancato avveramento della condizione, sono stati valutati non già per ricavare direttamente da essi la fonte di obbligazioni integrative, bensì per leggere la relazione in concreto determinatasi tra le clausole della scrittura privata e le clausole del contratto definitivo. E ciò nel rispetto del principio secondo cui, in tema di interpretazione del contratto, i comportamenti complessivi delle parti, anche posteriori alla conclusione del contratto, hanno funzione ermeneutica e non già integrativa del patto, in quanto per il loro tramite l'interprete, senza limitarsi al senso letterale delle parole, giunge a determinare la comune intenzione delle medesime al momento della stipula e, quindi, la sostanza stessa dell'accordo, ma non integra la volontà pattizia con elementi ad essa estranei (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 6053 del 26/03/2004).

Ricostruzione che non è stata censurata con riferimento all'eventuale violazione delle regole ermeneutiche del contratto, riportando il ricorso esclusivamente un richiamo ad alcune decisioni della corte relative al rapporto tra preliminare e definitivo.

In definitiva non è stato sindacato sotto il profilo della violazione degli artt. 1362 ss c.c., il ragionamento, debitamente motivato, del Tribunale, che dall'esame complessivo degli atti e dalla prova del valore cogente attribuito dalle parti in fase esecutiva ad una clausola contemplata nella scrittura privata e non ripresa nel contratto di compravendita ha arguito che la stessa fosse sopravvissuta, non essendo stato neppure dedotto alcun omesso esame incidente sulla motivazione.

p.q.m.

Il P.M. chiede

La rimessione della causa al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni unite sul quesito di cui in narrativa. In subordine il rigetto del ricorso.

Roma, 26 aprile 2024.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**