

CORTE DI APPELLO DI FIRENZE

ATTO DI CITAZIONE IN APPELLO

Per: Curatela del Fallimento Biemme Costruzioni s.n.c. di Bardi e Milani, in persona del Curatore Rag. Daniele Moretti (MRTDNL60R25G716E), con studio in Grosseto, Via D. Chiesa n.56, per nomina del Tribunale di Grosseto con sentenza del 5.12.2002, in forza di decreto autorizzativo del G.D. del 15.01.2009 (doc. n.1), per delega in calce al presente rappresentato e difeso dall'Avv. Claudio Marconi del Foro di Grosseto, con domicilio eletto in Firenze, Via Nino Bixio n.4, presso lo studio dell'Avv. Paolo Fidolini;

Contro: FALZEA BRUNO (FLZBRN56B08H224A), elettivamente domiciliato presso lo studio del difensore Avv. Marco Carollo, con studio in Grosseto, Strada Ginori n.26;

COPIA DA NOTIFICARE

e nei confronti di: GIORGIO PELLEGRINI s.a.s., elettivamente domiciliata in Grosseto, Vicolo del Duomo n.3, presso lo studio dell'Avv. Alessandro Antichi, terza chiamata in causa.

avverso e per l'impugnazione della sentenza del Tribunale Civile di Grosseto, n. 817/2008 del 27.04.2008, depositata in Cancelleria il 06.10.2008, notificata in data 30.12.2008 (doc. n.2)

Svolgimento del processo

Con l'atto di citazione notificato in data 17.07.1997, l'attore instaurava un giudizio civile avanti il Pretore di Grosseto contro la Biemme Costruzioni s.n.c. di Bardi & Milani, chiedendo, l'accoglimento delle seguenti conclusioni: "Piaccia all'Ill.mo Sig Pretore di Grosseto, ogni contraria istanza disattesa e reietta, per le causali tutte dedotte,

condannare la Biemme Costruzioni s.n.c. di Bardi & Milani, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento, in favore del sig. Falzea Bruno, della somma di £.8.000.000 (Euro 4.131,66) salvo il più o il meno di giustizia, a titolo di spese per l'eliminazione dei vizi d'opera per cui è causa, oltre al risarcimento dei danni subiti dall'attore ex art.1668 c.c., nella misura che verrà ritenuta di giustizia. Il tutto entro il limite massimo di competenza del Giudice adito. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa".

Costituitasi in giudizio la società convenuta chiedeva ed otteneva di chiamare in causa la Giorgio Pellegrini s.a.s. dalla quale pretendeva di essere garantita.

Costituitasi, altresì, la terza chiamata, la causa veniva istruita, venendo espletate prove per testi e CTU, sino alla udienza del 4.10.2001 allorché veniva dichiarata interrotta una prima volta ex art. 301 c.p.c.

Una volta riassunta, all'udienza del 21.3.03 la causa veniva nuovamente dichiarata interrotta per intervenuto fallimento della Biemme Costruzioni snc (dichiarato dal Tribunale di Grosseto con sentenza del 5.12.2002).

Alla curatela veniva pertanto fatta notificare istanza ex art.303 c.p.c. per la prosecuzione del giudizio, recante in calce il provvedimento di fissazione dell'udienza del 9.12.03, rinviata d'ufficio al 19.12.03.

Previa autorizzazione del Giudice Delegato ai Fallimenti del Tribunale di Grosseto si costituiva pertanto in giudizio la curatela del fallimento che insisteva per la reiezione delle domande attrici, facendo rilevare che la domanda volta ad ottenere la condanna della Curatela era affetta da improcedibilità non potendo la procedura subire condanna a fare o pagare alcunché all'attore, e dunque dovendosi seguire il

predeterminato iter di ammissione dei crediti al passivo fallimentare, stante, ove la domanda non fosse stata mantenuta nell'ambito del mero accertamento, la sopravvenuta incompetenza del giudice adito prima della dichiarazione di fallimento, nonché l'infondatezza nel merito non essendo applicabili alla fattispecie né le norme di cui all'art. 1668 c.c. non trattandosi di appalto, né quelle di cui agli art. 1490 e segg. c.c. applicabili solo alla ai vizi della cosa venduta, essendo il Falzea al momento del promuovimento dell'azione mero promittente l'acquisto.

All'udienza del 14.01.2005 per il Falzea si costituiva l'Avv. Marco Crollo in sostituzione del precedente difensore, con memoria difensiva recante a margine procura con elezione di nuovo domicilio; il Giudice ammetteva, su richiesta dell'attore, la prosecuzione della prova per l'escussione dei testi già in precedenza ammessi ed all'udienza dell'8.04.2005 venivano così sentiti i signori Mario Martini, Raffaele Iavarone, Antonio Sacco, Alfio Martucci e Vittorio Biagetti; alla udienza del 10.06.2005 deponeva il teste Massimo Sanna, mentre all'udienza del 18.11.2005 il Geom. Mauro Cocco ed all'udienza del 27.1.2006 la sig.ra Galati Silvia. All'udienza del 21.4.2006 veniva fatto presente da parte attrice che si potevano acquisire gli atti della causa R.G. nr.831/2002 nella quale la Biemme Costruzioni, cui era poi succeduta la Curatela fallimentare, aveva convenuto la Pellegrini Giorgio s.a.s. ottenendone la condanna per la fornitura di parquet tarlato.

All'udienza del 20.10.2006 il Giudice ammetteva la produzione dei documenti in questione a seguito di istanza ex art.184 bis c.p.c. e all'udienza del 9.2.2007 si dava atto della impossibilità di addivenire ad una conciliazione.

Pertanto all'udienza del 18.05.2007 le parti precisavano le conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione.

Con la sentenza che qui si impugna il Tribunale di Grosseto, in persona del G.O.T. Dr.ssa Passavanti, così decideva: *"Il Giudice, sulla domanda di cui al ricorso depositato da Falzea Bruno nei confronti BIEMME Costruzioni s.n.c., così provvede: - Accoglie la domanda attorea; - Condanna la Curatela fallimentare della Biemme Costruzioni snc a corrispondere al sig. Falzea Bruno la somma totale di € 5.000,00 più interessi e rivalutazioni dalla data del fatto e fino al saldo; - le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 9853,50 per diritti, € 5000,00 per onorari, oltre rimborso forfettario spese generali, IVA e CAP come per legge"*.

Tanto premesso si chiede la riforma della sentenza di cui in epigrafe che con il presente atto si impugna per i seguenti

M O T I V I

- 1) Omessa pronuncia sulla eccezione di incompetenza funzionale, sulla improcedibilità del giudizio ed inammissibilità della domanda di condanna svolta nei confronti della procedura fallimentare; nullità della sentenza;**
- 2) Vizio di extra petita, per aver il giudice a quo mutato causa petendi e petitum della domanda attrice; nullità della sentenza**
- 3) Infondatezza della domanda nel merito per carenza del titolo presupposto;**
- 4) Eccessiva, erronea e non motivata liquidazione delle spese di causa.**

Prima di procedere all'esame dei motivi di impugnazione sopra elencati, non ci si può esimere dal far osservare che nella premessa della sentenza de quo:

a) non si fa menzione del mutamento di difensore e domicilio dell'attore;

b) né della costituzione della Curatela del Fallimento e delle conclusioni da questa prese che risultano totalmente ignorate; per cui convenuta appare sempre la società BM Costruzioni, in persona del suo legale rappresentante, con domicilio eletto presso il difensore deceduto in corso di causa;

c) viene omesso qualunque riferimento alla terza chiamata di cui non vengono neppure riportate le conclusioni;

d) come oggetto della causa viene indicato soltanto 'risarcimento danni' omettendosi qualsiasi riferimento alla domanda principale (nell'assunto attoreo il pagamento somma ex art. 1668 c.c.);

e) sono poi errate le conclusioni dell'attore che infatti non sono quelle riportate in sentenza (*"Voglia il Giudice condannare la Biemme Costruzioni s.n.c., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore del sig. Falzea Bruno della somma di £. 8.000.000, salvo il più o il meno di giustizia, oltre al risarcimento del danno nella misura ritenuta di giustizia"*).

E ciò malgrado il G.O.T. avesse tre diverse possibilità potendo scegliere tra:

- quelle rassegnate nell'atto di citazione: *"Piaccia all'Ill.mo Sig. Pretore di Grosseto, ogni contraria istanza disattesa e reietta, per le causali tutte dedotte, condannare la Biemme Costruzioni di Milani e Bardi s.n.c., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, al*

pagamento, in favore del sig. Falzea Bruno, della somma di £. 8.000.000, salvo il più o il meno di giustizia, a titolo di spese per l'eliminazione dei vizi d'opera per cui è causa, oltre al risarcimento dei danni subiti dall'attore ex art. 1668 c.c. nella misura che verrà ritenuta di giustizia. Il tutto entro il limite massimo di competenza del Giudice adito".

- quelle di cui al ricorso ex art. 303 c.p.c.: "Piaccia all'ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis, per le causali di cui in premessa, condannare la Biemme Costruzioni di Milani e Bardi s.n.c. in fallimento, in persona del curatore, Rag. Daniele Moretti, al pagamento in favore di Falzea Bruno della somma di 4131,66 euro, salvo il più o il meno di giustizia, a titolo di spese per l'eliminazione dei vizi d'opera per cui è causa, oltre il risarcimento dei danni subiti dall'attore ex art. 1668 c.c., nella misura che verrà ritenuta di giustizia. Il tutto entro il limite di competenza del Giudice adito."

e quelle infine rassegnate all'udienza di precisazione delle conclusioni il 18.5.2007: "Piaccia all'Ill.mo Tribunale di Grosseto, ogni contraria istanza disattesa e reietta, per le causali tutte dedotte, condannare la Biemme Costruzioni di Milani e Bardi s.n.c., in persona del suo legale rappresentante, oggi Curatela del Fallimento Biemme Costruzioni s.n.c. al pagamento, in favore del sig. Bruno Falzea, della somma di £ 8.000.000, salvo il più o il meno di giustizia, a titolo di spese per l'eliminazione dei vizi d'opera per cui é causa, oltre al risarcimento dei danni subiti dall'attore ex art. 1668 c.c., nella misura che verrà ritenuta di giustizia. Il tutto entro il limite massimo di competenza del Giudice adito. Con reiezione di tutte le domande avversarie perché infondate".

E' utile anche notare riguardo alla precisazione delle conclusioni dell'attore che l'unica costante, oltre alla domanda sulle spese di causa, è il richiamo alla norma dell'art. 1668 c.c. con particolare e ripetuto riferimento alla "eliminazione dei vizi d'opera".

Alquanto singolare è poi il contenimento della domanda nel limite massimo della competenza del Tribunale, oltre al salto del conio (da £ire ad Euro e poi di nuovo a £ire).

E definitiva, malgrado la questione sia stata dibattuta ed approfondita, è anche poi la scelta di mantenere ferma, dopo la interruzione dovuta al fallimento, anche la domanda di condanna della curatela a pagare all'attore.

Passando all'esame dei motivi di impugnazione come sopra elencati deve dirsi quanto a:

1) Omessa pronuncia sulla eccezione di incompetenza funzionale del giudice a quo, sulla improcedibilità del giudizio ed inammissibilità della domanda di condanna svolta nei confronti della procedura fallimentare; nullità della sentenza.

Come detto il giudice di prime cure non si pronuncia sulle conclusioni rassegnate dalla curatela: con ciò omettendo di rilevare la propria incompetenza funzionale, nonché la improcedibilità del giudizio e la inammissibilità della domanda di condanna della curatela a pagare.

E ciò malgrado le rassegnate conclusioni di questa difesa e malgrado sin dalla memoria di costituzione su questo aspetto sia stata richiamata l'attenzione del giudicante.

La speciale procedura di verifica dello stato passivo va seguita anche quando il fallimento del convenuto intervenga nel corso del

giudizio di accertamento del credito; in tal caso il giudizio in corso si rende improcedibile nei confronti del curatore e privo di risultati efficaci rispetto al fallimento. Non è possibile la riassunzione, nelle forme ordinarie nei confronti del curatore, del giudizio ordinario al primo grado in seguito al fallimento sopravvenuto del debitore; nel caso la riassunzione venga effettuata, la domanda relativa è improcedibile e l'eventuale sentenza nulla (Cass. Civ. n.3163/1972).

Sussiste infatti la competenza del tribunale fallimentare sia quando la pretesa creditoria è fatta valere direttamente nel concorso, sia quando la domanda costituisca la premessa ed il mezzo attraverso il quale si intende ottenere il riconoscimento dell'obbligazione vantata nello stato passivo fallimentare, trovando deroga a siffatta competenza solo quando l'intenzione del creditore di perseguire il fallito solo al suo rientro in bonis - e quindi di non avanzare richiesta di sorta nei confronti del fallimento - sia stata chiaramente espressa (Cass. Civ. n.11038/1991).

Anche ove si volesse invece aderire alla dottrina minoritaria secondo cui si escludono dalla competenza del tribunale le azioni iniziate prima della pronuncia di dissesto nelle quali il curatore si sostituisce al fallito, la domanda andava comunque respinta in quanto non limitata al mero accertamento nei confronti della curatela.

Infatti anche per tale orientamento si ritiene che il creditore che non voglia riproporre la sua domanda nella sede e con le forme processuali imposte dalla legge fallimentare, ha la mera facoltà di procedere alla riassunzione nei confronti del curatore soltanto se intenda precostituirsi un titolo da far valere nei confronti del fallito tornato in bonis, posto che tale prosecuzione non può avere effetto nei confronti della massa.

"La verifica dell'effettività dei crediti vantati verso la massa fallimentare può essere effettuata solo in ambito endofallimentare, costituendo il divieto di domande di condanna nei confronti delle procedure concorsuali un principio cardine su cui si fonda l'intero diritto concorsuale, come può evincersi dagli artt. 51 e 52 l.fall., atteso che l'inammissibilità dell'azione esecutiva individuale consegue all'inammissibilità della sentenza di condanna, che all'esecuzione forzata è funzionale" (Trib. Bari, sez. IV, 3.4.2008. n.853).

"Se il processo viene dichiarato interrotto a causa del fallimento del convenuto, l'attore non può riassumerlo nei confronti della curatela, perché qualsiasi domanda nei confronti di essa va proposta nelle forme della procedura fallimentare, né può coltivare la domanda (ivi compresa quella di accertamento) di condanna nei confronti del fallito, perché si tradurrebbe in una violazione della par condicio creditorum. All'attore, di conseguenza, è consentito unicamente riassumere il giudizio nei confronti del fallito ma al solo fine ottenere nei suoi confronti un titolo esecutivo da far valere dopo la cessazione della procedura concorsuale, nell'ipotesi di ritorno 'in bonis' del convenuto" (Trib. Roma, 23.1.2004, S. contro Fall. Soc. Lena Immob.).

La Corte dovrà pertanto dichiarare la nullità della sentenza essendo stata la causa riassunta nei confronti della procedura fallimentare avanti a giudice funzionalmente incompetente, o comunque riformarla in accoglimento della eccezione di improcedibilità e/o inammissibilità della domanda svolta dall'attore nei confronti della curatela.

Né la sentenza de qua può sul punto lasciare dubbi di sorta posto che si legge a motivazione e presupposto della condanna della Curatela

fallimentare della Biemme Costruzioni snc a pagare all'attore la somma totale di Euro 5.000,00 che *"Quest'ultima è, quindi, unica responsabile per il danno subito dall'attore avendo posto in opera male del materiale difettoso"* (con evidente confusione tra soggetti diversi perché la curatela che viene condannata a pagare non ha posto in opera alcunché).

E tale motivazione trova seguito nel dispositivo ove la condanna della curatela viene esplicitata nella corresponsione al sig. Falzea della somma che, rispetto alle domandate Lire 8.000.000, si stabilisce in *"Euro 5.000, più interessi e rivalutazioni"* (sic!). Incidentalmente non ci si può esimere dal rilevare che le "rivalutazioni", come le chiama il Giudice a quo, non possono essere riconosciute all'attore posto che non sono neppure state domandate (è infatti pacifico che per tale posta di danno occorra una specifica domanda; senza dire che occorrerebbe anche che tale pretesa risarcitoria resti provata).

In via gradata si chiede la riforma della impugnata sentenza per i seguenti ulteriori motivi:

2) vizio di extra petita, per aver il giudice a quo mutato causa petendi e petitum della domanda attrice; nullità della sentenza

3) infondatezza della domanda nel merito per carenza del titolo presupposto;

La domanda di condanna proposta contro la curatela è stata accolta sostanzialmente dal giudice a quo secondo prospettazioni ed assunti giuridici che solo apparentemente sono quelli di parte attrice.

Si legge infatti nella stringata motivazione:

1. "Per quanto concerne l'eccezione di parte convenuta si deve ritenere che la firma del preliminare di vendita sia sufficiente per qualificare la legittimazione attiva dell'attore e che, al momento dell'avvio della procedura, non erano decorsi i termini di prescrizione e decadenza".

L'uso di questi due termini (prescrizione e decadenza) sembrerebbe persuadere del fatto che il G.O.T. abbia aderito alle tesi di parte attrice che, come risulta dalle diversificate conclusioni sopra riportate, ha insistito nel fondare le proprie domande sulle norme del contratto di appalto, chiedendo in forza dell'espressamente richiamato art. 1668 c.c. il pagamento di una somma "a titolo di spese per la eliminazione dei vizi d'opera" "oltre al risarcimento del danno".

Se non fosse che quale condizione sufficiente a legittimare l'attore ad agire per ottenere la condanna della curatela, invece della invocata tutela prevista dalle norme sull'appalto (nei limiti di cui appena sopra), il giudice a quo ritiene sufficiente "la firma del preliminare di vendita".

E dunque: mentre per l'attore causa petendi e petitum trovano riferimento in un contratto d'appalto e nella sua disciplina (eliminazione dei vizi, e/o difformità, per equivalente) per il giudice a quo l'obbligazione gravante sulla società convenuta (e dunque, per quanto già detto, direttamente sulla curatela fallimentare) è riferibile al contratto preliminare malgrado questo sia un negozio ad effetti obbligatori, e dunque non possa avere come riferimento neppure le norme di cui agli artt. 1490 e segg. c.c.

Il punto è poi meglio esplicitato dal primo giudice nel successivo capoverso della motivazione:

2. "Per quanto concerne il merito si deve ritenere che la domanda attorea è fondata e deve essere accolta. Ciò si evince dalle numerose

testimonianze le quali confermano anche l'esistenza di un accordo extracapitolato, cosa, peraltro, mai confutata dalla ditta convenuta. Altresì la perizia depositata dal CTU conferma i danni subiti dall'attore".

E dunque "anche l'esistenza di un accordo extracapitolato" conferma per il giudice quanto al primo capoverso della motivazione e cioè che la domanda ed il suo accoglimento hanno come unico presupposto il contratto preliminare.

Tale decisione è ingiusta ed errata, e destituita di fondamento giuridico è la tesi che ne vuole essere il presupposto.

E dunque la sentenza dovrà essere riformata in punto de qua posto che è certo e non contestato in causa che il sig. Falzea al momento dell'introduzione del presente giudizio aveva soltanto firmato un contratto preliminare di vendita di cosa futura, come tale produttivo pertanto di semplici effetti obbligatori futuri (Cass. Civ. n.4888/2007).

Ciò consente di superare tanto l'assunto di parte attrice quanto la prospettazione data dal giudice alla vertenza nella motivazione della impugnata sentenza.

Infatti: la domanda proposta non poteva essere quella di cui all'art. 1668 c.c. non avendo l'attore titolo che a ciò lo legittimasse (come fin dalla fase pretorile ebbe a sostenere il difensore della società convenuta). E tra l'altro non può esservi equivoco sull'azione proposta dal Falzea e non solo per il riferimento espresso alla norma citata, ma anche per aver chiesto l'eliminazione dei vizi a spese dell'appaltatore e non la diminuzione del prezzo (che nella prospettazione dell'attore sarebbe stato quello dell'appalto).

Ma anche per la tesi cui esplicitamente si riferisce il giudice a quo con il riferimento al contratto preliminare, e che per ciò sostanzialmente perviene ad una diversa qualificazione giuridica della fattispecie, la domanda non poteva trovare accoglimento posto che alla controversia non sono applicabili neppure le norme di cui agli artt. 1490 e segg. c.c. che presuppongono pur sempre la conclusione di un contratto definitivo (Cass. Civ. n.16969/2005).

E dunque la domanda così come formulata dall'attore deve essere respinta posto che nella fattispecie tra le parti non è mai intercorso un contratto di appalto ma solo un accordo per la fornitura di materiali più costosi che appunto comportavano un aumento del prezzo concordato o da stabilire secondo il ridetto preliminare.

Ciò è tanto vero che controparte lo ammette più e più volte nei propri scritti difensivi (si veda ad es. pag. n.1 della comparsa conclusionale avversaria: *"La domanda originava dalla circostanza che nell'immobile che il Falzea aveva acquistato (rectius: promesso di acquistare) in virtù di contratto preliminare stipulato con la ditta costruttrice convenuta, si erano manifestati vizi ed ammaloramenti, attinenti sia ad opere previste in progetto che ad opere realizzate fuori capitolato e pagate dal promissario. In particolare, l'attore rilevava: 1) la posa in opera, in tre locali dell'immobile, di parquet di terza scelta aggredito dai tarli; 2) la difformità e le errate dimensioni dei rivestimenti del vano cucina, in cui era altresì evidente l'errata posa di alcune piastrelle del pavimento; 3) il manifestarsi di alcune gravi crepe nelle camere da letto e nel soggiorno"*).

Per cui l'obbligazione cui sarebbe divenuta inadempiente la BM Costruzioni (anche e proprio in riferimento ai vizi e difformità

denunciati, di cui appena detto), come espressamente riportato in motivazione dal giudice a quo, aveva quale fonte solo e soltanto il contratto preliminare, per cui detto inadempimento avrebbe dovuto pur sempre essere messo in relazione a prestazioni riconducibili a detto negozio.

Né i maggiori oneri di cui il Falzea dice di essersi fatto carico possono essere altro che un aumento del prezzo pattuito nel preliminare per la posa di parquet (invece della pavimentazione prevista in capitolato): e dunque non è dato comprendere come per ciò e solo per ciò possa essere stato concluso un nuovo contratto di appalto.

Ciò è ancora più evidente per i vizi dell'opera (rivestimenti difformi o mal posati), posto che la società costruttrice, promittente venditrice, era certamente obbligata all'esecuzione di dette opere in forza del preliminare. Conseguente che la domanda doveva essere quella volta ad ottenere una riduzione del corrispettivo pattuito in detto negozio nella misura necessaria alla eliminazione dei vizi o difformità.

E questo peraltro nell'ambito della domanda già proposta dallo stesso Falzea ex art. 2932 c.c. (il cui atto di citazione venne notificato dal medesimo Falzea nel maggio 1994: il relativo giudizio è tuttora pendente in secondo grado avanti questa stessa Corte).

Del resto poi, diversamente opinando, e senza volerci addentrare in ipotesi di illiceità del presunto contratto di appalto per violazione delle norme tributarie, ove davvero si ritenesse applicabile la normativa di cui all'art. 1668 c.c., la reiezione della domanda sarebbe comunque inevitabile posto che è del tutto mancata la prova degli elementi costitutivi di tale negozio (i testi tutti si sono espressi semplicemente in termini di migliorie rispetto al capitolato e dunque al contratto

preliminare) e per la verità è mancata anche la prova del pagamento del corrispettivo, posto che in nessun conto possono essere tenute le dichiarazioni (peraltro vaghe e generiche) dei testi de relato actoris e nessun valore probatorio può avere la circostanza che l'attore abbia emesso, con girata a sé stesso, un assegno bancario di importo simile al costo delle migliorie da lui richieste al costruttore.

Tra l'altro dell'insufficienza delle prove raccolte al riguardo appare persuasa persino controparte che asserisce sul punto essere stata raggiunta la prova "quantomeno in via indiziaria" (v. pag. n.12 della comparsa conclusionale attrice) (nel giudizio civile esistono prove e presunzioni previste e disciplinate dalla legge, e non altro).

E si deve solo aggiungere che la Curatela ha resistito in questa causa proprio per questa ragione: non si comprende infatti come il Curatore avrebbe potuto restituire alcunché al Falzea in assenza di prova certa del pagamento alla società fallita di somme non contabilizzate.

Errato, infondato e non provato dunque era l'assunto attoreo, ma errata è anche la decisione presa nella impugnata sentenza posto che se la richiesta di migliorie, ed il presunto pagamento di somme ulteriori rispetto a quanto pattuito in preliminare e dunque in capitolato, ed anche i lamentati vizi dell'opera sono riconducibili (e di fatto espressamente ricondotti dal giudicante) al rapporto obbligatorio principale ed unico e cioè appunto al contratto preliminare (come detto si chiede conto al costruttore infatti soltanto di un aumento di prezzo rispetto al capitolato e si lamenta la cattiva esecuzione delle opere cui la società costruttrice era obbligata solo in forza del medesimo negozio

ad effetti obbligatori) non si può pervenire ad alcuna condanna della convenuta, perché così facendo si muta titolo e petitum dell'azione.

Del resto se è certo che il contratto preliminare ha per oggetto non un dare ma un 'facere' (l'obbligo di concludere un contratto successivo e definitivo di compravendita) è sicuro che il promissario acquirente di un immobile da costruire, ove realizzato con vizi e difformità, può esperire l'azione di accertamento dei vizi e difformità, con condanna del promittente venditore alla loro eliminazione per equivalente (mediante riduzione del prezzo di acquisto dovutogli o obbligo di corrispondere la spesa necessaria) solo cumulativamente e contestualmente all'azione di adempimento in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo. Ma non prima, presupponendo la tutela prevista dagli artt. 1490 e 1497 c.c. (garanzia per i vizi e la mancanza di qualità della cosa venduta) la conclusione del contratto definitivo e mai un contratto preliminare (esattamente in termini si veda la più volte richiamata giurisprudenza della Suprema Corte).

Diversa era dunque la domanda che doveva essere proposta dall'attore, diverso era l'onere probatorio su di lui gravante, diverse erano le conclusioni cui doveva pervenire il giudicante: e cioè la reiezione di quelle proposte in questa sede.

La sentenza impugnata dovrà pertanto essere riformata risultando affetta da vizio di extra petizione avendo il giudice a quo posto a fondamento della decisione il contratto preliminare di vendita di cosa futura anziché il contratto di appalto invocato dall'attore, ed avendo emesso condanna al pagamento di danni per inadempimento della curatela (*"unica responsabile per il danno subito dall'attore"*) anziché

quella richiesta per la eliminazione dei vizi d'opera ex art. 1668 c.c. (come domandato ex parte actoris).

La domanda doveva essere comunque respinta nel merito per carenza del titolo dedotto da controparte e comunque per essere mancata qualunque prova riguardo agli elementi costituiti di esso.

4) Eccessiva, erronea e non motivata liquidazione delle spese di causa.

La riforma della sentenza non potrà che avere effetto anche sulle spese di causa, la cui liquidazione appare sicuramente eccessiva, pari per i soli diritti ed onorari ad Euro 14.853, somma persino superiore a quella richiesta dall'attore, di Euro 10.362,00, nella nota spese depositata il 17/7/07, ma più vicina a quella indicata nella seconda nota spese, depositata in data 20/9/07, e pari ad Euro 17.446,00.

Tra l'altro la richiesta e la liquidazione non fanno riferimento allo scaglione tariffario appropriato (il valore della causa era di Lire 8.000.000) e per quanto concerne i diritti non si tiene conto della successione delle tariffe nel tempo.

5) SOSPENSIONE DELLA EFFICACIA ESECUTIVA

Nella sussistenza di gravi motivi si chiede che venga sospesa l'efficacia esecutiva della impugnata sentenza, ex artt. 283 e 351 c.p.c.

Tutto quanto premesso e ritenuto, la curatela del Fallimento Biemme Costruzioni s.n.c. di Bardi e Milani come sopra rappresentata e difesa

CITA

1) FALZEA BRUNO, elettivamente domiciliato in corso Grosseto, Via Ginori n.26, presso lo studio del difensore Avv. Marco Carollo ,

2) GIORGIO PELLEGRINI s.a.s., in persona del legale rappresentante pre-tempore, elettivamente domiciliata in Grosseto, Vicolo del Duomo n.3, presso lo studio del difensore Avv. Alessandro Antichi,

A COMPARIRE

avanti la Corte di Appello di Firenze, Sezione designanda, nella nota sede di Via Cavour, **all'udienza del 15.07.2009**, ore di rito, con invito a costituirsi per la predetta udienza nel termine di venti giorni prima di detta udienza nei modi e nelle forme di cui all'art.166 e 347 c.p.c., e con avvertimento che la costituzione oltre il termine implica le decadenze di cui all'art.167 e 343 c.p.c., e che in difetto di costituzione si procederà in contumacia delle parti convenute, per ivi sentire accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

“Voglia la Corte di Appello di Firenze, previa sospensione della efficacia esecutiva, in riforma integrale della sentenza del Tribunale di Grosseto, n.817/08 del 27.04.2008, depositata in cancelleria il 6.10.2008, notificata il 30.12.2008, in accoglimento dell'interposto appello:

1) in tesi dichiarare la nullità della sentenza impugnata per incompetenza funzionale del giudice adito, e/o la inammissibilità ed improcedibilità della domanda, per essere stato il giudizio riassunto nelle forme ordinarie successivamente al fallimento della società convenuta e nei confronti della curatela, ed essendo stata proposta ed accolta contro l'organo fallimentare una domanda di condanna;

2) in ipotesi ed in via gradata: dichiarare la nullità della sentenza impugnata rilevato il vizio di extra petita, essendo stati mutati dal primo giudice gli elementi costitutivi della domanda; respingere tutte le domande attrici in quanto infondate in fatto e diritto non essendo stato tra le parti concluso alcun contratto di appalto e comunque non legittimando la conclusione del contratto preliminare di vendita di cosa futura l'azione proposta dall'attore.

3) Vinte le spese di entrambi i gradi di giudizio; in denegata ipotesi riformare comunque sul punto la sentenza impugnata per essere la liquidazione effettuata dal primo giudice eccessiva ed erronea in relazione alle tariffe professionali”.

Si produce copia conforme del decreto autorizzativo del G.D. (doc. n.1) e copia notificata della sentenza impugnata (doc. n.2); non essendo stato rinvenuto in archivio dalla cancelleria civile del Tribunale di

Grosseto il fascicolo di parte, si fa riserva di produrlo nel caso venga reperito nelle more; si producono pertanto copia degli atti e documenti depositati da questa difesa nel corso del giudizio di primo grado che qui si elencano con numerazione progressiva: 3) Copia notificata dell'atto di citazione 3.7.1997; 4) Copia comparsa di costituzione e risposta 6.11.1997; 5) Copia memoria autorizzata 10.05.1999; 6) Copia memoria di replica 26.06.1999; 7) Copia atto di citazione in riassunzione dell'8.03.2002; 8) Copia notificata del ricorso riassunzione ex art.303 c.p.c. del 4.07.2003; 9) Copia notificata ricorso ex art.302 c.p.c. del 4.3.04; 10) Copia memoria di costituzione udienza 19.12.2003; 11) copia comparsa conclusionale; 12) Copia memoria di replica; 13) Copia nota spese; 14/15) Copia di nr.2 note spese parte attrice.

Ai fini della legge sul contributo unificato si dichiara che il valore attuale della controversia è inferiore ad Euro 5.200,00/.

Comunicazioni via fax al n.0564.410644 o posta elettronica all'indirizzo marconi.celata@tin.it

Grosseto/Firenze 28.1.2009


Avv. Claudio Marconi

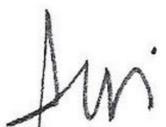
PROCURA ALLE LITI

Nella mia qualità di Curatore del Fallimento Biemme Costruzioni S.n.c. di Bardi e Milani, in forza di decreto autorizzativo del 15.01.2009 del Giudice Delegato ai Fallimenti del Tribunale di Grosseto

DELEGO

a rappresentarmi e difendermi nel giudizio avente ad oggetto la impugnazione della sentenza n.817/08 del Tribunale di Grosseto, depositata il 06.10.2008, avanti alla Corte di Appello di Firenze, l'Avv. Claudio Marconi, conferendo al medesimo ogni e più ampia facoltà di legge, compresa quella di transigere, conciliare, proporre domande riconvenzionali, chiamare in causa terzi, nominare sostituti e mutare domicilio. Eleggo domicilio in Firenze, Via Nino Bixio n.2 presso lo studio dell'Avv. Paolo Fidolini. Dichiaro ai sensi e per gli effetti di cui alla L.675/96 e successive modifiche ed integrazioni, di essere stato edotto che i dati personali richiesti direttamente ovvero raccolti presso terzi verranno utilizzati ai soli fini del presente incarico e pertanto presto il mio consenso al loro trattamento. Prendo altresì atto che il trattamento dei dati personali avverrà mediante strumenti manuali, informatici e telematici con logiche e modalità strettamente correlate alle finalità dell'incarico.

Grosseto, 28/1/2009


Visto per autentica
Avv. Claudio Marconi

Il Curatore
Rag. Daniele Moretti



RELAZIONE DI NOTIFICA

richieste di come in atti.
sottoscritte Ufficiale Giudiziario
addetto al Tribunale di Grosseto ho notificate
copia del presente atto alle parti sottoindicate

SIG. BRUNO FALZEA PRESSO IL PROCURATORE
COSTITUITO AVV. MARCO CAROLLO NEI DOMICILIO
ELETTO IN GROSSETO, STRADA GINORI N. 26

A mani di *Probu Manuella*
addetta allo studio incaricata della consegna in
sua assenza.
Grosseto, il

29 GEN. 2009

TRIBUNALE DI GROSSETO
Ufficiale Giudiziario BS
Lida Martini

