

Civile Sent. Sez. 3 Num. 40756 Anno 2021

Presidente: VIVALDI ROBERTA

Relatore: SCODITTI ENRICO

Data pubblicazione: 20/12/2021

SENTENZA

sul ricorso 13787/2019 proposto da:

Alessandro, Gianluca, Lucia, Nicasio,
Vincenzo, Costruzioni Srl, elettivamente domiciliati in

che li rappresenta e difende

contro

Gilda,

nonchè contro

-ricorrenti -

- intimato -

Antonio, Giuseppe,

controricorrente -

avverso la sentenza n. 544/2018 della CORTE D'APPELLO di BARI, depositata il 21/03/2019;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 28/09/2021 da SCODITTI ENRICO

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Luisa De Renzis

Fatti di causa

1. Con atto di citazione notificato in data 6 aprile 1999, Antonio e Anna Molinaro, unitamente al nipote Antonio convennero in giudizio innanzi al Tribunale di Foggia Nicasio chiedendo l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di compravendita di data 16 luglio 1991, avente ad oggetto un appartamento in edificio in corso di costruzione, nonché il risarcimento del danno. Il convenuto propose domanda riconvenzionale di accertamento della simulazione del contratto. Successivamente il nipote Antonio mutò l'azione di adempimento in quella di risoluzione del contratto, con richiesta di restituzione del prezzo corrisposto. Gli altri due attori aderirono alla domanda. Al giudizio venne riunito altro giudizio promosso dal nipote Antonio avente ad oggetto azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. nei confronti del nonché di Lucia Gianluca Vincenzo Alessandro e

Costruzioni s.r.l., in relazione ad una serie di atti di disposizione patrimoniale posti in essere dal primo in favore dei figli e della società convenuta. Il Tribunale adito accolse la domanda riconvenzionale, dichiarando la simulazione parziale del contratto preliminare nella parte relativa al prezzo, rigettò la domanda ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. per impossibilità del trasferimento immobiliare e dichiarò la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del promittente venditore Nicasio rigettando ogni altra istanza. Avverso detta sentenza proposero appello Antonio nonché Gilda e Giuseppe quali eredi di Antonio e Anna Molinaro.

2. Con sentenza di data 21 marzo 2018 la Corte d'appello di Bari accolse parzialmente l'appello, condannando Nicasio al pagamento in favore degli appellanti della somma di Euro 200.000,00 e dichiarando l'inefficacia ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. nei confronti di Antonio dei contratti di vendita indicati in dispositivo.

Osservò la corte territoriale, per quanto qui rileva, che, premesso il collegamento negoziale fra il contratto preliminare di permuta fra il suolo edificatorio e le porzioni di erigendo fabbricato sul detto suolo, il contratto definitivo di vendita del suolo ed i contratti preliminari di vendita delle unità immobiliari in corso di costruzione, i prezzi di acquisto di tali unità erano apparenti in quanto con la permuta era stato disposto il reciproco trasferimento della proprietà del suolo con quello delle unità immobiliari e che pertanto doveva escludersi il diritto alla ripetizione del prezzo in quanto mai corrisposto. Aggiunse che, alla luce dell'inadempimento del promittente venditore per non essere stato concluso il contratto definitivo per essere state le unità immobiliari pignorate e vendute in sede di espropriazione immobiliare, ricorreva per i promissari acquirenti il danno

G

rappresentato dal mancato acquisto dell'unità immobiliare e che il relativo pregiudizio patrimoniale corrispondeva alla differenza fra il prezzo virtuale stabilito nel preliminare di vendita ed il ricavato effettivo della vendita in sede di espropriazione immobiliare, «indicato e non contestato, nella misura di Euro 200.000,00 già rivalutato». Osservò ancora, quanto all'azione proposta ai sensi dell'art. 2901 cod. civ., che la consapevolezza di arrecare pregiudizio all'interesse del creditore, trattandosi di atti di disposizione successivi al sorgere del credito risarcitorio di Euro 200.000,00, era desumibile dal vincolo di parentela fra il debitore, Nicasio ed i terzi acquirenti, figli del debitore medesimo, nonché dal carattere prettamente familiare della Costruzioni s.r.l., dalla pluralità e contestualità delle vendite e dalla totale compromissione del patrimonio immobiliare del non risultando questi all'esito delle vendite titolare di altri cespiti immobiliari, con integrazione altresì del presupposto oggettivo dell'azione.

3. Hanno proposto ricorso per cassazione Nicasio Lucia Gianluca Vincenzo Alessandro e Costruzioni s.r.l. sulla base di tre motivi e resistono con unico controricorso Antonio Daniele Raffaele Rogazzo, Mario Rogazzo, Ivano Francesco Rogazzo e Giuseppe E' stata presentata memoria. Il pubblico ministero ha presentato le conclusioni scritte.

Ragioni delle decisione

1. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 e 1453 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva la parte ricorrente che Anna Molinaro ed il nipote Antonio non essendo parti della permuta e non avendo pertanto sopportato alcun esborso economico in sede di

stipulazione del contratto preliminare, come riconosciuto dalla stessa corte territoriale, non hanno provato alcun danno per il mancato trasferimento immobiliare e che, quanto ad Antonio parte della permuta, vale quanto osservato dal Tribunale, e cioè che, come si evinceva dal preliminare di permuta, l'intera operazione era garantita dal rilascio da parte del di un assegno di due miliardi di lire.

1.1. Il motivo è inammissibile. La censura, benché formulata in termini di violazione di legge, attiene chiaramente al giudizio di fatto, peraltro con riferimento , parte nella permuta, poggiando su una circostanza di fatto non accertata dal giudice di merito. Sul punto è sufficiente rammentare che con la proposizione del ricorso per cassazione, il ricorrente non può rimettere in discussione, contrapponendone uno difforme, l'apprezzamento in fatto dei giudici del merito, tratto dall'analisi degli elementi di valutazione disponibili ed in sé coerente, atteso che l'apprezzamento dei fatti e delle prove è sottratto al sindacato di legittimità, dal momento che, nell'ambito di quest'ultimo, non è conferito il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice di merito, cui resta riservato di individuare le fonti del proprio convincimento e, all'uopo, di valutare le prove, controllarne attendibilità e concludenza e scegliere, tra le risultanze probatorie, quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione (Cass. 7 aprile 2017, n. 9097; 7 dicembre 2017, n. 29404; 5 luglio 2018, n. 17611).

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1453, 1223 cod. civ., 115 cod. proc. civ. ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva la

parte ricorrente che erroneamente il giudice di appello ha posto alla base della determinazione del pregiudizio patrimoniale il "prezzo virtuale stabilito nel preliminare di vendita", che egli stesso ha dichiarato simulato. Aggiunge che non corrisponde al vero che l'importo di Euro 200.000,00 non fosse stato contestato perché nella comparsa di costituzione in appello era stato affermato quanto segue: «infine, anche il *quantum* richiesto in sede risarcitoria dagli appellanti risulta essere del tutto arbitrario. Infatti, i sig.ri Rogazzo ed [] chiedono la somma di Euro 200.000,00, pari all'asserito prezzo ricavato dalla vendita dei beni compromessi nell'ambito del procedimento di espropriazione immobiliare. Tuttavia, una simile circostanza risulta priva del benché minimo riscontro probatorio». Osserva ancora che gli stessi appellanti, sia con l'atto di appello che con la comparsa conclusionale, avevano proposto istanza di nomina di CTU per la quantificazione dei danni, facendo richiesta in subordine di acquisizione della relazione di stima operata nella procedura espropriativa.

2.1. Il motivo è fondato per quanto di ragione. Il giudizio del giudice di merito non è censurabile sotto il profilo della valutazione di erroneità del presupposto posta a base della determinazione del danno, come esordisce la censura (ed anche per ciò che concerne la valutazione circa la necessità di disporre CTU), ma certamente sotto il profilo dell'applicazione, che è stata effettuata, del principio c.d. di non contestazione. Benché l'art. 115, comma 2, cod. proc. civ. non trovi applicazione ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore dell'art. 45, comma 14, legge n. 69 del 2009, che ha sostituito l'art. 115, quale è il presente giudizio, instaurato con atto di citazione notificato in data 6 aprile 1999, il principio di non contestazione è applicabile anche ai giudizi antecedenti alla legge n. 69, avendo

questa recepito il previgente principio giurisprudenziale in forza del quale la non contestazione determina effetti vincolanti per il giudice, il quale deve ritenere sussistenti i fatti non contestati, astenendosi da qualsivoglia controllo probatorio in merito agli stessi (Cass. 27 febbraio 2020, n. 5429).

I ricorrenti hanno assolto l'onere processuale di cui all'art. 366, comma 1, n. 6 cod. proc. civ., avendo provveduto a trascrivere il passaggio della comparsa di costituzione in appello in cui è stata sollevata la contestazione di cui si dice nel motivo di censura. La contestazione deve reputarsi specifica perché si afferma che non risulta provato che il prezzo del bene in sede di vendita forzata sia quello indicato e, deducendo la mancanza di prova, implicitamente si contesta che Euro 200.000,00 sia il valore dell'immobile risultante dall'espropriazione immobiliare. Può anzi osservarsi che, nel caso particolare, la specificità della contestazione risieda nell'aver negato che la circostanza risulti provata. La questione che la censura pone è se tempestiva sia la contestazione sollevata in appello.

La circostanza dell'applicabilità del principio riconosciuto dalla giurisprudenza, e non della norma introdotta nell'ordinamento a decorrere dal 4 luglio 2009, è rilevante in relazione alla tipologia di fatto che è in questione. Il giudice di merito ha riconosciuto sussistente il danno patrimoniale rappresentato dal mancato acquisto dell'unità immobiliare e per la sua quantificazione ha fatto riferimento alla differenza fra il prezzo virtuale stabilito nel preliminare di vendita ed il ricavato effettivo della vendita in sede di espropriazione immobiliare, «indicato e non contestato, nella misura di Euro 200.000,00 già rivalutato», come si legge nella motivazione della sentenza impugnata. Non si tratta quindi del fatto costitutivo della

domanda, c.d. fatto principale, ma di un fatto secondario, e cioè di un fatto dedotto in esclusiva funzione probatoria.

La giurisprudenza di questa Corte, con riferimento ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione di cui all'art. 115, comma 2, è costante, a partire da Cass. sez. U. n. 761 del 2002, nel senso che l'onere del convenuto, previsto dall'art.416 cod. proc. civ. per il rito del lavoro, e dall'art.167 cod. proc. civ. per il rito ordinario, di prendere posizione, nell'atto di costituzione, sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, comporta che il difetto di contestazione implica l'ammissione in giudizio solo dei fatti cosiddetti principali, ossia costitutivi del diritto azionato, mentre per i fatti cosiddetti secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art.116, secondo comma, cod. proc. civ. (conformi alla richiamata pronuncia della Sezioni Unite sono Cass. n. 5191 del 2008, n. 5407 del 2013, n. 22787 del 2013, n. 4854 del 2014, n. 19709 del 2015, n. 2040 del 2019, n. 32403 del 2019). Non viene qui in rilievo la questione posta dall'entrata in vigore della nuova disposizione, la quale fa genericamente riferimento ai «fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita», senza distinguere apparentemente fra fatti primari e fatti secondari (in *obiter dictum* Cass. Sez. U. n. 12065 del 2014 estende l'operatività del nuovo art. 115, comma 2, anche ai fatti secondari). Trattandosi di giudizio instaurato prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione resta quindi ferma l'acquisizione della giurisprudenza nel senso che la mancata contestazione dei fatti costitutivi della domanda vincola il giudice a ritenerli sussistenti soltanto se si tratti di fatti primari (cioè costitutivi, modificativi, impeditivi od estintivi del diritto fatto valere in giudizio dall'attore o dal convenuto che agisca in riconvenzionale), mentre i

63

fatti secondari - vale a dire quelli dedotti in mera funzione probatoria - possono essere contestati in ogni momento e dunque anche per la prima volta nel giudizio di appello, alla stessa stregua delle eccezioni in senso lato.

Tempestiva è dunque la contestazione, indubitabilmente presente in giudizio contrariamente a quanto affermato dalla corte territoriale, sollevata con la comparsa di costituzione in giudizio in appello, della circostanza che l'importo di Euro 200.000,00 corrisponda al valore dell'immobile risultante dall'espropriazione immobiliare.

2.2. Deve in conclusione affermarsi che "nei giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore dell'art. 45, comma 14, legge n. 69 del 2009, che ha sostituito il secondo comma dell'art. 115, comma 2, cod. proc. civ., il principio di non contestazione trova applicazione solo con riferimento ai fatti primari, cioè costitutivi, modificativi, impeditivi od estintivi del diritto fatto valere in giudizio, mentre per i fatti secondari - vale a dire quelli dedotti in mera funzione probatoria - la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art. 116, secondo comma, cod. proc. civ., per cui tali fatti possono essere contestati per la prima volta anche nel giudizio di appello".

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 e 2901 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva la parte ricorrente che il giudice di appello ha accolto la domanda revocatoria sulla base del mero rapporto di parentela e della mera pluralità di atti di disposizione, senza la valutazione di ulteriori circostanze che avrebbero potuto portare alla conoscenza del pregiudizio alle ragioni del creditore, e considerato che la pluralità di atti dipende dal fatto che i figli sono quattro.

Aggiunge che, trattandosi di atti successivi al sorgere del credito, gli attori dovevano dimostrare la *participatio fraudis* del terzo.

3.1. Il motivo è inammissibile. Il giudice di merito ha accertato l'esistenza del presupposto soggettivo dell'azione sulla base del ragionamento presuntivo. L'apprezzamento del giudice di merito circa il ricorso alla presunzione quale mezzo di prova, la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge, la scelta dei fatti noti che costituiscono la base della presunzione e il giudizio logico con cui si deduce l'esistenza del fatto ignoto sono riservati al giudice di merito e sono censurabili in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione unitamente all'esistenza della base della presunzione e dei fatti noti, che fanno parte della struttura normativa della presunzione (fra le tante Cass. 15 dicembre 2005, n. 27671 e 6 agosto 2003, n. 11906). La censura non è stata proposta nei termini del vizio motivazionale o della violazione della norma sulla presunzione semplice.

Il resto della censura, nella parte in cui richiama la *participatio fraudis* del terzo con riferimento ad atti successivi al sorgere del credito, non è comprensibile e non raggiunge lo scopo della critica della decisione in quanto, come è noto, la partecipazione dolosa postula, al contrario, che l'atto sia anteriore al sorgere del credito (art. 2901, comma 1, n. 2 cod. civ.). L'accertamento del giudice di merito è stato nel senso che gli atti di disposizione sono successivi al sorgere del credito risarcitorio di Euro 200.000,00 e tale accertamento non è oggetto di rituale impugnazione.

P. Q. M.

accoglie il secondo motivo per quanto di ragione, dichiarando inammissibile per il resto il ricorso; cassa la sentenza in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte di appello di Bari in diversa

composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il giorno 28 settembre 2021