



9010 2018

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Signori Magistrati

Dott. Antonio DIDONE	Presidente
Dott. Massimo FERRO	Consigliere
Dott. Mauro DI MARZIO	Consigliere
Dott. Aldo Angelo DOLMETTA	Consigliere
Dott. Aldo CENICCOLA	Consigliere est.

Oggetto:
esecuzione in
forma specifica
ex art. 2932 c.c.

R.G.N.
19029/2014
Cron. 9010
Rep.
Ud. 28.11.2017

ORDINANZA

sul ricorso n. 19029\2014 proposto da
Sergio

C. U. R. C. I.

:
)
:
)

- ricorrenti -

contro

FALLIMENTO IMMOBILIARE SELENE s.r.l. in liquidazione =
) , in persona del curatore, rapp.to e difeso per procura a
margine del controricorso dall'avv. Giovanni e dall'avv.

- ricorrente incidentale -

avverso la sentenza n. 198/2014 depositata in data 17.1.2014 dalla
Corte di Appello di Milano;

ORD.
1329
2017

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2017 dal relatore dr. Aldo Ceniccola.

Rilevato che:

con sentenza n. 198 del 2014 la Corte di Appello di Milano rigettava l'appello proposto da Sergio e Tremolada Norma avverso la sentenza con la quale il Tribunale di Lecco aveva dichiarato inammissibile la domanda diretta ad ottenere l'accertamento di un mandato fiduciario con il quale gli attori avevano incaricato l'Immobiliare Selene s.r.l. (poi fallita nel corso del processo) di acquistare ed intestarsi, per loro conto, l'immobile sito in Missaglia via Garibaldi n. 63/65 e via Volta n. 27, disponendo ex art. 2932 c.c. l'esecuzione in forma specifica dello stesso mandato con condanna della convenuta a trasferire la proprietà di tale immobile; inammissibile era anche dichiarata la domanda subordinata volta ad ottenere l'accertamento della simulazione dell'intestazione dell'immobile in capo all'Immobiliare Selene s.r.l. nonché quella ulteriormente subordinata volta ad ottenere la condanna della convenuta alla ripetizione delle somme a vario titolo ricevute dagli attori ai fini del pagamento del prezzo, della ristrutturazione e delle spese di gestione dell'immobile in oggetto;

osservava la Corte che le domande proposte in sede ordinaria nei confronti dell'Immobiliare Selene s.r.l., poi fallita nel corso del giudizio, apparivano violative degli artt. 52 e 93 l.fall. a prescindere dalla circostanza, ritenuta assolutamente ininfluyente, della trascrizione a suo tempo eseguita, dovendo i relativi crediti essere accertati nelle forme del concorso;

la Corte rilevava che in ogni caso il mandato fiduciario, documentato dalla scrittura privata del 23.10.1992, non impegnava in alcun modo la società Immobiliare Selene s.r.l., essendo intervenuta non con quest'ultima bensì con Battistuz Tiziano e Testa Rosa Luigia, sottoscrittori a titolo personale, difettando dunque la prova del mandato

fiduciario intercorso con la società, e che comunque, anche se fosse possibile dare la prova del mandato in forma diversa da quella scritta, il diritto di credito doveva considerarsi prescritto come tempestivamente eccepito dall'appellata (analogo rilievo concernente la prescrizione andava poi condiviso riguardo alla domanda volta ad ottenere il rimborso delle somme versate);

vertendosi, poi, in un'ipotesi di interposizione reale e non fittizia (con conseguente infondatezza della domanda subordinata di accertamento della simulazione), andava ulteriormente accolta l'eccezione di prescrizione formulata dal fallimento ex art. 2946 c.c., essendo trascorsi oltre dieci anni, al momento dell'introduzione del giudizio, dalla data del negozio stipulato tra le parti, senza la comprovata esistenza di atti interruttivi;

osservava infine la Corte che non vi era alcuna ragione per prendere in esame l'appello incidentale formulato dal fallimento volto ad ottenere il rilascio dell'immobile ed il risarcimento dei danni per l'occupazione, trattandosi di domanda formulata solo in via subordinata;

avverso tale sentenza Sergio e Tremolada Norma hanno proposto ricorso per cassazione affidato a cinque motivi; resiste la curatela mediante controricorso e ricorso incidentale.

Considerato che:

con il primo motivo i ricorrenti lamentano l'omessa pronuncia circa l'ammissibilità delle domande formulate in appello e la violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 52 e 72 l.fall, nonché degli artt. 2652 e 2932 c.c. circa l'ammissibilità dell'azione promossa ed il relativo difetto di motivazione (art. 360 nn. 4, 3 e 5 c.p.c.), avendo la Corte trascurato di considerare che la domanda volta ad ottenere l'esecuzione del contratto di mandato era stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento e doveva ricevere una sorte diversa dalle domande volte ad ottenere l'accertamento dei crediti (sulle quali sole la Corte aveva concentrato il suo esame), essendo proseguibili in via ordinaria;

con il secondo motivo i ricorrenti si dolgono della violazione e falsa applicazione di legge (art. 360 n. 3 c.p.c.) in materia di omessa formulazione di eccezioni di parte e potere di formularle d'ufficio ex art. 101 co. 2 c.p.c. e per l'errata interpretazione ex art. 1362 c.c. e ss. della scrittura fiduciaria, avendo la Corte erroneamente concentrato la propria analisi della scrittura del 23.10.1992 solo sul profilo concernente il riconoscimento della titolarità effettiva delle quote della società immobiliare da parte dei soci apparenti Battistuz e Testa e non anche sull'accertamento dell'effettiva proprietà degli immobili in Missaglia ovvero sull'impegno della società ad operare il relativo trasferimento, disvelando, un'esatta interpretazione della scrittura, comunque la volontà delle parti di ritrasferire i beni in questione ai reali intestatari. In ogni caso, venendo in rilievo una questione rilevata d'ufficio, era onere della Corte sollecitare il contraddittorio sul punto assegnando alle parti un termine per il deposito in cancelleria di memorie contenenti le osservazioni sulla questione;

con il terzo motivo i ricorrenti lamentano la violazione e falsa applicazione di legge (art. 360 n. 3 c.p.c.) con riguardo alla sussistenza del requisito della prova scritta relativamente sia alla domanda principale azionata (riconoscimento di interposizione reale) sia a quella subordinata (riconoscimento di interposizione fittizia), il tutto con difetto di motivazione (ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c.), avendo la Corte, pretendendo la prova scritta del mandato fiduciario, trascurato di considerare che tale prova emergeva sia dalla scrittura del 23 ottobre, sia dal verbale di assemblea del 1.6.1994, con cui erano stati riconosciuti i diritti dei ricorrenti, sia dal verbale di assemblea del 30.4.2000 con cui veniva legittimata la loro immissione in possesso;

con il quarto motivo lamentano la violazione e falsa applicazione di legge (art. 360 n. 3 c.p.c.) con riguardo alla sussistenza in via subordinata dei requisiti per il riconoscimento della simulazione e sulla relativa carenza di motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.), avendo la Corte territoriale erroneamente escluso che la scrittura in oggetto potesse



intendersi anche quale prova di un'interposizione fittizia, essendo del tutto simulata l'intestazione dell'immobile in capo alla società immobiliare;

con il quinto motivo i ricorrenti evidenziano la violazione e falsa applicazione di legge (art. 360 n. 3 c.p.c.) riguardo all'asserita prescrizione dei diritti azionati dai ricorrenti, non avendo la Corte tenuto in considerazione l'esistenza di riconoscimenti del diritto fatto valere che superano l'eccezione di prescrizione (verbali di assemblea, allegati al fascicolo di primo grado in cui venivano riconosciuti i diritti dei ricorrenti sull'immobile); per altro, anche nel caso in cui si ritenesse prescritto il diritto a far valere la scrittura, solo allo scadere del decimo anno dalla sua sottoscrizione decorrerebbe il termine di prescrizione decennale del diritto alla ripetizione delle somme versate, termine non ancora maturato stante l'interruzione posta in essere con la notifica dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado;

con il ricorso incidentale la curatela, dopo aver evidenziato che la Corte territoriale, decidendo in termini di inammissibilità delle avverse domande, ha reputato assorbita ogni altra questione, ha domandato, per l'ipotesi di non condivisione della pronuncia in tema di inammissibilità, di provvedere sulle domande proposte dal fallimento in via riconvenzionale riguardo alla condanna dei ricorrenti al risarcimento dei danni cagionati per trascrizione temeraria ex art. 96 c.p.c. e dei danni subiti a causa dell'occupazione dell'immobile, quantificati in € 15 mila annui;

il primo motivo, concernente l'ammissibilità dell'azione proposta ex art. 2932 c.c. nelle forme ordinarie, è fondato;

come già statuito da questa Corte, infatti, *"tra le fattispecie sottratte all'ambito di applicazione dell'art. 43 della legge fall. non possono rientrare l'azione esperibile ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. in via di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e, con essa la sentenza, a carattere costitutivo e in funzione sostitutiva del contratto non concluso, in esito all'eventuale accoglimento della*

domanda stessa . Ed infatti essa non ha ad oggetto il soddisfacimento diretto ed immediato di un credito pecuniario, ed inoltre, malgrado il tenore apparente della rubrica della disposizione e la "sedes materiae", si differenzia, nella sua peculiarità qualificante, dalle azioni esecutive individuali, onde non può configurarsi alcun profilo di inammissibilità originaria della domanda o di improcedibilità successiva della stessa, ne' ai sensi dell'art. 51, ne' ai sensi dell'art. 52 della legge fallimentare" (Cass. 10615 del 1998);

si impone dunque la correzione della motivazione della decisione impugnata ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 384 c.p.c., atteso che – per quanto si andrà a dire di seguito – il provvedimento, sebbene *in parte qua* erroneamente motivato in diritto, non è soggetto a cassazione;

il secondo motivo è infondato;

per quanto, infatti, la scrittura del 23.10.1992 desse atto, come evidenziato dalla Corte territoriale, che la società era stata costituita con il pagamento dell'intero capitale sociale da parte dei ricorrenti ed allo scopo di acquistare e ristrutturare l'immobile da destinare ad abitazione propria e dei familiari, immobile da intestare alla Immobiliare Selene s.r.l. ma di cui i ricorrenti "sono di fatto titolari", resta insuperato il rilievo svolto dalla Corte secondo cui la scrittura in oggetto non era in alcun modo impegnativa per la società, essendo intercorsa solo con i soci (Battistuz Tiziano e Testa Rosa Luigia), sottoscrittori a titolo personale;

che Testa Rosa Luigia avesse sottoscritto l'impegno nella duplice veste di socia apparente e di amministratore unico in carica è una circostanza solo affermata dai ricorrenti (cfr. pag. 22 del ricorso) ma del tutto indimostrata;

non viene dunque in esame né una questione interpretativa del contenuto della scrittura, né una questione rilevabile d'ufficio solo previa sollecitazione del contraddittorio con le parti (come vorrebbero i ricorrenti), venendo semmai in rilievo un aspetto concernente la

titolarità del diritto sostanziale (al ritrasferimento) che era onere dei ricorrenti dimostrare;

il terzo motivo, concernente la mancanza di prova scritta del mandato fiduciario (che i ricorrenti ritengono sussistente, all'uopo valorizzando anche i verbali di assemblea nei quali veniva riconosciuto il loro diritto e successivamente legittimata l'immissione in possesso), è infondato;

premesso infatti che la prova del mandato fiduciario non può ricavarsi dalla richiamata scrittura del 1992 (per le ragioni esposte in occasione dell'esame del secondo motivo) e dunque la sua esistenza andrebbe ricercata altrove (ossia in altro documento che ne dimostri l'esistenza), va ricordato l'orientamento, recentemente ribadito da questa Corte, secondo cui *"il "pactum fiduciae", con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta ad "substantiam", atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo"* (Cass. n. 13216 del 2017), sicché l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano solo presumere l'esistenza (artt. 2729, co. 2, e art. 2725, co. 2, c.c.);

anche il quarto motivo, che tende a valorizzare elementi che deporrebbero nel senso della sussistenza quantomeno di una interposizione fittizia, cioè di una simulazione soggettiva (negata dalla Corte territoriale attraverso la ricostruzione in termini di interposizione reale), è infondato in quanto non è idoneo a superare il rilievo preliminare operato dalla Corte circa la mancata partecipazione della società Immobiliare Selene all'accordo simulatorio (essendo la scrittura intervenuta con i due soci, sottoscrittori a titolo personale);

il quinto motivo, concernente la prescrizione, è infondato: i ricorrenti, pur allegando di aver depositato i verbali assembleari nel fascicolo di primo grado, nemmeno deducono di aver evidenziato tale circostanza

(cioè l'idoneità dei verbali di assemblea a scopo interruttivo della prescrizione) innanzi alla Corte territoriale; come pure è infondata la pretesa di far decorrere il diritto alla ripetizione delle somme solo dal momento della maturazione della prescrizione del diritto di far valere la scrittura del 1992, essendo il diritto di credito esercitabile fin dall'inizio (ossia dal 1992, appunto);

il ricorso incidentale, traendo origine da una domanda riconvenzionale proposta solo in via subordinata, è assorbito;

le considerazioni che precedono impongono dunque il rigetto del ricorso principale; le spese della fase di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito quello incidentale; pone le spese del giudizio di legittimità a carico dei ricorrenti principali liquidandole in € 10.200 (di cui € 200 per esborsi), oltre accessori come per legge e contributo spese generali.

Sussistono i presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti principali dell'ulteriore importo dovuto per legge a titolo di contributo unificato.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 novembre 2017.

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa *Fabrizia BARONE*

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Il 11 APR 2018
Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa *Fabrizia Barone*



il Presidente

(*Antonio Didone*)