

Civile Ord. Sez. 2 Num. 37827 Anno 2021

Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Relatore: GIANNACCARI ROSSANA

Data pubblicazione: 01/12/2021

**ORDINANZA**

sul ricorso 1957-2017 proposto da:

XXX , elettivamente  
domiciliato in ROMA,  
, presso lo studio  
dell'avvocato CARLO CIPRIANI, rappresentato  
e difeso dall'avvocato NICOLA CIPRIANI,  
giusta delega in atti;

2021

- **ricorrente** -

1922

*sc*

*4*

XXX

XXX

rappresentate e difese dall'avv. GIANCARLO  
RUSSO FRATTASI, giusta delega in atti;

**- controricorrenti e ricorrenti incidentali**

**contro**

XXX

, elettivamente

domiciliato in:

N.1 presso lo studio dell'avv. CARLO  
CIPRIANI, rappresentato e difeso dall'avv.  
NICOLA CIPRIANI, giusta delega in atti;

**- controricorrente al ricorso incidentale -**

avverso la sentenza n. 1086/2016 della CORTE  
D'APPELLO di BARI, depositata il 24/11/2016;  
udita la relazione della causa svolta nella  
camera di consiglio del 07/09/2021 dal  
Consigliere ROSSANA GIANNACCARI;

Hy

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## FATTI DI CAUSA

1. Il giudizio trae origine dalla domanda proposta da XXX e XXX nei confronti di XXX con la quale le attrici chiesero il trasferimento coattivo, in loro favore, dell'immobile oggetto del contratto, preliminare concluso *inter partes* il 5.9.2000, con il quale avevano promesso di acquistare dal convenuto una palazzina sita in Bari Vecchia per il prezzo complessivo di £ 420.000,00, di cui £ 65.000,00 erano state già versate dalle promittenti venditrici ed era stato condizionato il trasferimento al mancato esercizio del diritto di prelazione della Pubblica Amministrazione, in ragione del vincolo architettonico esistente sul bene. Le attrici chiesero inoltre la condanna del convenuto al risarcimento del danno, almeno nella misura della penale, fatto salvo il maggior danno.

1.1. Si costituì in giudizio XXX per resistere alla domanda e, in via autonoma, propose altro giudizio, innanzi al Tribunale di Bari, per chiedere la rescissione del contratto e, in subordine l'annullamento per errore sulle qualità essenziali dell'oggetto.

1.2. Il Tribunale di Bari accolse la domanda di trasferimento ex art. 2932 c.c., per essere decorso il termine previsto *ex lege* per l'esercizio del diritto di prelazione e condannò il promittente venditore al pagamento della somma di € 33.569,69, a titolo di penale, rigettando la domanda di risarcimento del maggior danno.

1.3. Avverso la sentenza di primo grado propose appello e, per quel che ancora rileva in sede di legittimità, in sede di memoria di replica, l'appellante dedusse la nullità del contratto per l'assenza degli estremi della licenza o della concessione edilizia ovvero della dichiarazione sostitutiva, relativa all'immobile di costruzione anteriore all'anno 1967, come imposte, a pena di nullità dell'atto di trasferimento, dall'art. 40 della Legge N. 47/85.

1.4. Si costituirono XXX e XXX per resistere all'appello e, in via incidentale, chiesero che fosse riconosciuto il maggior danno.

1.5. La Corte d'appello di Bari, con sentenza del 24.11.2016, rigettò l'appello principale ed incidentale.

1.6. La corte di merito accertò che l'immobile era stato costruito in data anteriore al 1967, come risultava dall'esistenza del vincolo storico esistente sul palazzo, sicchè non era necessario l'atto permissivo della costruzione ma la dichiarazione sostitutiva dell'alienante. Nel caso di specie, detta dichiarazione doveva essere resa dallo stesso promittente alienante, ragione per la quale, ai sensi dell'art. 157 c.p.c., ultimo comma, l'eventuale nullità derivante dall'assenza della dichiarazione non era opponibile al medesimo alienante, che vi aveva dato causa ed aveva dedotto la questione solo in sede di memorie di replica. Peraltro, in assenza di riscontri su eventuali variazioni apportate al fabbricato sotto il profilo edilizio, la dichiarazione sostitutiva non era nemmeno necessaria, trattandosi di vincolo risalente al 1954, come risultante dalla nota della Conservatoria di Trani del 23.12.1954.

1.7. Decidendo sull'appello incidentale, la corte barese osservò che non poteva configurarsi un maggior danno delle promittenti acquirenti, considerando che il prezzo convenuto nel preliminare era rimasto invariato per oltre sedici anni - ovvero dall'introduzione del giudizio di primo grado fino alla sentenza d'appello - nonostante l'apprezzamento dei valori mobiliari avvenuti *medio tempore*.

2. Per la cassazione della sentenza d'appello ha proposto ricorso XXX  
sulla base di tre motivi.

2.1. Hanno resistito con controricorso XXX e XXX .

2.2. Il ricorrente ha proposto controricorso al ricorso incidentale

2.3. In prossimità dell'udienza, le parti hanno depositato memorie illustrative.

## **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 2932, 1418 c.c., dell'art. 40 L. 47/85, in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.. Le ricorrenti sostengono che gravava sulle attrici l'onere di produrre la dichiarazione sostitutiva prevista dalla L. 47/85 in quanto la verifica della presenza della regolarità urbanistica costituirebbe un presupposto processuale, che imponeva al giudice di merito di accertarne la presenza, anche in sede di appello, indipendentemente dall'eccezione di parte. Conseguentemente,

indipendentemente dalla deduzione del profilo di nullità in sede di memoria di replica, sussisterebbe l'obbligo *ex officio* del giudice di verificare la sussistenza degli estremi della licenza o della concessione edilizia ovvero della dichiarazione sostitutiva, ai fini della regolarità urbanistica del bene oggetto di trasferimento coattivo.

2. Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 157 c.c., in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c., perché il principio secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, sarebbe applicabile solo alle violazioni di carattere processuale.

3. Con il terzo motivo di ricorso, si deduce la nullità della sentenza, con riferimento ai motivi dedotti in ricorso, in relazione all'art. 360 comma 1 n. 4 c.p.c.

3.1. I motivi, che per la loro connessione, vanno trattati congiuntamente, sono infondati.

3.2. Le Sezioni Unite, con sentenza dell'11/11/2009, n. 23825, hanno affermato che, in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita di un immobile, la sussistenza della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, di cui all'art. 40 l. 28 febbraio 1985 n. 47, rilasciata dal proprietario o da altro avente titolo, attestante l'inizio dell'opera in data anteriore al 2 settembre 1967, non costituisce un presupposto della domanda, bensì una condizione dell'azione, che può intervenire anche in corso di causa e sino al momento della decisione della lite. Ne consegue che la carenza del relativo documento è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, con l'ulteriore conseguenza che sia l'allegazione, che la documentazione della sua esistenza, si sottraggono alle preclusioni che regolano la normale attività di deduzione e produzione delle parti e possono quindi avvenire anche nel corso del giudizio di appello, purché prima della relativa decisione

3.3. Ne consegue che il giudice di merito, per poter procedere al trasferimento coattivo in luogo del contratto preliminare, deve accertare la sussistenza degli estremi della licenza o della concessione edilizia ovvero della dichiarazione sostitutiva, relativa all'immobile di costruzione anteriore all'anno 1967, come

imposte, a pena di nullità dell'atto di trasferimento, dall'art.40 della Legge N. 47/85.

3.4.Nel caso di specie, non solo il promittente venditore aveva dichiarato che la costruzione era anteriore al 1967 ma la corte di merito ha accertato in concreto l'epoca della sua edificazione in ragione del vincolo di interesse storico artistico, ex art.1089/39, risalente al 1954, come risultante dalla nota della Conservatoria di Trani del 23.12.1954, sicchè, in assenza di riscontri su eventuali variazioni apportate al fabbricato sotto il profilo edilizio, l'edificio era regolare dal punto di vista urbanistico.

4.Con l'unico motivo del ricorso incidentale si deduce la violazione degli artt.112 c.p.c., 115 c.p.c. e 2043 c.c. per avere la corte di merito omesso di liquidare il maggior danno eccedente la penale, che era stato chiesto nell'atto introduttivo e non sarebbe stato riconosciuto con motivazione erronea basata sull'apprezzamento del mercato immobiliare poichè il prezzo convenuto nel preliminare era rimasto invariato per oltre sedici anni. La corte di merito non avrebbe considerato che la penale copriva i danni cagionati alle promittenti venditrici e non i danni ulteriori derivanti dalla mancata disponibilità dell'immobile, che sarebbero locati a terzi per importi eccedenti la penale.

4.1.In primo luogo non è pertinente la deduzione del vizio di omessa pronuncia, di cui all'art.112 c.p.c., in quanto la corte di merito si è pronunciata sulla domanda di risarcimento del maggior danno, rigettandola per carenza di prova (Cassazione civile, sez. II, 22/01/2018, n. 1539; Cass. Civ., sez. TB, del 05/12/2014, n. 25761)

4.2.Tale statuizione è conforme al diritto in quanto la funzione della clausola penale è di esonerare il creditore dal provare il danno e il suo ammontare; ciò significa che il creditore in caso di inadempimento può pretendere la penale indipendentemente dalla verifica o meno di una lesione effettiva. Una delle funzioni della clausola penale è, infatti, il rafforzamento del vincolo contrattuale e di liquidazione della prestazione risarcitoria in via anticipata (Cass. 1183/2007 e 23706/2009).

4.3. Quando è prevista la risarcibilità del danno ulteriore, la clausola penale costituisce solo una liquidazione anticipata del danno destinata a rimanere assorbita, nel caso di prova di ulteriori e maggiori danni, nella liquidazione complessiva di questi. Ne consegue che, qualora la parte adempiente non voglia limitare la propria richiesta alla penale pattuita, ma intenda richiedere la liquidazione del danno subito, deve dimostrarne l'effettiva entità, non potendo altrimenti risultare provato il danno "ulteriore", cioè superiore all'entità della penale Sez. 1, Sentenza n. 12956 del 22/06/2016; N. 15371 del 2005; N. 2656 del 2006).

4.4. Il maggior danno dall'inadempimento del contratto preliminare non va identificato nella mancata disponibilità del bene ma va concretamente provato in termini del pregiudizio subito (pagamento del canone di locazione per l'acquisizione di altri immobile) o del mancato guadagno.

4.5. Ha affermato questa Corte, con orientamento consolidato al quale il collegio intende dare continuità, che il risarcimento del danno dovuto al promissario acquirente, per effetto della mancata conclusione del contratto definitivo di compravendita immobiliare imputabile al promittente alienante, consiste nella differenza tra il valore commerciale dell'immobile al momento in cui l'inadempimento è diventato definitivo, normalmente coincidente (sulla scorta del principio generale espresso dall'art. 1225 c.c., secondo cui la prevedibilità del danno risarcibile deve essere valutata con riferimento al momento in cui il debitore, dovendo dare esecuzione alla prestazione e potendo scegliere fra adempimento e inadempimento, è in grado di apprezzare più compiutamente e, quindi, prevedere il pregiudizio che il creditore può subire per effetto del suo comportamento inadempiente) con quello di proposizione, sia pure in via subordinata, della domanda di risoluzione ovvero altro anteriore, ove accertato in concreto ed il prezzo pattuito, oltre alla rivalutazione monetaria eventualmente verificatasi nelle more del giudizio (Cassazione civile sez. II, 30/06/2021, n.18498; Cassazione civile sez. II, 28/11/2017, n.28375).

4.6. Nel caso di specie, la corte di merito ha riconosciuto il danno nella misura stabilita dalla penale, escludendo che vi fosse la prova di un maggior danno, superiore a quello stabilito nella penale poiché i promittenti acquirenti avevano

tratto vantaggio dal pagamento ritardato del prezzo in considerazione dell'aumento di valore degli immobili dalla data di stipulazione del contratto.

5. Il ricorso va, pertanto rigettato.

5.1. Attesa la parziale soccombenza, le spese del giudizio di legittimità vanno interamente compensate.

5.2. Ai sensi dell'art.13 comma 1 quater del DPR 115/2002, da atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale ed incidentale di un importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale ed incidentale, a norma del comma 1-bis dello stesso art.13, se dovuti.

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

rigetta il ricorso principale ed il ricorso incidentale.

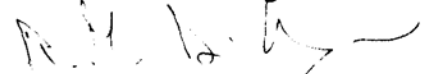
Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art.13 comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale ed incidentale di un importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale ed incidentale, a norma del comma 1-bis dello stesso art.13, se dovuti.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio della Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione in data 7 settembre 2021.

Il Presidente

Rosa Maria Di Virgilio



Corte di Cassazione - copia non ufficiale