

Civile Sent. Sez. 2 Num. 9318 Anno 2016

Presidente: MATERA LINA

Relatore: LOMBARDO LUIGI GIOVANNI

Data pubblicazione: 09/05/2016

SENTENZA

sul ricorso 23276-2011 proposto da:

MOSCOGIURI GIUSEPPE MSCGPP55P21E882U, elettivamente domiciliato in ROMA P.ZZA CAVOUR presso la CORTE di CASSAZIONE rappresentato e difeso dall'Avvocato BERNARDINO PASANISI;

- **ricorrente** -

contro

MARASCO MARIA MICHELA MRSMRA40L45E882D, elettivamente domiciliata in ROMA P.ZZA CAVOUR presso la CORTE di CASSAZIONE rappresentata e difesa dall'Avvocato COSIMO PARCO;

2016

614

CASSAZIONE - copia non ufficiale
 MARIA MICHELA MARASCO
 AL PATROCINIO A SPESSE
 DELLO STATO, CON DELIBERA DEL
 PRES. ORD. AVV. DI TARANTO DEL 19/2/2014

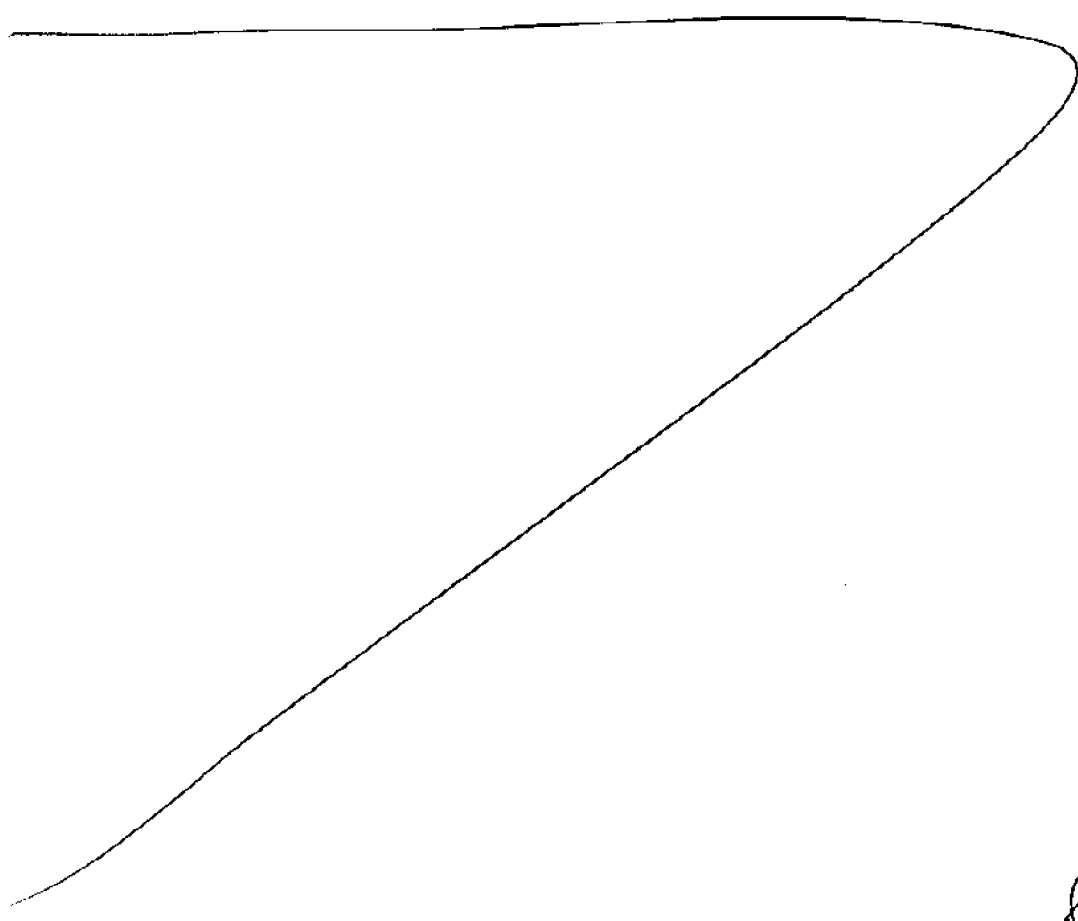
- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 195/2011 della CORTE D'APPELLO
DI LECCE sezione distaccata di TARANTO, depositata il
26/05/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 17/03/2016 dal Consigliere Dott. LUIGI
GIOVANNI LOMBARDO;

udito l'Avvocato PASANISI Bernardino, difensore del
ricorrente che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCA CERONI che ha concluso per
l'accoglimento del ricorso.



RITENUTO IN FATTO

1. – Moscojiuri Giuseppe convenne in giudizio Marasco Maria Michela, chiedendo l'esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., del contratto preliminare col quale la convenuta si era obbligata a vendere ad esso attore – che si era obbligato ad acquistare – un terreno agricolo sul quale era stata edificata una casa per civile abitazione oggetto di condono.

La convenuta resistette alla domanda, disconoscendo la firma apposta sul preliminare; chiese il rigetto della domanda attorea e, in subordine e in via riconvenzionale, dichiararsi la rescissione del preliminare per lesione *ultra dimidium*.

Il Tribunale di Taranto rigettò tutte le domande. In particolare, rigettò la domanda di trasferimento coattivo della proprietà dell'immobile in ragione della mancata produzione della documentazione attestante l'avvenuto versamento dell'oblazione relativa al condono edilizio concernente la casa eretta sul terreno.

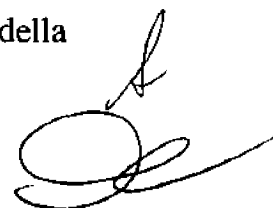
2. – Sul gravame proposto in via principale da Moscojiuri Giuseppe e in via incidentale da Marasco Michela, la Corte di Appello di Lecce (Sezione distaccata di Taranto) confermò la pronuncia di primo grado.

3. – Per la cassazione della sentenza di appello ricorre Moscojiuri Giuseppe sulla base di sei motivi.

Resiste con controricorso Marasco Maria Michela, che ha depositato memoria.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Col primo motivo di ricorso, si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 101-183 cod. proc. civ., 111 Cost., nonché la nullità del procedimento, per avere i giudici di merito rilevato d'ufficio l'impossibilità di procedere al trasferimento, *ex art. 2932 cod. civ.*, della



proprietà dell'immobile promesso in vendita a causa della mancata produzione della domanda di condono e delle ricevute delle prime due rate dell'oblazione, senza aver previamente instaurato il contraddittorio sulla questione.

La censura non ha fondamento.

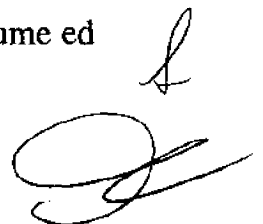
Invero, la questione relativa alla regolarità urbanistica del fabbricato faceva parte *ab initio* del *thema decidendum* posto dall'attore, costituendo la detta regolarità edilizia presupposto giuridico del chiesto trasferimento coattivo della proprietà. Era pertanto dovere del giudice accertare la sussistenza dei presupposti fattuali e giuridici necessari per l'accoglimento della domanda attorea.

Il motivo, peraltro, sottintende un insussistente obbligo del giudice di invitare le parti a fornire la prova, che è incompatibile con le preclusioni previste dal codice di rito in tema di deduzione delle prove.

2. – Col secondo motivo di ricorso, si deduce poi la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., nonché la nullità del procedimento, per avere la Corte territoriale, una volta che l'attore aveva esibito la domanda di condono, ommesso di disporre consulenza tecnica d'ufficio al fine di verificare la regolarità urbanistica dell'immobile.

Anche questa doglianza è infondata.

Premesso che il giudizio sulla necessità ed utilità di far ricorso allo strumento della consulenza tecnica rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, la cui decisione è incensurabile in cassazione, salvo che la decisione della controversia dipenda unicamente dalla risoluzione di una questione tecnica e i fatti da porre a base del giudizio non possano essere altrimenti accertati (Sez. 1, Sentenza n. 4853 del 01/03/2007, Rv. 595177), va rilevato che la consulenza tecnica d'ufficio non può essere disposta al fine di esonerare la parte dall'onere di fornire la prova di quanto assume ed



è, quindi, legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati (Sez. 3, Sentenza n. 3191 del 14/02/2006, Rv. 590615).

Nella specie, l'accertamento della regolarità amministrativa del fabbricato avrebbe potuto e dovuto essere provata dall'attore con la produzione della relativa documentazione; non può, pertanto, l'attore dolersi del fatto che i giudici di merito non abbiano supplito alla sua inerzia probatoria.

3. – Col terzo motivo di ricorso, si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 345 cod. proc. civ., 2932 cod. civ., 40 legge n. 47 del 1985, nonché la nullità del procedimento, per avere la Corte di Appello ommesso di valutare l'ammissibilità *ex art.* 345 cod. proc. civ. della documentazione relativa ai versamenti delle due rate di oblazione prodotta nel giudizio di appello, ritenendo che la valutazione della ammissibilità della detta documentazione fosse preclusa per il fatto nel contratto preliminare mancava l'indicazione degli estremi della concessione edilizia e della intervenuta sanatoria; con ciò, secondo il ricorrente, la Corte territoriale avrebbe errato, in quanto l'art. 40 della legge n. 47 del 1985 commina la nullità (per la mancata indicazione degli estremi del titolo abilitativo) solo per i contratti ad effetti reali, e non anche per quelli ad effetti obbligatori, potendo invece la detta documentazione essere depositata in corso di giudizio fino alla pronuncia della sentenza *ex art.* 2932 cod. civ.

Questa censura è fondata.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, dalla quale non v'è ragione di discostarsi, la sanzione della nullità prevista dall'art. 40 della

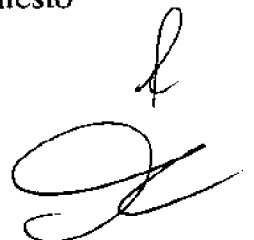


legge 28 febbraio 1985, n. 47 e succ. mod., con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, ben potendo essere resa la dichiarazione o prodotta la documentazione relative alla regolarità dell'edificazione, all'eventuale concessione in sanatoria o alla domanda di oblazione e ai relativi primi due versamenti, all'atto della stipulazione del definitivo contratto traslativo, ovvero in corso di giudizio e prima della pronunzia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., che tiene luogo di tale contratto (Sez. 2, Sentenza n. 13117 del 28/05/2010, Rv. 613173).

Nella specie, pertanto, la Corte di Appello – nel ritenere che non poteva farsi luogo alla valutazione della indispensabilità della documentazione di cui si chiedeva l'ammissione in appello perché il contratto preliminare mancava della indicazione degli estremi della concessione edilizia e della sanatoria – ha erroneamente inteso il precetto dell'art. 40 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, incorrendo nella sua violazione, in quanto l'indicazione di tali elementi non era affatto necessaria ai fini della validità del contratto preliminare e i documenti comprovanti la concessione edilizia e la sanatoria ben potevano essere prodotti in sede di pronunzia della sentenza ex art. 2932 cod. civ.

A tal fine, la Corte avrebbe dovuto valutare la indispensabilità della documentazione prodotta dall'attore ai fini della pronuncia sulla domanda di trasferimento coattivo della proprietà dell'immobile.

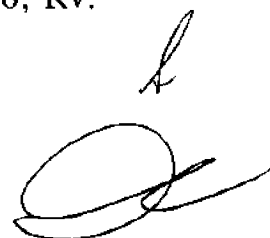
La sentenza impugnata va pertanto cassata sul punto, con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Lecce, perché valuti la indispensabilità della documentazione di cui in appello l'attore ha chiesto l'ammissione.



4. – Logicamente pregiudiziale rispetto al quarto e al quinto motivo di ricorso, è l'esame del sesto motivo, col quale si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 101-112-183 cod. proc. civ., 24-111 Cost., nonché la nullità del procedimento, per avere la Corte territoriale rilevato d'ufficio la nullità del contratto per indeterminabilità del suo oggetto, senza previamente sottoporre alle parti la relativa questione.

Anche questa censura è fondata.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. "terza via"), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto da tale omissione non deriva la consumazione di un vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore si sia in concreto consumato; qualora invece si tratti di questioni di fatto ovvero questioni miste, di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente ed irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio (Sez. U, Sentenza n. 20935 del 30/09/2009, Rv. 610517; Sez. 1, Sentenza n. 2984 del 16/02/2016, Rv. 638556).



Questo principio vale non solo per le cause instaurate successivamente all'entrata in vigore del secondo comma dell'art. 101 cod. proc. civ. (a norma del quale il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve assegnare alle parti «a pena di nullità» un termine «per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione»), aggiunto dall'art. 45 comma 13 della legge n. 69 del 2009, ma anche per ~~che le~~ cause – come quella in esame, promossa con atto di citazione del 29.9.2001 – instaurate precedentemente.

Invero, questa Corte suprema ha affermato il principio – condiviso dal Collegio – secondo cui anche nel sistema anteriore all'introduzione del secondo comma dell'art. 101 cod. proc. civ., il dovere costituzionale di evitare sentenze cosiddette “a sorpresa” o della “terza via”, perché adottate in violazione del principio della “parità delle armi”, aveva un preciso fondamento normativo, costituito dall'art. 183 cod. proc. civ., che al terzo comma (oggi quarto, in virtù di quanto disposto dall'art. 2, comma 3, lettera c-ter, del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 28 dicembre 2005, n. 263) fa carico al giudice di indicare alle parti «*le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*» (Sez. 3, Sentenza n. 25054 del 07/11/2013, Rv. 629138).

Nella specie, pertanto, la Corte territoriale non avrebbe potuto sollevare d'ufficio la questione della mancata individuazione catastale dell'immobile da trasferire e dei suoi confini senza indicare alle parti la relativa questione e dare loro la possibilità di difendersi sul punto, anche con la eventuale rimessione in termini ai fini della produzione dei documenti indispensabili.

Anche su tale punto, la sentenza impugnata va cassata con rinvio.

5. – Il quarto motivo (col quale si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 934, 1346 e 1418 cod. civ., per non avere la Corte territoriale considerato che l'indicazione esatta nel contratto preliminare dei dati catastali del suolo consentiva di individuare il fabbricato oggetto di sanatoria su di esso realizzato) e il quinto motivo di ricorso (col quale si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata, per aver la Corte di Appello omesso di considerare, violando così le norme sulla interpretazione dei contratti, che l'oggetto del preliminare era determinabile sulla base del tenore del testo contrattuale) rimangono assorbiti.

6. – In definitiva, vanno rigettati il primo e il secondo motivo di ricorso; vanno accolti il terzo e il sesto motivo; vanno dichiarati assorbiti il quarto e il quinto. La sentenza impugnata va cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Lecce.

Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese relative al presente giudizio di legittimità.

P. Q. M.

La Corte Suprema di Cassazione

rigetta il primo e il secondo motivo di ricorso; accoglie il terzo e il sesto motivo; dichiara assorbiti il quarto e il quinto; cassa la sentenza impugnata in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, ad altra sezione della Corte di Appello di Lecce.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione Civile, addì 17 marzo 2016.