



7860 - 21

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Presidente -
- Dott. MILENA FALASCHI - Consigliere -
- Dott. ROSSANA GIANNACCARI - Consigliere -
- Dott. GIUSEPPE DONGIACOMO - Consigliere -
- Dott. LUCA VARRONE - Rel. Consigliere

Oggetto

VENDITA

Ud. 17/12/2020 - CC

R.G.N. 26805/2016

Rep. ^{OT}
C.R.N. 7860

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 26805-2016 proposto da:

(omissis) , elettivamente domiciliata in (omissis)
 (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis)
 (omissis) , rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) ;

- ricorrente -

contro

(omissis) , (omissis) , elettivamente domiciliati
 in (omissis) , presso lo studio
 dell'avvocato (omissis) , rappresentati e difesi dagli
 avvocati (omissis) ;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 381/2016 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 13/04/2016;

4073/20



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 17/12/2020 dal Consigliere Dott. LUCA VARRONE;

FATTI DI CAUSA

1. Il Tribunale di Teramo respingeva la domanda formulata dai coniugi (omissis) e (omissis) nei confronti di (omissis) (omissis) e (omissis) diretta ad ottenere la risoluzione del contratto preliminare di compravendita stipulato il (omissis) già oggetto di altra controversia intercorsa tra le medesime parti e decisa con sentenza passata in giudicato con la quale era stata rigettata la domanda ex articolo 2932 c.c. proposta dai promissari acquirenti, così come quella subordinata di risoluzione del contratto per colpa dei promittenti venditori. Il Tribunale evidenziava che il termine per la stipula del definitivo fissato al 31 dicembre 1994 era da intendersi stabilito nell'interesse di entrambi i contraenti e dunque il decorso infruttuoso dello stesso aveva determinato la risoluzione di diritto del contratto

Il decorso del suddetto termine non poteva essere imputato alla condotta colposa dei convenuti in quanto neanche gli attori avevano attivato alcun tipo di sollecitazione o invito formale per procedere nel tempo stabilito alla stipula dell'atto definitivo in modo da poter invocare legittimamente l'inadempimento della controparte. Per quanto riguardava gli effetti della pronuncia risolutoria il Tribunale osservava che i convenuti erano tenuti a restituire il bene agli attori e questi alla restituzione del prezzo, tuttavia il credito vantato dai convenuti ed avente ad oggetto la restituzione del prezzo era compensato dal credito di eguale entità maturato in favore degli attori a titolo di risarcitorio per l'indennizzo derivante dall'occupazione abusiva dell'immobile fino al 2005.

2. Gli attori (omissis) e (omissis) proponeva^{NO} appello avverso la suddetta sentenza. Si costituivano gli appellati eccependo



preliminarmente il difetto di legittimazione attiva degli appellanti in quanto non proprietari dell'immobile oggetto del contratto. Nel merito chiedevano la conferma della sentenza impugnata.

La Corte d'Appello dell'Aquila in parziale accoglimento dell'impugnazione condannava gli appellati a corrispondere a titolo di risarcimento del danno per l'occupazione dell'immobile fino a tutto il 2005 l'importo di euro 11.630,60 equivalente a lire 22.520.000 previa compensazione della somma totale di lire 62.520.000 dovuta dagli appellanti e il contro credito degli appellati pari a lire 40.000.000.

La Corte d'Appello, preliminarmente, rigettava l'eccezione di difetto di legittimazione attiva in quanto inammissibile perché proposta dalla parte rimasta contumace in primo grado che nel costituirsi in appello non poteva rimediare alla carenza di difesa e di allegazione, svolgendo attività processuali precluse quali quella di proporre domande ed eccezioni, produrre documenti ed avanzare istanze istruttorie. Pertanto, nessuna delle eccezioni di rito e di merito poteva considerarsi ammissibile così come non era ammissibile la documentazione prodotta.

Nel merito, la Corte d'Appello rigettava i primi tre motivi con i quali appellante avevano riproposto le domande articolate nel giudizio di primo grado e accoglieva il motivo relativo alla quantificazione del danno da occupazione senza titolo.

La Corte d'Appello rilevava che la sentenza di primo grado aveva dichiarato risolto di diritto il contratto per scadenza infruttuosa del termine fissato per il rogito e non per inadempimento. Tale *ratio decidendi* non era stata oggetto di impugnazione, sicché la risoluzione di diritto del contratto preliminare doveva ritenersi passata in giudicato. Doveva invece trovare accoglimento il quarto motivo d'appello in quanto gli attori avevano domandato, fin dalla citazione introduttiva, la condanna dei convenuti all'indennizzo per



l'occupazione senza titolo fino alla data dell'effettivo rilascio dell'immobile. Pertanto, tenuto conto che l'importo accertato come parametro al quale riferire la valutazione equitativa dell'indennizzo fino al 2005, come richiesto nella domanda, costituiva un elemento di fatto sul quale non era stata avanzata alcuna contestazione, doveva liquidarsi l'indennizzo per una somma complessiva pari a lire 62.250.000 e doveva disporsi la condanna delle parti appellate al pagamento di lire 22.250.000 pari alla differenza tra gli importi indicati in compensazione.

3. (omissis) ha proposto ricorso per cassazione avverso la suddetta sentenza sulla base di tre motivi.

4. (omissis) e (omissis) hanno resistito con controricorso.

5. (omissis), con memoria depositata in prossimità dell'udienza, ha insistito nella richiesta di accoglimento del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso è così rubricato: violazione falsa applicazione degli articoli 81 e 100 c.p.c. 2697, comma 1, c.c.

Secondo la ricorrente l'eccezione di difetto di legittimazione attiva da parte degli appellanti era ammissibile sia perché si trattava di un'eccezione processuale sia perché era relativa a un fatto rilevabile d'ufficio in ogni stato in grado del processo. La ricorrente evidenzia che gli allora appellanti (omissis) e (omissis), almeno a far data dal 17 gennaio 1997, non erano proprietari dell'immobile e, dunque, non erano legittimati alla domanda introdotta con citazione del 22 ottobre 2001 e in ogni caso non avevano diritto al risarcimento del danno fino a tutto 2005.

Il ricorrente a sostegno della censura richiama la sentenza n. 2951 del 2016 con la quale le Sezioni Unite, nel risolvere un contrasto, hanno affermato che la legittimazione ad agire attiene al



diritto di azione e la sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice. Cosa diversa dalla titolarità del diritto ad agire.

2. Il secondo motivo di ricorso è così rubricato: violazione e falsa applicazione degli articoli 1418 c.c. in relazione agli articoli 1346 e 1421 c.c.

Secondo la ricorrente, la conseguenza del difetto di legittimazione attiva per mancanza di titolarità del bene sarebbe la nullità del contratto preliminare di compravendita stipulato il ^(omissis) ^(omissis), nullità dovuta alla mancanza o impossibilità dell'oggetto, com'era stato eccepito a pagina 7 della comparsa di costituzione e risposta in grado di appello. La suddetta nullità avrebbe dovuto essere rilevata d'ufficio e, in ogni caso, le domande azionate dai signori ^(omissis) e ^(omissis), fondandosi su di un contratto nullo, non potevano essere accolte.

3. Il terzo motivo di ricorso è così rubricato: violazione e falsa applicazione degli articoli 345 e 115 c.p.c.

La Corte d'Appello avrebbe illegittimamente accolto la domanda di indennizzo per occupazione senza titolo fino al 2005, assumendo erroneamente la mancanza di contestazione sul punto. La ricorrente osserva che la domanda era già stata ritenuta tardiva perché proposta solo in sede di precisazione delle conclusioni e, quindi, inammissibile dal giudice di primo grado. Pertanto, la stessa si configurerebbe come domanda nuova nel giudizio d'appello, in violazione dell'articolo 345 c.p.c.. Inoltre, non sarebbe corretto il rilievo sulla mancata contestazione della domanda, in quanto gli appellati avevano formulato difese sul punto a pagina 11 della citazione.

La ricorrente ribadisce che se il giudice dell'appello avesse accolto l'eccezione di difetto di legittimazione attiva dei signori ^(omissis)



- (omissis) , rilevandola d'ufficio per mancanza di titolo valido a partire dal gennaio 1997, quindi anteriormente alla proposizione del giudizio di primo grado, avrebbe di conseguenza rigettato anche la domanda di indennizzo per occupazione dell'immobile fino al 2005.

4. Il primo e il terzo motivo di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente stante la loro connessione, sono fondati.

Il collegio ritiene di dare continuità ai principi espressi dalle sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. Sez. U, Sent. n. 2951 del 2016.

In tale pronuncia si è chiarito che la titolarità del diritto fatto valere in giudizio è un elemento costitutivo della domanda. Gli elementi costitutivi possono consistere in meri fatti o in fatti-diritto. Nel caso in esame, il diritto oggetto della domanda è quello al risarcimento del danno subito per occupazione di un immobile, pertanto, tra gli elementi costitutivi della domanda vi è il diritto di proprietà sul bene. Per chiedere in giudizio il risarcimento del danno, dunque, la parte deve dimostrare, oltre ad una serie di elementi materiali (il danno, il nesso di causalità), anche di essere titolare di un diritto reale sul bene. Il diritto reale non è il diritto oggetto della domanda, e quindi della tutela giudiziaria, ma è un elemento costitutivo di quel diritto. In generale, peraltro, chi fa valere un diritto in giudizio, non può limitarsi ad allegare che un diritto sussiste ma deve allegare che quel diritto gli appartiene, deve dimostrare che vi sono ragioni giuridiche che collegano il diritto alla sua persona. Di conseguenza, sul piano dell'onere probatorio, in base alla ripartizione fissata dall'art. 2697 c.c., la titolarità del diritto è un fatto, appartenente alla categoria dei fatti-diritto, che costituisce il fondamento della domanda.

Quanto al convenuto, qualora non condivida l'assunto dell'attore in ordine alla titolarità del diritto, può limitarsi a negarla. Questa



presa di posizione è una mera difesa. Le "difese" sono, in generale, le posizioni assunte dal convenuto per contrapporsi alla domanda. Possono consistere nella esposizione di ragioni giuridiche o in prese di posizione rispetto ai fatti prospettati dall'attore. Queste ultime potranno, a loro volta, consistere in prese di posizione che si limitano a negare l'esistenza di fatti costitutivi del diritto ("mere difese"), oppure nella contrapposizione di altri fatti che privano di efficacia i fatti costitutivi, o modificano o estinguono il diritto. Il codice civile, all'art. 2697, secondo comma, definisce questa seconda operazione difensiva introducendo il termine "eccezione" e pone l'onere della prova dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi oggetto delle eccezioni a carico del convenuto. Facendo il punto, può allora dirsi che la titolarità, costituendo un elemento costitutivo del diritto fatto valere in giudizio, può essere negata dal convenuto con una mera difesa e cioè con una presa di posizione negativa, che contrariamente alle eccezioni in senso stretto, non è soggetta a decadenza ex art. 167, secondo comma, c.p.c.

Inoltre, la contumacia del convenuto non vale a rendere non contestati i fatti allegati dall'altra parte, né altera la ripartizione degli oneri probatori e non vale in particolare ad escludere che l'attore debba fornire la prova di tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Però il convenuto, costituendosi tardivamente, accetta il giudizio nello stato in cui si trova, con le preclusioni maturate.

Dunque, la Corte d'Appello ha errato nel ritenere che i convenuti rimasti contumaci in primo grado e costituitisi solo nel giudizio di appello avessero preclusa la possibilità di contestare la legittimazione attiva degli appellanti già attori in primo grado, così come la loro titolarità del diritto di proprietà sul bene oggetto della richiesta di risarcimento. Deve ribadirsi, infatti, che la contumacia integra un comportamento neutrale cui non può essere attribuita valenza



confessoria, e comunque non contestativa dei fatti allegati dall'attore che resta onerato della relativa prova, sicché rientra nelle facoltà difensive del convenuto, dichiarato contumace nel giudizio di primo grado, contestare le circostanze poste a fondamento della domanda riproposta dalla controparte in appello, anche perché la previsione dell'obbligo a suo carico di formulare nella memoria difensiva, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito, nonché di prendere posizione precisa in ordine alla domanda e di indicare le prove di cui intende avvalersi, non esclude il potere-dovere del giudice di accertare se la parte attrice abbia dato dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa, indipendentemente dalla circostanza che, in ordine ai medesimi, siano o meno state proposte, dalla parte legittimata a contraddire, contestazioni specifiche, difese ed eccezioni in senso lato (Sez. L, Sent. n. 24885 del 2014).

In altri termini al convenuto contumace in primo grado e costituito in appello, non è precluso contestare i fatti costitutivi e giustificativi allegati dall'attore a sostegno della domanda, (Sez. 3, Sent. n. 14623 del 2009).

La Corte distrettuale avrebbe dovuto, in coerenza con i *dicta* giurisprudenziali ai quali si è fatto richiamo, esercitare il potere-dovere di accertare se la parte attrice avesse dato dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa azionata, sollecitata a ciò anche dall'eccezione svolta dalla ricorrente nel costituirsi in appello.

La sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila è erronea anche con riferimento alla declaratoria di inammissibilità della prova documentale. Deve premettersi che nella specie trova applicazione l'art. 345, terzo comma, cod. proc. civ., nella versione antecedente le modifiche di cui al d.l. n. 83 del 2012, in quanto in base al principio *tempus regit actum*, il testo novellato si applica solo se la sentenza



conclusiva del giudizio di primo grado sia stata pubblicata dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della l. n. 134 del 2012, di conv. del d.l. n. 83 cit. e, cioè, dal giorno 11 settembre 2012 (Sez. 2, Sentenza n. 6590 del 14/03/2017, Rv. 643372).

Nel caso in esame, invece, l'atto introduttivo del giudizio di appello risale al settembre del 2009, sicché sono ammissibili anche i documenti prodotti per la prima volta in appello che costituiscono prova indispensabile, in quanto il convenuto contumace in primo grado ha il diritto di svolgere, in fase di appello, tutte le difese consentite alle parti dall'art 345 cod. proc. civ. e, quindi, di proporre le eccezioni difensive e di produrre documenti indispensabili ai fini della decisione.

Nel giudizio di appello, costituisce prova nuova indispensabile, ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c., nel testo previgente rispetto alla novella di cui al d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012, quella di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado (Sez. U, Sent. n. 10790 del 2017, nonché Sez. 2, Ord. n. 12574 del 2019).

6. In conclusione, la Corte accoglie il primo e il terzo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello dell'Aquila in diversa composizione che deciderà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.



A

La Corte accoglie il primo e il terzo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello dell'Aquila in diversa composizione che deciderà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 2^a Sezione civile in data 17 dicembre 2020.

IL PRESIDENTE

Rosa Maria Di Virgilio

R.M. Di Virgilio

IL CANCELLIERE ESPERTO
Dott.ssa Consuelina D'Urso

19 MAR. 2021

Dott.ssa Consuelina D'Urso